

República de Colombia

Anales
del Consejo de Estado

Relator: Carlos Valencia Estrada

AÑO XXIII — TOMO XLVI

NUMEROS 305 A 307

MOCIONES DE DUELO

El Consejo de Estado, en sesión del 27 de enero de 1942, aprobó por unanimidad las siguientes proposiciones, presentada la primera por el doctor Tulio Enrique Tascón y la segunda por el doctor Gonzalo Gaitán, Presidente y Vicepresidente de la Corporación:

“El Consejo de Estado,

teniendo en cuenta que durante el receso de la Corporación falleció en esta capital el distinguido jurista doctor **SALVADOR IGLESIAS**, quien ocupó el cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia y otros elevados puestos de la Administración Pública, todos los cuales desempeñó con competencia, probidad y patriotismo,

ACUERDA:

Registrar en el Libro de Actas de la Corporación el sentimiento de sus miembros por la sensible desaparición del doctor **SALVADOR IGLESIAS**, que constituye una gran pérdida para la Patria y especialmente para el foro.

Transcribese copia de este Acuerdo a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, de que era miembro de número, y a la familia del extinto, y publíquese en los ‘Anales del Consejo.’”

“El Consejo de Estado, reunido en pleno, y

CONSIDERANDO:

Primero. Que en el día de ayer falleció en la ciudad de Panamá el señor doctor **GABRIEL RODRIGUEZ DIAGO**;

Segundo. Que el doctor **RODRIGUEZ DIAGO** prestó importantes servicios al país en los elevados cargos de Ministro de Gobierno, Representante al Congreso, Magistrado del Tribunal Administrativo de Cartagena, etc.;

Tercero. Que el doctor **RODRIGUEZ DIAGO** fue un eminente jurisconsulto, y en la actualidad prestaba el concurso de sus luces al Consejo, en su calidad de Conjuez,

ACUERDA:

Lamentar el prematuro fallecimiento del señor doctor **GABRIEL RODRIGUEZ DIAGO** y enviar a la viuda e hijos del extinto su sincera expresión de condolencia.

Comuníquese y publíquese en los ‘Anales.’”

*Libros de consejo
Pag 944-*

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Anales del Consejo de Estado

RELATOR: CARLOS VALENCIA ESTRADA

AÑO XXIII — TOMO XLVI — Nros. 305 A 307 — BOGOTÁ, JULIO A SEPTIEMBRE DE 1941



Carrera Administrativa

Consejero ponente, doctor
TULIO ENRIQUE TASCON

El empleado que ejerce jurisdicción o autoridad está excluido de la carrera administrativa, y es nulo el Decreto que lo incluye en el Escalafón. También es nula, conforme al párrafo 1º del artículo 6º de la Ley 165 de 1938, la disposición por la cual se modifican las condiciones mínimas de admisión al servicio, ya establecidas por la ley.

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

En escrito presentado el 29 de enero del año en curso, el doctor Francisco Bruno solicita del Consejo de Estado que declare nulos los artículos 8º, 9º, 10, 11, 12 y 13 del Decreto ejecutivo número 1729, de 11 de septiembre de 1940, “por el cual se establece el escalafón de empleos del Ministerio de Gobierno, se fijan las condiciones mínimas de admisión y se dictan otras disposiciones,” por estimar que violan los Decretos-leyes números 1405 de 1934, “sobre régimen carcelario y penitenciario” y 966 de 1937, “por el cual se clasifica el personal de los establecimientos de prevención y pena de la República, se adopta el sistema de selección y se dictan otras disposiciones.”

Los artículos 8º a 13 determinan los empleados de la Dirección General de Prisiones, que se clasifican como de primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta categoría, y señalan las condiciones mínimas de su admisión al servicio.

El doctor Bruno demanda la nulidad del artículo 8º en cuanto por él se clasifica al Director General de Prisiones como empleado de la primera categoría del escalafón, con violación del aparte a) del artículo 4º de la Ley 165 de 1938 y del artículo 8º del Decreto 2091 de 1939, reglamentario de aquella, que excluyen de la carrera administrativa a los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad, como es el caso del Director General de Prisiones; y también en cuanto para el desempeño de este cargo requiere el párrafo del mismo artículo 8º condiciones mínimas de admisión al servicio distintas de las fijadas por el artículo 27 del Decreto número 1405 de 1934.

Respecto de los artículos 9º a 13 el actor no demanda la nulidad en cuanto a la clasificación de los empleados en las categorías del escalafón que por ellos se forma, sino sólo en cuanto a los párrafos de los mismos

artículos que fijan las condiciones mínimas de admisión al servicio, de cada uno de los grupos que forman las categorías segunda a sexta mencionadas.

El Consejo habrá de estudiar por separado las dos causales de nulidad que se invocan, o sean: la inclusión del Director General de Prisiones en el escalafón de empleados de la carrera administrativa, clasificado como único de primera categoría, y la fijación de condiciones mínimas de admisión al servicio para dicho empleado y para los demás grupos que forman las categorías segunda a sexta, para lo cual se habrán de comparar en cada caso las condiciones exigidas por las disposiciones acusadas con las disposiciones legales que el actor señala como violadas.

Director General de Prisiones.

El artículo 8º del Decreto número 1729 de 1940, que clasifica al Director General de Prisiones como empleado de primera categoría en el escalafón de empleos del Ministerio de Gobierno y requiere como condiciones mínimas de admisión al servicio: título de abogado, con la respectiva inscripción, y haberse especializado en cuestiones penales y carcelarias, se acusa en el concepto de que dicho empleado está excluido de la carrera administrativa, y de que no es legal la fijación de condiciones mínimas para este cargo.

El aparte a) del artículo 4º de la Ley 165 de 1938, que creó la carrera administrativa, dijo que quedaban comprendidos en ella todos los empleados públicos que presten sus servicios en los ramos fiscal y administrativo, conforme a los artículos 39 y 40 del Código Político y Municipal, exceptuando a los que ejerzan jurisdicción o autoridad y sus secretarios.

El artículo 8º del Decreto 2091 de 1939, reglamentario de dicha Ley, dijo:

“Están excluidos de la carrera administrativa:

“I. Los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad y sus secretarios.

“Ejercen jurisdicción o autoridad los empleados cuyas providencias son de obligatorio cumplimiento.

“Según la regla anterior, los Ministros del Despacho o Jefes de los Departamentos Administrativos Nacionales determinarán, de acuerdo con el escalafón de cada ramo, qué empleados son de jurisdicción o autoridad.

“II. Los agentes del Presidente de la República, de los Gobernadores, Intendentes y Comisarios. Para el solo efecto de la carrera administrativa se considerarán como tales, fuera de los empleados excluidos de la carrera, por virtud de otras disposiciones de la Ley y de este Decreto, el Director del Departamento Nacional de Provisiones, el Tesorero General de la República, el Superintendente Bancario y Delegado, los Inspectores de Enseñanza, los Agentes Diplomáticos, los Administradores y Gerentes de Rentas Departamentales, los Directores de Obras Públicas Departamentales, los Administradores Generales y los demás que se señalen en decretos especiales.”

Se trata de inquirir si a la luz de estas disposiciones, el Director General de Prisiones está excluido o no de la carrera administrativa.

Si en un sentido lato, *jurisdicción*, según el diccionario de la lengua es “poder o autoridad que tiene uno para gobernar y poner en ejecución las leyes,” no se discute que el Director General de Prisiones tiene atribuciones que implican la ejecución de leyes de su ramo: el demandante cita el artículo 10 de la Ley 30 de 1936, que faculta al Director General de Prisiones para conceder, según las condiciones económicas de las respectivas cárceles y penitenciarias, un salario mínimo y gradual, hasta cuando sea posible cumplir en su totalidad las disposiciones sobre el régimen de trabajo que contiene el Decreto-ley número 1405 de 1934;

el artículo 19 del Decreto ejecutivo número 860 de 1936, sobre la misma materia; el artículo 638 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que el Gobierno, por medio del Director General de Prisiones, señalará el establecimiento donde el condenado deba sufrir la pena; el artículo 3º de la Resolución número 355, de 25 de marzo de 1939, originaria del Ministerio de Gobierno, que manda que la resolución del Consejo de Disciplina, por la cual se concede al penado permiso para trabajar fuera del establecimiento, debe ser sometida a la revisión del Director General de Prisiones; los artículos 4º, 6º, 9º y 15 del Decreto-ley número 756 de 1939, que estatuyen que los presupuestos de las inversiones que sea necesario hacer en los establecimientos de castigo requerirán la aprobación del Director General de Prisiones, previo estudio y concepto favorable del Oficial de Control del Departamento de Prisiones y del Jefe de la Contabilidad, Ordenación y Control del Ministerio de Gobierno; que todo gasto o inversión extraordinaria en los mismos establecimientos, requiere resolución del Director General de Prisiones aprobada por el Ministerio de Gobierno; que los contratos que se celebren y deban ejecutarse en los talleres de la Penitenciaría Central requieren la aprobación del mismo Director General; que los empleados de los establecimientos de detención, pena y reforma no pueden celebrar determinados contratos sin licencia especial del Departamento de Prisiones, y que, previa aprobación del Ministerio de Gobierno, el Director de Prisiones podrá dictar normas de organización de las cajas especiales creadas por el mismo Decreto número 756, y sobre funcionamiento de talleres y trabajos; el artículo 28 del Decreto 259 de 1938, sobre facultad para celebrar con los Departamentos y Municipios contratos para el recibo en establecimientos de detención y de penas nacionales, de presos a cargo de tales entidades, etc. Había podido también citar el artículo 40 de la Resolución número 791 de 1940, que se ha traído a los autos y que señala las funciones del Director de Prisiones.

Durante el término probatorio se trajeron copias auténticas de las siguientes Resoluciones del mismo Director: número 79 de 1940, por la cual impuso al señor Ignacio Niño, Subdirector de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, una multa de veinte pesos; número 146 del mismo año, por la cual impuso una multa de cinco pesos al señor Manuel Ignacio Cardona, Guardían de la Cárcel del Distrito Judicial de Pereira; número 36 de 1940, por la cual faculta al Síndico de la Colonia Penal y Agrícola de Acacias para que de los fondos de caja especial del mismo establecimiento invierta hasta la suma de \$ 1.500 en la adquisición de vestuario para el personal de los presos; número 75 del mismo año, por la cual fija un sobresueldo de \$ 35 mensuales al Director de la Penitenciaría Central; número 7 de 1941, por la cual ordena el internamiento del preso Manuel Tiberio Misas en el Asilo de Locos de Sibaté; número 11 del mismo año, por la cual concede vacaciones remuneradas a varios empleados de cárceles; número 8 del mismo año, por la cual hace unos traslados de Guardianes en el ramo de Prisiones; número 1º de 1940, por la cual nombra Maestro de instrucción elemental para la Penitenciaría de Popayán al señor Luis Daniel Osorio, y muchas otras que sería largo enumerar.

Se arguye, sin embargo, que aunque la expedición de estas Resoluciones implica el ejercicio de actos de jurisdicción o autoridad, no excluyen al Director General de Prisiones de la carrera administrativa, porque el Decreto reglamentario número 2091 dice que ejercen jurisdicción o autoridad los empleados cuyas providencias y decisiones son de obligatorio cumplimiento; pero, aparte de que no entra el Consejo a estudiar hasta dónde este Decreto haya excedido la potestad reglamentaria al fijar una condición que la Ley 165 no contenía, hay que tener en cuenta que el hecho de que algunas o todas las resoluciones

del Director General de Prisiones deban ser revisadas por el Ministerio de Gobierno para el efecto de su aprobación, reforma o revocación, no significa que estén desprovistas del carácter de obligatoriedad que, según el Decreto, vendría a implicar el ejercicio de jurisdicción. No porque la providencia de un Alcalde necesite la aprobación del Gobernador, ni porque las de un Juez puedan ser revisadas por el superior en grado de apelación o de consulta, etc., puede decirse que estos funcionarios no ejerzan jurisdicción o autoridad, ni que sus providencias o decisiones no son de obligatorio cumplimiento.

Se olvida, por otra parte, que al mismo Director General de Prisiones le corresponde aprobar providencias o decisiones de otros funcionarios del ramo, como acaba de verse, y con cuya aprobación adquieren el carácter de obligatorias.

Bastan estas consideraciones para concluir que el Director General de Prisiones ejerce jurisdicción o autoridad, y que, por tanto, está excluido de la carrera administrativa. Y en consecuencia es nulo el artículo 8º del Decreto número 1729 de 1940 en cuanto incluye a dicho agente en el escalafón de empleados del Ministerio de Gobierno que pertenecen a la carrera administrativa.

Con esta declaración queda también virtualmente excluido de dicha carrera el Secretario de la Dirección General de Prisiones, que el artículo 9º del mismo Decreto clasifica como empleado de segunda categoría del escalafón mencionado, ya que conforme al artículo 8º del Decreto 2091 de 1939, reglamentario de la Ley 165 de 1938, están excluidos de la carrera administrativa los secretarios de los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad.

Condiciones mínimas de admisión al servicio.

El párrafo 1º del artículo 6º de la Ley 165 de 1938, "por la cual se crea la carrera administrativa," dice:

"El Órgano Ejecutivo fijará las condiciones mínimas que deben llenarse para ser admitidos en determinado puesto administrativo, siempre que éstas no estén establecidas en la ley, ordenanza o acuerdo. Son nulos los nombramientos que no correspondan a las condiciones pre-fijadas."

Y el párrafo 2º del mismo artículo:

"Para ingresar a la carrera administrativa se requiere, además, haberse sometido previamente a un período de prueba que determinará el Órgano Ejecutivo, de acuerdo con la naturaleza de cada empleo y que no podrá ser menor de un año."

De conformidad con estos párrafos, está clarísimo que no puede nombrarse para empleos de la carrera administrativa a quienes no llenen las condiciones mínimas que para ser admitido al servicio señale el reglamento dictado por el Órgano Ejecutivo, y que éste no puede fijar tales condiciones cuando ellas han sido ya establecidas en la ley, ordenanza o acuerdo.

Por consiguiente, tratándose de los párrafos únicos de cada uno de los artículos 8º a 13 acusados, que determinan las condiciones mínimas de admisión al servicio de los empleados que forman las seis categorías en el escalafón correspondiente a la Dirección General de Prisiones, es menester estudiar en cada caso si la ley ha fijado ya las condiciones mínimas para ser admitido en el puesto de que se trate.

Sentado como se deja, que el Director General de Prisiones y su Secretario, no pertenecen a la carrera administrativa, quedan virtualmente nulos el párrafo del artículo 8º, que fija las condiciones mínimas que debe llenar el Director General de Prisiones, y el párrafo del artículo 9º en cuanto por él se fijan las condiciones mínimas para ser admitido al puesto de Secretario de la Dirección General del mismo ramo.

Pero, no obstante, el Consejo habrá de estudiar la cuestión relativa a la facultad del Ejecutivo para fijar las condiciones mínimas de admisión al servicio, con el objeto de aplicar las conclusiones a que llegue, a los empleados de segunda a sexta categoría.

Sostiene el actor que el párrafo del artículo 8º del Decreto 1729 viola el artículo 6º de la Ley 165 de 1938, porque fija condiciones mínimas para ser nombrado Director General de Prisiones, a pesar de que el artículo 27 del Decreto-ley número 1405 de 1934 y el artículo 9º del Decreto-ley número 966 de 1937, tenían ya establecidas las condiciones requeridas para ser admitidos a este cargo.

Dice, en efecto, el artículo 27 mencionado:

“Para ser nombrado Director General de Prisiones, se necesita, en todo caso, tener el título de abogado y llenar, además, uno de los requisitos siguientes: haber cursado estudios especiales sobre criminología y ciencia penitenciaria; haber ejercido dos períodos como Juez Superior o de Circuito en el ramo Penal; haber desempeñado el cargo de Magistrado de Tribunal en el mismo ramo; haber ejercido el profesorado de Derecho Penal por dos años en alguna Universidad; haber ejercido la profesión de abogado por lo menos durante cuatro años en el ramo Penal; haber hecho publicaciones de importancia sobre esta materia, demostrando así afición y preparación en esta clase de estudios.”

El artículo 9º y los siguientes del Decreto-ley número 966 no son aplicables al caso que se contempla, porque ellos sólo fijan las condiciones para el desempeño de los puestos de Directores de Penitenciarías, Cárceles de Distrito Judicial y de Circuito y de Colonias Penales Agrícolas, pero no se refieren al Director General de Prisiones.

Una simple confrontación de lo dispuesto en el párrafo del artículo 8º del Decreto 1729 y de lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto-ley 1405, demuestra que aquél ha modificado las condiciones ya establecidas por la ley para ser admitido en el puesto de Director General de Prisiones, y, por tanto, dicho párrafo es nulo conforme al párrafo 1º del artículo 6º de la Ley 165 tantas veces citada.

Empleados de la segunda categoría.

Se prescinde de estudiar lo referente a las condiciones mínimas para ser admitido en el puesto de Secretario de la Dirección General de Prisiones, porque ya se vio que este empleado está excluido de la carrera administrativa.

El párrafo del artículo 9º, que fija las condiciones mínimas que deben llenar los empleados de la segunda categoría, no es nulo en cuanto fija las condiciones mínimas para ser Oficial Jurídico de la Dirección General de Prisiones y Asesores Jurídicos de las Penitenciarías y demás establecimientos penales, porque la ley no ha prefijado condiciones para el desempeño de estos puestos.

En cuanto a los Visitadores de Prisiones, el artículo 43 del Decreto-ley 1405 dice que deben llenar las mismas condiciones exigidas a los Directores de Penitenciarías por el artículo 35 del mismo Decreto. Pues bien, el párrafo del artículo 9º dispone que para ser Visitador General de Prisiones sólo se requiere haber cursado cuatro años de enseñanza secundaria y tener conocimiento de contabilidad oficial y de las disposiciones sobre régimen carcelario, condiciones que son distintas de las señaladas en el artículo 35 precitado, sustituido hoy por el artículo 9º del Decreto-ley número 966 de 1937, que requiere ser abogado, como también lo requería la disposición sustituida.

Para los Directores de Penitenciarías, el párrafo se remite a las condiciones exigidas por el artículo 9º del Decreto número 966, de manera que no fija condiciones distintas de las ya establecidas.

Para los Directores de Colonias Penales y Agrícolas, el párrafo exige tener capacidad de organización y administración, título de ingeniero

civil y agrónomo, según el caso, o algunas de las condiciones establecidas en el artículo 12 del mismo Decreto 966. En esta parte también la disposición acusada viola el artículo 6º de la Ley 165 de 1938, porque exige dos nuevas condiciones, de las cuales, si bien la primera (tener capacidad de organización y administración) debe exigirse para el desempeño de todo cargo público, la segunda (tener título de ingeniero civil) no la establece la ley, pues exige que el título sea de agrónomo.

Respecto de los médicos antropólogos-psiquiatras o de clínica, exige el párrafo estudiado que tengan título de médico especializado en el ramo correspondiente, lo que podía exigir el Decreto, porque el artículo 62 del Decreto-ley 1405 sólo habla de que en toda Penitenciaría habrá por lo menos dos médicos, uno de los cuales debe ser especialista en Antropología Criminal, Psicología Experimental y Psiquiatría.

Por último, el párrafo exige para el puesto de Odontólogo tener título o licencia para ejercer la profesión, cuando el artículo del Decreto-ley 966 requiere título expedido por Facultades oficiales o privadas, disposición que no puede considerarse modificada por el artículo 6º de la Ley 51 de 1937, que faculta para nombrar en cualquier ramo de la Administración Pública a dentistas licenciados y permitidos que tengan más de diez años de ejercicio profesional, sean de reconocida competencia y tengan gabinete bien establecido, pues ésta es una disposición de carácter general que no modifica la disposición especial que señala condiciones mínimas para el desempeño de determinado puesto.

Empleados de tercera a sexta categoría.

Para los empleados de estos grupos bien podía el Decreto 1729 señalar las condiciones mínimas, por no haberlo hecho la ley sino respecto de los Directores de Cárceles de Distrito Judicial y de Circuito, con relación a los cuales los párrafos de los artículos 10 y 11 se remiten a lo que sobre el particular exige el Decreto-ley número 966. Sólo se observa una violación del artículo 6º de la Ley 165 en el párrafo del artículo 11, referente a los Capellanes, para los cuales sólo exige que sean postulados por el respectivo Ordinario Eclesiástico, condición que no fija el artículo 67 del Decreto-ley número 1405, y en cambio se omite el requisito exigido por el ordinal 2º del mismo artículo, o sea que sólo pueden ser nombrados Capellanes los sacerdotes colombianos.

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,

FALLA:

I. Es nulo el artículo 8º del Decreto ejecutivo número 1729 de 1940;

II. Es nulo el artículo 9º del mismo Decreto, únicamente en cuanto por él se incluye en el escalafón de empleados de la carrera administrativa al Secretario de la Dirección General de Prisiones, y en cuanto por el párrafo del mismo artículo se fijan condiciones mínimas de admisión para los puestos de Secretario de la Dirección mencionada, de Visitador General de Prisiones, de Directores de Colonias Penales y Agrícolas y Odontólogos;

III. Es nulo el párrafo del artículo 11 del mismo Decreto, únicamente en cuanto fija las condiciones para el nombramiento de Capellanes, y

IV. Se niegan las otras peticiones del demandante.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Actos de los Gobernadores

Consejero ponente, doctor
TULIO ENRIQUE TASCON

Cuando la inscripción de una finca es un acto-condición para que al inscrito pueda aplicársele el "status" de cultivador que establece una ordenanza, colocándolo en una situación jurídica que lo capacite para negociar con el Departamento, derecho que la ordenanza niega a los productores de otros Departamentos, la resolución del Gobernador por la cual se ordena cancelar la inscripción y abstenerse de seguir negociando con el propietario, ya sea directamente o por interpuesta persona, es un acto que no tiene origen en contrato alguno y, por lo mismo, es de competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

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

La Asamblea Departamental del Magdalena expidió la Ordenanza número 57 de 1937, a la que pertenecen las siguientes disposiciones:

"Artículo 1º En la compra de materias primas para la fabricación de licores, deben preferirse las producidas en el Departamento, siempre que su calidad no las haga notoriamente inutilizables.

"Parágrafo. Sólo cuando las materias primas producidas en el Departamento no sean suficientes para el abastecimiento de las fábricas de licores, podrán comprarse materias primas de extraña procedencia.

"Artículo 3º El dulce de extraño Departamento, cuando fuere precisamente necesario comprarlo, por ser insuficiente la oferta de productos departamentales, se pagará al precio que se convenga, según las condiciones del mercado; pero queda terminantemente prohibida la compra de mieles de otros Departamentos.

"Artículo 6º El Departamento sólo está obligado a comprar los dulces y el anís en grano producidos en el Departamento que necesite para la fabricación de licores. En ningún caso tendrá obligación de comprar todas las cantidades que se le ofrezcan, si las ofertas exceden a la cantidad estrictamente necesaria.

"Artículo 7º Para determinar el dulce y el anís de procedencia departamental, los cultivadores de caña y del grano que quieran aprovecharse de la protección que establece esta Ordenanza, deben cumplir los siguientes requisitos: a) Elevar un memorial al Secretario de Hacienda denunciando las hectáreas de caña o de anís que tienen cultivadas. Municipio en que la finca está ubicada, linderos de ésta, nombre del propietario o dueño de las tierras; b) Permitir que la Secretaría de Hacienda, por medio de los empleados que para el efecto crea más adelante esta Ordenanza, verifiquen sobre el terreno la exactitud del de-

nuncio de que trata el inciso anterior; c) Permitir que los mismos funcionarios a que se refiere el inciso precedente y cualesquiera otros que la Secretaría de Hacienda comisione para ello, visiten cuando se considere conveniente los cultivos y los locales de elaboración de los dulces y almacenaje y empaque de anís.

“Artículo 11. No podrá efectuarse compra alguna de dulce o de anís a los productores departamentales a ningún precio, sino mediante la conformidad con los requisitos de que antes se ha tratado.

“Artículo 15. A todo cultivador a quien se compruebe que ha engañado o tenido intención de engañar al Departamento haciendo pasar dulces o anís de extraña procedencia como si fueran producidos en fincas inscritas, se le cancelará la inscripción y no podrá seguir negociando con el Departamento.

“Artículo 22. Facúltase al Gobernador para celebrar contratos de compraventa de mieles, panelas y anís en grano con los productores inscritos, en que se les garanticen los precios que se estipulan en esta Ordenanza hasta por un período de dos años, a partir del primero de septiembre del presente año.”

En uso de esta autorización la Gobernación, con fecha 8 de agosto de 1939, celebró, en nombre del Departamento, con el señor Pedro M. Hernández, en su carácter de Gerente de la Cooperativa de Cultivadores de Caña de Azúcar del Magdalena, Limitada, un contrato por el cual ésta se obligó a inscribir sus plantaciones de caña, a suministrar dulce de las plantaciones inscritas, pero no de otras que no tengan este carácter, y a venderle al Departamento 300.000 kilogramos de dicho dulce para la fabricación de licores, a los precios y en las condiciones que establece la Ordenanza número 57 de 1937, obligándose a someterse a las demás disposiciones que reglamentan la compra de materias primas para la Fábrica de Licores del Departamento; contrato celebrado por cinco meses, pero de duración prorrogable a voluntad de las partes.

Fue con fundamento en esta Ordenanza como el Gobernador del mismo Departamento dictó la Resolución número 20, de 27 de febrero de 1941, en que dispuso lo siguiente:

“1º Cancelar al señor Marco A. Hernández Durán la inscripción de su finca de caña de azúcar denominada *Calabazo* y de hoy en adelante el Departamento se abstendrá de seguir negociando con dicho señor, ya sea directa o por interpuesta persona o por medio de la Cooperativa de Caña de Azúcar. 2º Suspender la compra de mieles a la Cooperativa de Productores de Caña de Azúcar por la razón de haber encubierto, su Gerente, la maniobra de uno de los cooperados. Esta suspensión durará mientras la Cooperativa no dé las seguridades de que serán cumplidas de manera estricta las disposiciones ordenanzaes a que se comprometió en el aparte e) de la cláusula primera del contrato de 8 de agosto de 1939, y especialmente el cambio de Gerente. Entretanto el Departamento, para no perjudicar a los cooperados, les comprará las mieles individualmente, siempre que se hayan inscrito en la Secretaría de Hacienda.”

Para dictar esta Resolución, la Gobernación se basó en que, de la información levantada, aparecía plenamente demostrado que el señor Marco A. Hernández Durán, miembro de la Cooperativa de Caña de Azúcar, había introducido una cantidad de mieles de Barranquilla para entregarla a la Fábrica de Licores de Santa Marta, por lo que era el caso de aplicarle la sanción del artículo 15 de la Ordenanza 57, a cuya sujeción se había expresamente obligado la Cooperativa mencionada, por el aparte e) de la cláusula primera de su contrato con el Departamento.

En esta virtud, el señor Hernández, obrando en su carácter de Gerente de la Cooperativa y en su propio nombre, con ejercicio de las acciones

pública y privada, en escrito de 31 de marzo del año en curso, pidió al Tribunal Administrativo de Santa Marta que declarara nula la Resolución número 20 del 27 del mes anterior, dictada por la Gobernación del Departamento del Magdalena, atrás inserta, por conceptuar que violaba los artículos 38, 40 y 54 de la Codificación Constitucional, las disposiciones legales sobre cooperativas, especialmente la Ley 134 de 1931 y el Decreto número 1339 de 1932, que la reglamenta, y la Ordenanza número 57 de 1937 y su Decreto reglamentario número 527 del mismo año.

Como el señor Hernández hubiese solicitado la suspensión provisional del acto acusado, éste, una vez admitida la demanda por el Magistrado sustanciador, pasó a la Sala Plena, la cual por providencia de 23 de mayo del año en curso declaró que el Tribunal estaba inhibido para conocer del negocio, por no ser de su competencia, revocó el auto de admisión de la demanda y no accedió a decretar la suspensión solicitada.

El mismo Tribunal, por auto de 26 de junio siguiente, negó la reposición de su providencia del 23 de mayo anterior, pero concedió contra ella el recurso de apelación interpuesto por el señor Hernández, pues aunque también apeló el señor Joaquín Solano, hablando como Gerente de la Cooperativa de Cultivadores de Caña de Azúcar del Magdalena, el Tribunal no concedió a éste el recurso por no haber acreditado su personería para hacerse parte en el juicio.

Para resolver lo que sea legal, se considera:

Ante todo observa el Consejo que el auto recurrido es contradictorio, pues al mismo tiempo que en el punto primero se declara el Tribunal inhibido para conocer del negocio, por no ser de su competencia, en el segundo lo decide en el fondo, negando la solicitud sobre suspensión provisional, y aún más: en el punto tercero revoca el auto de 21 de abril, sobre admisión de la demanda —auto que estaba ejecutoriado— y declara sin valor ni efecto lo actuado posteriormente, cosa que no podía hacer por cuanto entraña una declaración de nulidad; ya que es sabido que antes de que el negocio se encuentre en estado de decidir definitivamente sobre lo principal del juicio, sólo las partes pueden pedir que se declaren las nulidades observadas, mediante la sustanciación de una articulación, como así lo disponen los artículos 455 y 456 del Código Judicial.

Mas como el inferior entró a decidir sobre la suspensión provisional, el Consejo habrá de resolver sobre ella lo que sea legal, en virtud de la apelación interpuesta.

El Tribunal *a quo* funda su inhibición únicamente en que la Resolución acusada se origina en un contrato, caso en el cual la nulidad del acto no es de competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos, conforme a la letra g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913.

Mas se observa que por el punto primero de la Resolución mencionada se dispone cancelar la inscripción de la plantación de caña de azúcar que el señor Marco A. Hernández Durán tiene en su predio denominado *Calabazo*, y abstenerse de seguir negociando productos de caña dulce con dicho señor, ya sea directamente o por interpuesta persona, o por medio de la Cooperativa ya nombrada.

La Gobernación al ordenar cancelar la inscripción del señor Hernández no se apoya en ninguna cláusula contractual —porque con él no aparece que se haya celebrado particularmente contrato de compraventa de micles—, sino en el artículo 15 de la Ordenanza 57, que ordena cancelar la inscripción del cultivador que haya hecho pasar como dulce producido en fincas inscritas al introducido de otros Departamentos.

No se diga que el señor Hernández, por haber inscrito su plantación de caña dulce para los efectos de la Ordenanza 57 de 1937, celebró con el Departamento un contrato de los impropriamente llamados contratos de adhesión, porque la verdad es que la inscripción referida no comporta para los cultivadores la obligación de venderle al Departamento los productos de sus plantaciones, ni para éste la obligación de comprárselos. Como expresamente lo dice el artículo 7º de la Ordenanza, el objeto de ésta es únicamente otorgar una *protección* a los cultivadores magdalenenses inscritos como tales, disponiendo para ello que únicamente a éstos se les compre la panela, las mieles o el anís en grano que el Departamento necesite para su Fábrica de Licores, con exclusión y en perjuicio de los productores de los demás Departamentos. La inscripción no entraña pues, una manifestación bilateral de voluntad contractual, sino que es un acto-condición para que al inscrito pueda aplicársele el *status* de cultivador que establece la Ordenanza, es decir, colocársele en una situación jurídica que lo capacite para negociar con el Departamento los productos de su industria; derecho que la Ordenanza 57, inconstitucional e ilegalmente, les niega a los productores de los otros Departamentos de la República.

Bastan estas consideraciones para llegar a la conclusión de que lo resuelto en el punto primero del acto acusado, concerniente al señor Marco A. Hernández Durán, no tiene origen en contrato alguno, y no hay para qué estudiar la cuestión de si la parte referente a la Cooperativa de Cultivadores de Caña de Azúcar del Magdalena, Limitada, tiene o no origen en el contrato de 8 de agosto de 1939, celebrado con ella por el Departamento, porque a dicha Cooperativa le fue negado el recurso de apelación, y el señor Pedro M. Hernández, en el escrito en que interpuso el recurso, manifestó que lo hacía sólo en su propio nombre y con ejercicio de la acción pública - la que no tendría cabida en este caso para pedir la suspensión provisional de un acto que sólo a dicha sociedad afecta—, sin duda porque ya había dejado de ser Gerente de tal Cooperativa.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal, revoca los puntos primero y tercero del auto apelado y confirma el segundo, por el que no se accede a decretar la suspensión provisional de la Resolución número 20, de 17 de febrero del año en curso, dictada por la Gobernación del Departamento del Magdalena.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Talio Enrique Tascón—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Estimación del patrimonio

Consejero ponente, doctor

TULIO ENRIQUE TASCON

Cuando un contribuyente no está obligado a practicar los inventarios de que trata el artículo 31 del Decreto 818 de 1936, puede estimarse su patrimonio, a la luz del artículo 100 del mismo Decreto, por el precio comercial que tuvo en 31 de diciembre del año gravable. Pero la deducción de la renta bruta por concepto de la alícuota de depreciación sólo puede aceptarse cuando la estimación del patrimonio se ha hecho conforme a las reglas del artículo 98, es decir, por el precio de costo.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Liquidado por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia el impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades que debía pagar la Naviera Colombiana por el año gravable de 1938, con un total de \$ 65.303.51, que se descompone así: impuesto sobre patrimonio, \$ 11.887.41; sobre la renta, \$ 43.311.27, y por exceso de utilidades, \$ 10.104.83, la Compañía reclamó de la tasación hecha, ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, con el fin de que se reconociera la depreciación solicitada sobre sus naves fluviales, en un diez por ciento de los activos correspondientes, y de que para efectos del cómputo del patrimonio se aceptara como valor de los buques el precio comercial en la forma como lo ha entendido la empresa, esto es sobre un precio estimado; pero la Jefatura, por Resolución número R-804-H, de 10 de junio de 1940, confirmó la liquidación reclamada.

Con este motivo, el doctor Lázaro Tobón, con poder de Naviera Colombiana, sociedad anónima domiciliada en Medellín, en escrito presentado el 19 de agosto de 1940, pidió al Tribunal Administrativo de la misma ciudad que revisara la referida Resolución número R-804 de 1940, y que como consecuencia de esa revisión declarara que la liquidación de los impuestos sobre la renta, el patrimonio y el exceso de utilidades de la sociedad demandante, correspondiente al año de 1938, debía hacerse teniendo en cuenta el valor del patrimonio según la declaración de Naviera Colombiana, de los documentos tenidos en cuenta para hacer la liquidación y de los hechos relacionados en la demanda, y que con los mismos fundamentos debían hacerse las deducciones solicitadas en la liquidación de la renta bruta, debiendo la Nación devolver, en consecuencia, a la sociedad demandante la cantidad de \$ 14.519.76, pagados demás por razón de los referidos impuestos, o la que resulte de la liquidación que se haga de acuerdo con la ley y con la sentencia que recaiga en este juicio.

En subsidio pidió el doctor Tobón que se declarara nula la Resolución número R-804, relativa a la liquidación de los impuestos debidos por

Naviera Colombiana por el año de 1938, en cuanto por ella no se accedió a modificar la liquidación hecha por el Administrador de Hacienda Nacional de Antioquia en lo referente a la estimación del patrimonio poseído en 31 de diciembre de 1938 y de la renta obtenida durante el mismo año, de conformidad con los hechos expuestos en la demanda, y que como consecuencia de la nulidad declarada, se procediera a reformar la liquidación, teniendo en cuenta la declaración de la sociedad demandante, los hechos fundamentales de la demanda, los documentos que sirvieron para verificar la liquidación y las demás pruebas presentadas en el juicio, debiendo ordenarse que la Nación reintegre a Naviera Colombiana la cantidad de \$ 14.519.76 ya expresada, o la que resulte de la nueva liquidación que se practique.

Fundó su demanda en las disposiciones pertinentes de la Ley 81 de 1931, de la 78 de 1935, del Decreto reglamentario número 818 de 1936 y demás referentes a los impuestos de que se trata.

El Tribunal *a quo*, por sentencia de 21 de mayo del año en curso, falló el negocio así:

"1º Es nula la Resolución número R-804-H, de fecha 10 de junio de 1940, proferida por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en cuanto por ella se confirma la liquidación de los impuestos sobre la renta y complementarios, practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín a la Naviera Colombiana, S. A., por el año de 1938.

"2º Como consecuencia de lo anterior, los impuestos que debe pagar la mencionada sociedad conforme a lo dicho en la parte motiva de este fallo, serán los siguientes:

"Patrimonio	\$ 14.984.78
"Renta	38.533.99
"Exceso de utilidades	1.480.83

"O sea un total de cincuenta y cuatro mil novecientos noventa y nueve pesos con sesenta centavos \$ 54.999 60, y

"3º Por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia se reintegrará a la Naviera Colombia, S. A., una vez ejecutoriado este fallo, la cantidad de diez mil trescientos tres pesos con noventa y un centavos (\$ 10.303.91), suma ésta pagada de más por la expresada Compañía en razón de los impuestos que ahora se revisan."

De la sentencia apelaron tanto el señor Fiscal del Tribunal como el apoderado de la sociedad demandante, y como la segunda instancia se encuentra preparada para dictar el fallo que le ponga término, se procede a hacerlo mediante las siguientes consideraciones:

Dos son únicamente los puntos en que discrepan la Jefatura de Rentas y Naviera Colombiana: 1º El valor en que deba computarse la flota para la fijación del patrimonio, porque la Jefatura sostiene que debe ser el precio de costo, y la Compañía, el precio comercial en 31 de diciembre de 1938; y 2º La alícuota de depreciación aceptable como deducción de la renta bruta, por rotura o desgaste de los buques, que la Jefatura ha fijado en el 5 por 100, y la Compañía en el 10 por 100.

El Consejo habrá de estudiar cada una de estas cuestiones por separado, y en el orden que se deja expresado, por ser el lógico.

I. Valor de la flota.

Naviera Colombiana, en la declaración que presentó a la Administración de Hacienda, estimó el valor de su flota en un precio comercial de \$ 1.345.272.00; pero la Administración, en la liquidación del patrimonio, lo redujo a \$ 882.231.22, o sea al valor de adquisición, que lo fijó en \$ 958.100.00 (siendo efectivamente de \$ 959.100.00, como puede

verse al folio 42 del cuaderno de pruebas del actor), menos el valor de las amortizaciones hasta 1937, que ascendían a \$ 75.868.78.

La cuestión estriba en la disposición reglamentaria aplicable, pues al paso que la Jefatura sostiene que la estimación del valor de la flota debe hacerse por su precio de costo, con invocación del artículo 98 del Decreto número 818 de 1936, la sociedad contribuyente afirma que puede estimarlo por el precio comercial en 31 de diciembre del año gravable, por virtud de lo dispuesto en el artículo 100 del mismo Decreto.

Reza en lo pertinente la primera de tales disposiciones:

“Artículo 98. Tanto para la declaración de patrimonio que debe hacer el contribuyente, como para la estimación que de ese patrimonio debe hacer el empleado liquidador a falta de aquella declaración, se seguirán las reglas siguientes:

“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 el de adquisición según el caso, fijados 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 trate.

“De acuerdo con esta disposición, los mencionados bienes deberán declararse así:

“g) Maquinaria, material, muebles y herramientas, empleados en el comercio, industria o negocio, por el precio comercial fijado de acuerdo con el numeral b) de este artículo.”

Y la segunda:

“Artículo 100. Los contribuyentes que no estén obligados a practicar inventarios de acuerdo con las disposiciones de este Decreto, podrán denunciar los bienes que el artículo 98 ordena declarar o estimar al costo, por el precio comercial que hubieren tenido en 31 de diciembre del año gravable.”

Para la Jefatura el activo fijo, como maquinarias, herramientas, equipos, vehículos, naves, etc., debe estimarse por el precio de costo menos la depreciación por desgaste o rotura, y se basa para ello en las siguientes razones: en que toda estimación que se aparte del precio de costo, destruye la exactitud de la estructura contable; en que el costo original es el valor representativo de los activos de una empresa y del sacrificio pecuniario real soportado por el inversionista; en que el reconocimiento de un aumento en el costo de reposición o reemplazo de los activos y su contabilización sobre esa base estimativa provoca un elemento irreal de ganancia, que puede utilizarse por administradores poco escrupulosos, para repartir dividendos sobre bases impropias; en que avalúos o justiprecios son siempre el producto de factores económicos inconstantes y juicios individuales discutibles, y el completo reconocimiento del valor corriente da pie para un proceso continuo de reajustes de dicho valor; y en que la determinación de un valor corriente de los activos está influida por las fluctuaciones en el poder adquisitivo de la moneda, en tanto que el criterio de partir del precio de costo asegura la estabilidad para los fines impositivos.

En cambio, el apoderado de Naviera Colombiana sostiene que la sociedad en su declaración se ciñó a la ley, porque obrando de conformidad con el artículo 100 preinserto, declaró los bienes que constituyen su flota con una estimación correspondiente a su valor comercial, ya que dicho artículo hace una excepción a lo dispuesto en el artículo 98, cuando se trata de contribuyentes que no están obligados a practicar inventarios de acuerdo con las disposiciones del Decreto 818, caso en el cual

podrán éstos estimar por el precio comercial que hubieren tenido en 31 de diciembre del año gravable, los bienes que el artículo 98 ordena declarar o estimar por su precio de costo. Y el mismo apoderado funda su aserción de que Naviera Colombiana no está obligada a practicar inventarios y puede, por tanto, declarar su flota por el valor comercial en 31 de diciembre del año gravable, fundándose en el tenor del artículo 31 del Decreto tantas veces citado, que es el siguiente:

“Con el objeto de facilitar el conocimiento de la verdadera renta líquida, los contribuyentes para los cuales constituye una fuente de ingresos la producción, extracción, transformación, compra o enajenación de materias primas, productos y frutos naturales, semovientes o cualesquiera otras mercancías, de los cuales mantengan normalmente existencias al fin del año, están obligados a practicar un inventario especial al principio y al fin de cada año gravable, siendo entendido que el fin de año, regirá para el principio del siguiente. Esta obligación pesa también sobre los que se ocupen de compra y venta de inmuebles, siempre que al fin del año conserven existencias, dentro de la normalidad de su negocio.

“El inventario exigido en este artículo no debe incluir bienes raíces, construcciones, adiciones ni mejoras, ni en general activos permanentes sujetos a depreciación.”

Para el Consejo resulta claro que Naviera Colombiana no está obligada a practicar los inventarios de que se ha hablado, por lo mismo que sus ingresos no provienen de la producción, extracción, transformación, compra o enajenación de materias primas, productos y frutos naturales, semovientes u otras mercancías, ni del giro ordinario de compra y venta de inmuebles; y si esto es así, a la luz del artículo 100 en mención, puede estimar su flota por el precio comercial que tuvo el 31 de diciembre de 1938.

De ahí que esta Superioridad encuentre ajustado a la ley el fallo del inferior en cuanto acepta la estimación del valor de la flota, hecha por Naviera Colombiana en su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año últimamente mencionado.

En efecto, tal estimación no ha sido rechazada por la Jefatura sino en cuanto es de parecer que el valor de la flota no debe computarse teniendo en cuenta el precio comercial sino el de costo o adquisición. Correspondía a la misma Jefatura infirmar la declaración del contribuyente sobre el monto del patrimonio denunciado, como así lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo, entre otros fallos, en los de 20 de marzo y 16 de mayo del año en curso, en que dijo lo siguiente:

“Conviene tener presente que cuando en una declaración de renta el liquidador estima que debe elevarse el precio de la renta o de los objetos denunciados, toca a él demostrar en alguna forma que esta elevación no es fruto de una simple conjetura o de una apreciación personal, sino que tiene base en pruebas dignas de fe. El aumento del activo debe ser probado por el liquidador y sólo a él compete demostrarlo para justificar su liquidación. La ley da medios suficientes para allegar pruebas fehacientes, y es natural que sólo en presencia de estas pruebas pueda modificar la declaración del contribuyente. Aceptar la tesis contraria sería consagrar la arbitrariedad, pues quedaría solamente sujeto al libre arbitrio del liquidador subir o bajar el patrimonio o la renta de un contribuyente que declaró ajustado a los medios legales de hacerlo.

“No ocurre lo mismo —y esto lo ha decidido el Consejo— en lo relativo a las deducciones, en las cuales el liquidador, al estimar exageradas las solicitadas por el interesado, echa a éste la carga de la prueba del hecho positivo de que si gastó determinadas sumas en hacer producir sus rentas. Aquí no es que se consagre el principio de la arbitrariedad

ya combatido, sino que se aplica el principio general sobre la carga de la prueba. Con la sola objeción del liquidador, tratándose de deducciones, debe el interesado suministrar la prueba legal del monto de éstas."

Hay más: el Tribunal *a quo* aduce los siguientes argumentos, que concurren a demostrar la verdad de la declaración hecha por Naviera Colombiana:

"Este precio comercial fue fijado teniendo en cuenta los diversos factores que habían influido en el desarrollo de la industria de transportes fluviales desde la fecha en que se efectuó la fusión de la Naviera Colombiana con la Compañía Fluvial Cundinamarquesa, y previo avalúo pericial ordenado y practicado por la sociedad para incorporar ese reajuste o valorización en sus libros. El mayor valor asignado a la flota fue contabilizado el 13 de octubre de 1938 en los libros de la Compañía, según pudo comprobarse en la inspección ocular practicada durante el término probatorio. También se llevó a cabo un dictamen pericial y según el informe de los peritos nombrados por la parte actora y por el señor Fiscal, el valor de la flota es el que consta en los libros de la empresa, que es el mismo que ésta señaló en su declaración de renta y que fue desconocido por la Jefatura, la cual, por lo demás, no presentó prueba alguna tendiente a desvirtuar las aseveraciones de la Compañía, aseveraciones que tienen su respaldo en la declaración jurada, en sus libros debidamente registrados y en el dictamen pericial de que antes se ha hablado."

No sobra hacer constar que las razones expuestas por la Jefatura en favor de la tesis de que debe estimarse el activo fijo del contribuyente por el precio de costo y no por el precio comercial, habida consideración a la estabilidad del primero, pueden ser razones para que se reforme el artículo 100 del Decreto número 818 de 1936, pero no para dejar de aplicarlo en los casos que él contempla.

II. Alicuota de depreciación.

El fallo recurrido fijó en el ocho por ciento la cuota de depreciación de los buques, cuota que la Jefatura había fijado en el cinco por ciento y la Naviera en el diez. No entra el Consejo a discutir la cuestión planteada respecto de cuál debe ser la tasa razonable de depreciación, porque considera que esta deducción sólo puede aceptarse cuando la estimación del patrimonio se ha hecho conforme a las reglas del artículo 98, pues claramente dice el artículo 99 que el precio exigido por el artículo 98 podrá castigarse con las cuotas de amortización acumuladas, calculadas razonablemente sobre la vida probable de la propiedad usada en el negocio, comercio o industria, y que sea susceptible de depreciación por desgaste o rotura; no cuando la estimación se hace por el precio comercial de que habla el artículo 100, caso en el cual la determinación del patrimonio sigue otras reglas.

En el caso que se estudia, estos principios tienen tanto más fundamento cuanto que la sociedad contribuyente reconoce que no ha habido depreciación de la flota, sino por el contrario, una cuantiosa valorización debida a las circunstancias actuales de la industria de transportes y al encarecimiento de los buques.

No obstante, como el cinco por ciento reconocido por la Jefatura como alicuota de depreciación de la flota no ha sido materia de la acusación, ya que la sociedad contribuyente sólo ha solicitado la revisión para que esta tasa se eleve al 10 por 100, el Consejo habrá de limitarse a negar la demanda de nulidad en lo que a este punto concierne.

Aunque es cierto que la jurisprudencia del Consejo en algunos fallos ha admitido que la jurisdicción contencioso administrativa al revisar las liquidaciones del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, hechas por la Administración de Hacienda y por la Jefatura

de Rentas, puede reformarlas para hacer más gravoso el tributo, también lo es que en otros casos ha rectificado tal doctrina y expresado que “incurre en error un Tribunal Administrativo al fijar el patrimonio de un contribuyente en una cuantía mayor que la fijada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, teniendo en cuenta que ello va en perjuicio del contribuyente y que la demanda de revisión de la liquidación se extiende solamente a lo desfavorable, como puede verse, entre otros fallos, en el de 28 de junio de 1940, publicado en los *Anales del Consejo de Estado* números 290 a 292, página 309.

Esta doctrina está de acuerdo con las de los más ilustres tratadistas, y así Fritz Fleiner pregunta:

“¿Puede la superioridad modificar también la disposición impugnada en sentido tal que perjudique al recurrente? ¿Es admisible una *reformatio in pejus* (empeoramiento)? Ejemplo: la autoridad fiscal fija en un caso determinado el importe del impuesto sobre una herencia en mil marcos. El obligado a pagar el impuesto reclama ante la autoridad superior. Esta ordena tasar de nuevo los inmuebles y valores del testador y fija un tipo de tributación más elevado que el de la primera instancia. ¿Es esto admisible? Si la superioridad es, al mismo tiempo, la autoridad de control de la instancia que ha dictado el decreto impugnado, entonces la procedencia de la *reformatio in pejus* es una consecuencia de la facultad general de los órganos de control para intervenir de oficio contra disposiciones ilegales o peligrosas al interés público.”

Aplicando estos principios a nuestra legislación, tenemos que, conforme a ellos, la Jefatura de Rentas puede modificar en forma desfavorable al contribuyente la liquidación hecha por la Administración de Hacienda Nacional en caso de alzada (artículo 15 de la Ley 81 de 1931).

“En cambio —continúa diciendo el mismo Fleiner— si para juzgar ciertas categorías de reclamaciones (contingente tributario) se han establecido instancias especiales, éstas quedan limitadas, con arreglo al destino que se les dio, al ejercicio de la protección jurídica en favor de cuantas personas (o autoridades) pueden requerir esta protección. Resulta, pues, que no pueden modificar una disposición en perjuicio del recurrente, excepto el caso en que la ley lo haya permitido expresamente.”

En consonancia con las ideas expuestas, el Consejo procede a hacer la nueva liquidación del impuesto que grava a Naviera Colombiana por el año de 1938, así:

Patrimonio.

Patrimonio gravable según la Administración de Hacienda y la Jefatura de Rentas	\$ 1.662.176.44
Mayor valor asignado a la flota por el contribuyente	387.172.00
Total del patrimonio gravable	\$ 2.049.348.44

A este patrimonio corresponderá un impuesto de \$ 14.984.78, que fue el mismo liquidado por el Tribunal de primera instancia.

Renta.

Renta líquida gravable, según la Administración de Hacienda y la Jefatura de Rentas	\$ 368.009.06

A esta renta corresponde un impuesto de \$ 43.311.27, que fue el liquidado por las oficinas de Hacienda.

Exceso de utilidades.

Patrimonio gravable	\$ 2.049.348.44	
Acciones y cédulas	238.933.95	
Renta gravable		368.009.06
Dividendos		9.035.38
Sumas	\$ 2.288.282.39	377.044.44
12% sobre \$ 2.288.282.39	\$ 274.593.88	
Impuesto patrimonio	14.984.78	
Impuesto renta	43.311.27	332.889.93
Exceso gravable	\$	44.154.51

A este exceso de utilidades corresponde un impuesto de \$ 6.864.85, a razón del diez por ciento.

Resumen:

Impuesto sobre el patrimonio	\$ 14.984.78
Impuesto sobre la renta	43.311.27
Impuesto sobre el exceso de utilidades	6.864.85
Total de los impuestos	\$ 65.160.90

Como Naviera Colombiana pagó la cantidad de \$ 65.303.51, resulta a su favor un saldo de \$ 142.61.

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,

FALLA:

I. Confírmase la sentencia recurrida en cuanto declara la nulidad de la Resolución número R-804-H, de 1º de junio de 1940, por la cual la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales confirmó la liquidación hecha por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia de los impuestos que debía pagar Naviera Colombiana, S. A. por el año de 1938, en lo relativo a la estimación del patrimonio, y la elevó en la cantidad de \$ 387.172.00, deduciéndole por este concepto un impuesto de \$ 14.984.78.

II. Revócase la declaración de nulidad de la Resolución acusada en lo relativo a la alícuota de depreciación de la flota y en su lugar se declara que no es el caso de anular el acto acusado en esta parte.

III. En consecuencia, y de acuerdo con la liquidación hecha en la parte motiva de este fallo, fíjase en la cantidad de sesenta y cinco mil ciento sesenta pesos noventa centavos (\$ 65.160.90) el monto del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades a cargo de Naviera Colombiana, S. A., por el año de 1938.

IV. Por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia le será devuelta a Naviera Colombiana, S. A. la cantidad de ciento cuarenta y dos pesos sesenta y nueve centavos (\$ 142.69), que es la diferencia entre la suma de \$ 65.303.51, que pagó por causa de la liquidación hecha por la Administración de Hacienda, y la que se le deduce como impuesto en el presente fallo, más los intereses causados de conformidad con el artículo 14 de la Ley 81 de 1931.

V. Quedan en los términos que preceden reformados los numerales 2º y 3º de la sentencia de primera instancia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Objeciones a los acuerdos

Consejero ponente, doctor

TULIO ENRIQUE TASCON

Los artículos 9º, 11, 12 y 13 de la Ley 72 de 1926 son inconstitucionales en cuanto imponen a los Gobernadores la obligación de declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de los acuerdos municipales y de objetarlos cuando en su concepto sean contrarios a la Constitución o a la ley. La Constitución únicamente autoriza para pasarlos al Tribunal competente para que decida sobre la exequibilidad o inexecuibilidad, sin que tampoco hable el estatuto constitucional de facultad ninguna para los Gobernadores de dar pase a los acuerdos para que éstos puedan entrar a regir.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Por vía de apelación, interpuesta por el señor Fiscal del Tribunal y por el doctor Jorge López Posada, Procurador del Departamento de Cundinamarca, como apoderado especial de la misma entidad en este juicio, revisa el Consejo el auto de fecha 22 de julio del año en curso, por el cual el Tribunal Administrativo de Bogotá decretó la suspensión provisional del Decreto número 206 de 1941, por el cual el Gobernador del Departamento de Cundinamarca dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º Mientras los Concejos Municipales no consideren y resuelvan las objeciones sobre inconstitucionalidad o ilegalidad que el Gobernador formule a los acuerdos que adolezcan de este defecto y no las declaren fundadas o infundadas, carecen de valor jurídico, no son acuerdos y su cumplimiento, vigencia o ejecución hace responsables a los Tesoreros y Alcaldes de las erogaciones que en virtud de ellos se verifiquen, del cobro de los impuestos ilegales decretados en los referidos acuerdos y de las demás consecuencias de cualquier orden que provoque la vigencia de los acuerdos objetados.

“Artículo 2º Por la Secretaría de Gobierno se debe pasar al Contralor General del Departamento, para lo de su competencia, copia del pliego de objeciones que el Gobernador hace a los acuerdos municipales, acerca de su inconstitucionalidad o ilegalidad.”

La suspensión provisional fue decretada en el juicio de nulidad del mencionado Decreto, que promovió el doctor Antonio Rueda Terán, en su carácter de Personero Municipal de Bogotá y en su condición de ciudadano, en ejercicio de la acción pública.

El Tribunal *a quo* decretó la suspensión por considerar que el acto acusado violaba de manera ostensible la Constitución y la ley.

Debe el Consejo resolver de plano lo que sea legal, y para ello habrá de considerar por separado cada una de las tachas de inconstitucionalidad e ilegalidad que el inferior, *prima facie*, encontró ostensibles en el Decreto número 206.

Violación del artículo 115 de la Constitución.

Dice el Tribunal *a quo* que, conforme al ordinal 3º del artículo 115 de la Codificación Constitucional, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, y que los ordenamientos contenidos en los artículos del Decreto acusado no son otra cosa que reglamentos expedidos en ejecución de los artículos 127 y 177 de la Ley 4ª de 1913, y 9º, 12 y 13 de la Ley 72 de 1926, que se invocan en los considerandos del mismo Decreto.

Efectivamente, los Gobernadores tienen únicamente la facultad reglamentaria en relación con las ordenanzas departamentales, y carecen de facultad para dictar órdenes, decretos y resoluciones encaminados al desarrollo de los preceptos legales. Así lo comprendió la misma Gobernación de Cundinamarca cuando al dictar la Resolución número 98 de 1928, que en el fondo era de contenido idéntico al del Decreto número 206, dispuso consultarla con el Gobierno, el cual la aprobó por Resolución número 98 del mismo año, Resolución que era del tenor siguiente:

“Objetado un acuerdo municipal por el Gobernador, por causa inconstitucional o ilegal, no entrará a regir, hasta tanto que el Concejo respectivo considere y resuelva lo que fuere del caso, acerca de las objeciones formuladas.

“Se exceptúa el caso de que la ley exija perentoriamente la aprobación del Gobernador para que principie a regir un acuerdo, como cuando aprueba un contrato que debe llevar la venia del Gobernador; cuando se trate de fijar el número de Jueces Municipales y distribuir entre ellos los asuntos de su incumbencia; se conceden privilegios o se trate del reparto o entrega de los terrenos comunales o baldíos cedidos al Municipio, pues en ese evento, ni aun declaradas infundadas las objeciones de la Gobernación, tendrá valor el acuerdo respectivo.”

Violación de los artículos 192 y 196 de la Constitución.

El Gobernador, en los considerandos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto acusado, afirma que corresponde a la Gobernación declarar la inexecutable de los acuerdos municipales, y se funda en esta tesis para dictar los artículos 1º y 2º del Decreto número 206.

Dice el artículo 196 de la Codificación Constitucional que los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial (hoy el Tribunal de lo Contencioso Administrativo). Disposición que se encuentra repetida en el artículo 180 del Código de Régimen Político y Municipal.

Por tanto, aprobado un acuerdo por el Concejo y sancionado por el Alcalde, es obligatorio, para gobernantes y gobernados, mientras no sea anulado por la autoridad competente, que es hoy únicamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en única instancia, cuando no se trate de Municipios que se encuentren en el caso del artículo 2º de la Ley 89 de 1936, en relación con la Ley 72 de 1926, y en primera instancia por el mismo Tribunal y en segunda por el Consejo de Estado, cuando los Municipios sean capitales de Departamento o su presupuesto anual sea o exceda de trescientos mil pesos.

Acorde con el precepto constitucional citado, el ordinal 7º del artículo 192 de la Codificación Constitucional (artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910), enumera como atribución del Gobernador:

“Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad.”

La reforma de 1910 tuvo por objeto privar a los Gobernadores de la atribución que les daba el artículo 195 de la Constitución de 1886 para

suspender los acuerdos municipales. En efecto, el numeral 8º de dicho artículo 195 decía:

“Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes, *suspender los primeros* y revocar los segundos por medio de resoluciones razonadas y únicamente por motivos de incompetencia o ilegalidad.”

De manera que hoy el Gobernador revisa los acuerdos municipales por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, y si como resultado de la revisión hecha, llega a la conclusión de que son contrarios a la Constitución o a la ley, no puede suspenderlos, sino sólo pasarlos al Tribunal competente para que éste decida si son o no exequibles.

Desde este punto de vista resulta, *prima facie*, inconstitucional la tesis sostenida en el considerando 4º del Decreto, que dice:

“Que es de toda evidencia que objetado un acuerdo por el Gobernador, en virtud de ser inconstitucional o ilegal, dicho acto deja de ser acuerdo, a pesar de la sanción del Alcalde, mientras el Concejo que lo dicta no declara fundadas o infundadas las objeciones.”

Violación de los artículos 175 y 178 de la Ley 4ª de 1913.

Dice el artículo 175 de esta Ley:

“El Alcalde, dentro de los dos días siguientes al en que reciba un acuerdo, debe sancionarlo o devolverlo con observaciones. Esto último puede ser por motivos de inconstitucionalidad, incompetencia o inconveniencia.”

Y el 178:

“Sancionado un acuerdo, será publicado por bando, en un día de concurso y en el periódico oficial del Municipio, si lo hubiere, *y desde ese día principia su observancia*, a menos que el mismo acuerdo disponga otra cosa.”

Si pues, conforme a las precitadas disposiciones, sancionado un acuerdo por el Alcalde y publicado, principia su obligatoria observancia, resulta *prima facie* ilegal el artículo 1º del Decreto acusado, en cuanto dispone que mientras los Concejos no decidan sobre las objeciones hechas por el Gobernador, los acuerdos carecen de valor jurídico, no son acuerdos, y su cumplimiento (que el artículo 196 de la Constitución hace obligatorio para gobernantes y gobernados) implica responsabilidades para los Alcaldes y Tesoreros que los obedezcan.

Objeciones a los acuerdos.

El ordinal 8º del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal enumera entre las atribuciones de los Gobernadores:

“Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes por motivo de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad competente, para que ésta decida sobre su exequibilidad.

“Parágrafo. Cuando hallare irregularidades en los acuerdos municipales, podrá, dentro de los 15 días siguientes al recibo, devolverlos a los Concejos, con las observaciones del caso para que sean corregidos; pero si la Municipalidad insistiere y la objeción versare sobre punto de inconstitucionalidad, los pasará al Poder Judicial.”

Las disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal sobre esta materia han sido reformadas por la Ley 72 de 1926, así:

“Artículo 9º Sólo por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad podrán el Gobernador y el Alcalde, objetar los acuerdos municipales.

“Artículo 11. Si el Concejo declara infundadas las objeciones del Alcalde, éste está obligado a sancionar el acuerdo, pero podrá pasarlo al

Personero Municipal, a fin de que dicho funcionario entable la demanda de nulidad ante la autoridad competente.

“Artículo 12. El Gobernador deberá, dentro de los tres días siguientes al en que reciba un acuerdo, declararlo exequible o devolverlo con observaciones.

“Artículo 13. Si el Concejo declara infundadas las objeciones del Gobernador, éste deberá dar el pase al acuerdo, sin perjuicio de que pueda pasarlo al Fiscal para que dicho funcionario entable la demanda de nulidad ante la autoridad competente.”

En concepto del Consejo, los artículos transcritos son inconstitucionales en cuanto imponen al Gobernador la obligación de declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de los acuerdos municipales —que según se vio, es atribución exclusiva de los Tribunales Contencioso Administrativos— y de objetarlos cuando en su concepto sean contrarios a la Constitución o a la ley, porque aquélla únicamente autoriza, cuando ocurre este caso, para pasarlos al Tribunal competente para que decida sobre la exequibilidad o inexecuibilidad, sin que tampoco hable el Estatuto constitucional de facultad ninguna para los Gobernadores de dar pase a los acuerdos para que éstos puedan entrar a regir.

Se arguye, sin embargo, que el Consejo, en sentencia que la Gobernación invoca entre los considerandos del Decreto número 206, sentó la doctrina de que los Gobernadores no pueden ordenar al Fiscal respectivo que entable la acción de nulidad de los acuerdos mientras los Concejos no hayan declarado infundadas las objeciones formuladas por aquellos empleados. Mas el Consejo no estima que sea del caso perseverar en tal doctrina, en primer lugar porque ya se deja demostrado que la facultad concedida a los Gobernadores para objetar los acuerdos no es constitucional, y en segundo lugar, porque si el artículo 11 de la Ley 72 citada autoriza al Personero Municipal para instaurar la demanda de nulidad luego que el Concejo declare infundadas las objeciones del Alcalde, quiere ello decir que la ley no requiere que el Concejo haya declarado infundadas las objeciones del Gobernador para que éste pueda autorizar al Fiscal para demandar tal nulidad.

Por las consideraciones que preceden, el Consejo estima *prima facie* que el artículo 1º del Decreto acusado viola manifiestamente la Constitución y la ley, y que en consecuencia, la providencia que lo suspende provisionalmente está ajustada a la ley, cosa que también acontece respecto del artículo 2º, por contener sólo una medida encaminada a la efectividad del primero.

Por tanto, el Consejo de Estado confirma el auto que ha sido materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Diógenes Sepúlveda Mejía—Carlos Rivadeneira G.—Con salvamento de voto, Antonio Escobar Camargo—Con salvamento de voto, Guillermo Peñaranda Arenas. Con salvamento de voto, Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores

**GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS,
ANTONIO ESCOBAR CAMARGO y
GONZALO GAITAN**

Los acuerdos de los Concejos, conforme a la Ley 72 de 1926, quedan sometidos a dos procesos de objeciones: las que pueda formular el Alcalde y las que encuentre necesario formular la Gobernación. Si el acuerdo no está en firme mientras no se decidan las objeciones del Alcalde, tampoco lo está mientras no se decidan las del Gobernador. Las disposiciones de la Ley 72, en vez de contrariar la Constitución, señalan la forma de que ella tenga cumplida observancia por los Gobernadores.

Con sincero respeto por la opinión de nuestros colegas, consignamos en este salvamento las razones por las cuales no prohibamos la providencia que precede.

Se controvierte si es o nó el caso de decretar la suspensión provisional del Decreto número 206 de 27 de marzo de 1941, dictado por el señor Antonio María Pradilla como Gobernador de Cundinamarca. El Tribunal *a quo*, en auto de 22 de julio último, decretó la suspensión y el Consejo de Estado, en este fallo, la confirma, en nuestro concepto equivocadamente.

En efecto, el artículo 1º del Decreto considera que, mientras los Concejos Municipales no declaren fundadas o infundadas las objeciones que formule el Gobernador a los acuerdos, éstos carecen de valor jurídico; y por el 2º, se dispone pasar al Contralor General del Departamento copia de tales objeciones para deducir la responsabilidad de los Alcaldes y Tesoreros que desobedezcan el principio consignado.

Tanto el Tribunal *a quo* como el Consejo de Estado suspenden estos artículos por dos razones fundamentales: porque consideran que este Decreto entraña, por parte del Gobernador, el ejercicio de reglamentación de una ley, facultad conferida por el artículo 115 de la Constitución al señor Presidente de la República, ya que los Gobernadores únicamente tienen la facultad reglamentaria en relación con las ordenanzas; y porque estiman inconstitucionales, especialmente el Consejo de una manera terminante, los artículos 12 y 13 de la Ley 72 de 1926, que señalan las facultades y deberes de los Gobernadores en relación con los acuerdos que lleguen para su aprobación.

Estimamos que la sola lectura del artículo 1º del Decreto induce a pensar que no entraña la reglamentación de una ley, por cuanto sólo contiene una medida de ejecución y cumplimiento de la misma ley, que es no sólo inobjetable sino de estricta observancia, ya que entre las atribuciones de los Gobernadores el artículo 127 del Código Político y Municipal señala en primer término la de "cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento la Constitución, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos municipales y las órdenes del Gobierno."

Pero el Consejo conceptúa que el Decreto en estudio resulta *prima facie* ilegal, en cuanto considera que los acuerdos carecen de valor jurídico mientras no se haya decidido sobre las objeciones. Estima el Consejo que este hecho se opone a los artículos 175 y 178 del Código Político y Municipal, el primero de los cuales faculta a los Alcaldes para sancionar o devolver con observaciones un acuerdo, y el segundo en cuanto dispone que, sancionado y publicado por bando, *desde ese día principia su observancia*. Pero se pierde de vista que tales disposiciones fueron adicionadas y reformadas por la Ley 72 de 1926, que dispuso en su artículo 11 que, si el Concejo declara infundadas las objeciones del Alcalde, éste está obligado a sancionar el acuerdo, pero podrá pasarlo al Personero a fin de que entable la demanda de nulidad correspondiente; y por los artículos 12 y 13, que dicen:

“Artículo 12. Ley 72 de 1926. El Gobernador deberá, dentro de los tres días siguientes al en que reciba un acuerdo, declararlo exequible o devolverlo con observaciones.

“Artículo 13. Ley 72 de 1926. Si el Concejo declara infundadas las objeciones del Gobernador, éste deberá dar el pase al acuerdo, sin perjuicio de que pueda pasarlo al Fiscal para que dicho funcionario entable la demanda de nulidad ante la autoridad competente.”

Salta a la vista que el legislador de 1926 adicionó y reformó lo anterior en forma tal que los acuerdos de los Concejos quedan sometidos a dos procesos de objeciones: a las que pueda formular el Alcalde y a las que encuentre necesario formular la Gobernación. Y si el acuerdo no está en firme mientras no se decidan las objeciones del Alcalde, una lógica severa nos conduce a declarar que tampoco lo está mientras no se decidan las objeciones del Gobernador.

Pero el fallo quita todo valor a estas disposiciones cuando declara: “En concepto del Consejo, los artículos transcritos son inconstitucionales en cuanto imponen al Gobernador la obligación de declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de los acuerdos municipales —que según se vio, es atribución exclusiva de los Tribunales Contencioso Administrativos— y de objetarlos cuando en su concepto sean contrarios a la Constitución o a la ley, porque aquélla únicamente autoriza, cuando ocurre este caso, para pasarlos al Tribunal competente para que decida sobre la exequibilidad o inexecuibilidad sin que tampoco hable el estatuto constitucional de facultad ninguna para los Gobernadores de dar pase a los acuerdos para que éstos puedan entrar a regir.”

Este concepto se complementa en el fallo cuando dice:

“La reforma de 1910 tuvo por objeto privar a los Gobernadores de la atribución que les daba el artículo 195 de la Constitución de 1886 para suspender los acuerdos municipales. En efecto, el numeral 8º de dicho artículo 195 decía:

‘Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes, *suspender los primeros* y revocar los segundos por medio de resoluciones razonadas y únicamente por motivos de incompetencia o de ilegalidad.’

“De manera que hoy el Gobernador revisa los acuerdos municipales por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, y si como resultado de la revisión hecha, llega a la conclusión de que son contrarios a la Constitución o a la ley, no puede suspenderlos, sino sólo pasarlos al Tribunal competente para que éste decida si son o nó exequibles.”

En nuestro concepto, el error del Consejo, contenido en los apartes transcritos, procede de que toma a la letra los términos inapropiados de la Ley 72 de 1926 cuando dice: “declararlo exequible o devolverlo con observaciones,” cuando lo que ha debido decir es “sancionarlo o devolverlo con observaciones,” que son los mismos términos empleados cuando se trata de las objeciones de los Alcaldes.

En efecto, esta materia está gobernada constitucionalmente por el numeral 79 del artículo 192 de la Codificación Constitucional, que atribuye al Gobernador "revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial para que ésta decida sobre su exequibilidad."

La ley, como se ha visto, reglamentó esta facultad de revisión de los Gobernadores mediante las disposiciones de la Ley 72 de 1926 transcritas, que en vez de contrariar la Carta señalan la forma de que ella tenga cumplida observancia por aquellos funcionarios.

En nuestro concepto, el error fundamental del fallo consiste en declarar que la facultad de formular observaciones equivale a suspender un acuerdo, cuando tal acuerdo, como acto administrativo, carece aún de la última formalidad para su expedición, cual es la de decidir sobre las observaciones del Gobernador de manera expresa consagradas en la ley. En una palabra, es necesario que el acuerdo municipal adquiera la firmeza por la decisión sobre las observaciones del Gobernador, para que pueda tenerse como tal. El término exequible, empleado en el artículo 12 de la Ley 72 de 1926, está aclarado o corregido en el artículo 13 cuando dice que, si las objeciones se declaran infundadas, el Gobernador deberá dar el pase al acuerdo; luego, aclarado en esta forma el término legal, no puede sostenerse jurídicamente que tales artículos arrebatan a la justicia administrativa la facultad privativa que tiene de decidir sobre la exequibilidad de dichos actos. En síntesis, observar no es suspender y, por lo tanto, la tacha de inconstitucionalidad consignada en el fallo parece carecer de validez. En términos tales, que si aquellos conceptos prevalecieran en el fallo definitivo, vendría seguramente una acusación por inconstitucionalidad de la Ley 72 de 1926 en los artículos pertinentes, para que la Corte decidiera sobre la tacha que se consignara en el fallo definitivo a una ley que tiene catorce años de vigencia.

Pero como la Ley 72 de 1926 sólo se dictó para la ciudad de Bogotá y luego se amplió a las capitales de los Departamentos y a los Municipios cuyo presupuesto no sea inferior a \$ 300.000.00 (Ley 89 de 1936), conceptuamos que la suspensión procedía únicamente para el caso de acuerdos dictados por Municipios distintos de los que acaban de señalarse, pues para éstos existe un régimen especial dentro del cual sí proceden las reglas de la Ley 72, según las razones contenidas en este salvamento.

En todo caso, consideramos fuera de lugar hacer declaraciones sobre inconstitucionalidad en el incidente de suspensión provisional, a las cuales nos hemos visto obligados a referirnos, no obstante ser materia de un fallo de fondo, por constituir la parte motiva de la decisión de que con tanto respeto nos apartamos. La jurisprudencia del Consejo ha sido uniforme y constante en la aplicación de estos principios, cuando se trata de decidir suspensiones provisionales.

Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo—Luis E. García V., Secretario.

Publicación de las resoluciones

Consejero, doctor

TULIO ENRIQUE TASCON

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 130 de 1913, el término para la presentación de la demanda de nulidad empieza a correr desde el día siguiente a la publicación del acto en el "Diario Oficial," y el hecho de publicarse una resolución ministerial en la forma de un edicto de notificación de ella no le resta eficacia a la publicación, si el edicto contiene la parte dispositiva de la resolución, que es la que debe publicarse conforme al artículo 4º de la Ley 77 de 1931.

Consejo de Estado—Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Julio C. Forero G. solicita reposición del auto de fecha 20 de los corrientes, por el cual se le rechazó por extemporánea la demanda que formuló en representación del señor Dioviceldo Correa Correa, sobre nulidad de una resolución ministerial, y fundamenta su pedimento así:

"La negativa se funda en que conforme al artículo 4º de la Ley 77 de 1931, reformatorio del 81 de la Ley 130 de 1913, el término de 90 días para ocurrir ante el Consejo de Estado en recursos de esta clase, se cuenta desde el día siguiente a la inserción o publicación en el *Diario Oficial*, de la parte dispositiva de la resolución del Gobierno, y que como en el caso de autos dicha publicación se hizo en el referido periódico el 9 de mayo postrero, los 90 días en cuestión, descontando los feriados, de vacancia, y los que fueron inhábiles por motivo de la diligencia que el Consejo tuvo fuera de la capital en ocasión reciente, vencieron el 6 del presente mes de septiembre, es decir, con anterioridad a la presentación de la demanda. Así considerado el cómputo del tiempo, es inobjetable. Pero ocurre, señor Magistrado, que en el caso que nos ocupa, lo que se publicó en el *Diario Oficial* número 24653, de 9 de mayo, no fue la resolución propiamente dicha, o su parte dispositiva, que es lo que ordena el artículo 4º de la Ley 77 de 1931, sino simplemente el edicto de notificación de la providencia, que a mi juicio es cosa bien distinta. No ha habido, pues, publicación de la resolución del Gobierno."

A juicio del suscrito Consejero, el hecho de publicarse la resolución ministerial con los aditamentos en la forma de un edicto de notificación de ella, no le resta eficacia a la publicación de ella, ni mucho menos equivale a no haberse publicado, toda vez que el edicto contiene la parte de la resolución que debe publicarse, que no es otra cosa que la dispositiva, según el artículo 4º citado de la Ley 77.

Subsidiariamente ha solicitado el doctor Forero G. que se declare que la resolución acusada "no se halla debidamente notificada y que debe procederse a efectuar esa diligencia de acuerdo con la ley, para que sea procedente o viable el recurso contencioso administrativo de la revisión."

A este respecto se expresa así: "El Ministerio al proceder a notificar la mentada Resolución número 346, quiso seguramente acomodarse a la tramitación determinada en el artículo 2º de la Ley 53 de 1909, Ley que para estos efectos dejó inalterable el parágrafo final del artículo 4º de la citada Ley 77, pero en realidad tal notificación no tuvo cabal cumplimiento en la forma que establece el precepto legal invocado, porque desde la fecha de fijación del edicto —2 de mayo— hasta la publicación de éste en el *Diario Oficial* —9 de mayo— no transcurrieron los 15 días que exige el artículo 2º citado para que pudiera tener oportunidad la publicación del edicto."

Desde luego debe observarse que en el supuesto de que la resolución no se considerara legalmente notificada, la decisión que correspondería al Consejo no sería la de ordenar que se subsanara la informalidad, sino la de admitir la demanda por no haber principiado a correr siquiera el término para presentarla, siempre que por otra parte debiera concluirse que este término se cuenta desde la notificación o ejecutoria de la resolución, y no desde el día siguiente a su publicación en el *Diario Oficial*, como lo dispone el artículo 81 de la Ley 130.

Pero lo que ocurre es que, ni hay tal deficiencia en la notificación, porque el edicto sí permaneció fijado durante los 15 días que señala el artículo 2º de la Ley 53, y que este hecho no se desvirtúa ni afecta en manera alguna por el de la publicación del edicto durante la fijación, ni antes ni después.

A propósito de la Ley 53 de 1909, lo que cabría argüir sería que, si de conformidad con el artículo 2º la resolución ministerial sólo queda ejecutoriada treinta días después de su publicación en el *Diario Oficial*, es desde entonces cuando empieza a correr el término para la presentación de la demanda de nulidad. Y ya se vio que por virtud de una disposición legal posterior y expresa (artículo 81 de la Ley 130) este término se cuenta desde el día siguiente a la publicación del acto en el *Diario Oficial*, no desde la notificación o ejecutoria.

Por lo expuesto, no se accede a reponer el auto recurrido ni a la solicitud subsidiaria de que se ha hecho mérito.

Notifíquese.

Tulio Enrique Tascón—Luis E. García V., Secretario.

Ternas de Registradores

Consejero ponente, doctor

TULIO ENRIQUE TASCON

En ningún punto ha habido una jurisprudencia tan uniforme y constante como en la de la incompetencia de jurisdicción de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para revisar los actos de las corporaciones judiciales, sean ellos electorales o nó. Esta doctrina es aplicable al caso de demandarse el acto por el cual un Tribunal Superior de Distrito Judicial acuerda la terna para Registrador de un Circuito, aunque la formación de la terna no se demande por violación de leyes electorales sino de otras normas legales.

Consejo de Estado—Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

En escrito presentado el 6 de febrero del año pasado, el doctor Ramón Rosales, ejercitando las acciones pública y privada, pidió al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bogotá que declarara nulo el acto por el cual el Tribunal Superior de este Distrito Judicial acordó la terna para Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, para el periodo en curso, y compuesta de los señores Manuel Vicente Rojas Cruz, Pedro Alejandro Gómez Naranjo y Rafael Campo A., y solicitó asimismo la suspensión provisional del acto acusado, por considerarlo contrario a la ley y lesivo de sus derechos privados.

El Tribunal negó la suspensión solicitada, y la providencia respectiva fue confirmada por el Consejo en auto de 31 de mayo del mismo año.

El doctor Rosales expuso como hechos de su demanda que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá reunido en pleno el 29 de enero de 1940 había acordado la terna para Registrador Principal de este Circuito, integrada por los ciudadanos ya mencionados, sin designar los suplentes respectivos; que con fecha 25 del mismo mes, el demandante había solicitado que se incluyera su nombre en la terna, pero que el Tribunal no atendió su solicitud, no obstante que el artículo 4º de la Ley 65 de 1937 dispone que en la provisión de los puestos civiles de la Administración Pública serán preferidos, en igualdad de circunstancias, los ciudadanos inscritos en el escalafón de antiguos militares, disposición reproducida en el artículo 9º del Decreto número 322 de 1938, reglamentario de la Ley 65 citada.

Como disposiciones violadas citó el artículo 4º de la misma Ley 65, el 9º del Decreto número 322, que reglamenta aquélla, y el artículo 39 de la Ley 95 de 1890.

El Tribunal, por auto de 9 de febrero del mismo año, admitió la demanda, no obstante estar vencido el término de 4 días señalado por la ley para demandar la nulidad de la elección de la terna (artículos 190 de la Ley 85 de 1916 y 6º de la Ley 80 de 1922), sin duda porque estimó

que no se trataba de una demanda en asuntos electorales, sino administrativos, y en tal virtud dio al juicio la tramitación correspondiente a esta última clase de negocios.

El mismo Tribunal, por sentencia de 9 de junio del año en curso, no accedió a declarar la nulidad demandada por el doctor Rosales, y de dicho fallo apelaron el demandante y el doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, éste en su carácter de apoderado del opositor señor Manuel Vicente Rojas Cruz, manifestando el primero que el recurso lo interponía contra la parte resolutive, y el segundo, por encontrarse en desacuerdo con la parte motiva.

Venido el asunto al Consejo, el señor Fiscal de la corporación, en su vista número 852, solicita que se declare la nulidad de lo actuado, por incompetencia de jurisdicción, y para ello se funda en la constante y uniforme jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual la justicia contencioso administrativa no puede conocer de las demandas que se promuevan contra actos como el de que trata este juicio.

Antes de estudiar la cuestión propuesta por el señor Fiscal, es conveniente hacer constar que si el Consejo al confirmar la providencia del inferior por la cual se negaba la suspensión provisional del acto acusado, no declaró la nulidad de lo actuado hasta entonces, por incompetencia de jurisdicción, fue porque las partes no habían pedido que se declarara la nulidad en la forma prevista en el artículo 456 del Código Judicial, y porque el Consejo no podía hacer tal declaración de oficio sino a tiempo de decidir sobre lo principal, como lo dispone el artículo 455 de la misma obra.

El señor Fiscal invoca especialmente la doctrina sentada en fallo de 13 de agosto del año en curso, en el que se transcribió lo dicho por el mismo Consejo en sentencia de 8 de marzo de 1932. Más recientemente, con fecha 3 de abril del año en curso, amplió el Consejo su doctrina en los siguientes términos:

“A la conclusión a que necesariamente conduce lo dicho hasta aquí, o sea a que el recurso contencioso administrativo no va, ni puede ir hasta la revisión de actos ejecutados por autoridades de orden distinto al administrativo propiamente dicho, ya que sean estos actos electorales o no, no se opone ni oponerse puede el hecho de que los Tribunales Superiores tengan, como en la sentencia recurrida se afirma, el carácter de corporaciones públicas, y de que el artículo 181 de la Ley 85 de 1916 diga que ‘es nula toda elección de tres o más individuos, hecha por una corporación pública, cuando los votos emitidos por ella se hayan computado con violación del sistema adoptado por el artículo 111 de esta Ley, o de cualquiera otro que se adopte, de acuerdo con el artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910,’ como no se opone ni oponerse puede tampoco el hecho de que a esas corporaciones obligue, en las elecciones que realicen la aplicación de las leyes sobre sufragio electoral, porque estos hechos, que el Consejo ni afirma ni niega, salen de la órbita de la cuestión en estudio, que es simplemente la de la competencia que tengan las autoridades del Órgano Administrativo para revisar los actos de esas corporaciones, cuando pertenecen ellas a un orden distinto del administrativo, competencia que el Consejo ha negado en repetidas ocasiones, con base en las siguientes consideraciones, entre otras:

“1º Que ni en el Código Contencioso Administrativo, ni en las leyes que lo adicionan y reforman, se encuentra disposición expresa alguna que les dé jurisdicción para ello, disposición necesaria e indispensable, desde luego que amplía su radio de acción, y desde luego también que así lo exige el artículo 151 del Código Judicial, que a la letra dice:

“Por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atri-

buciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa'; y

"2° Que la competencia que el artículo 189 asigna a los Tribunales Seccionales, dice tan sólo relación a las demandas sobre nulidad de las votaciones y de los registros de escrutinios que se verifiquen ante los Jurados de Votación y las que se hagan por las Asambleas Departamentales, Consejos Electorales y otras entidades de orden administrativo, pero no a las realizadas por el Órgano Legislativo o por el Judicial.

"Al respecto bien pueden citarse las sentencias de 8 de marzo de 1932, 15 de junio de 1939, 6 de junio de 1940 y 11 de septiembre del mismo año. A la primera y a la última pertenecen los siguientes apartes:

'Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no tienen competencia para conocer de los juicios de nulidad de las elecciones de Jueces hechas por los Tribunales Superiores, porque no hay disposición legal alguna que les atribuya expresamente el conocimiento de tales asuntos. Por lo que hace a la naturaleza de los juicios, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad, y es improrrogable, salvo excepción expresa, conforme al artículo 151 del Código Judicial.

'Con arreglo al artículo 189 de la Ley 85 de 1916, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo conocen de las demandas de nulidad de las votaciones y de los registros de escrutinio a que se refiere el Capítulo 11 de dicha Ley. Entre las disposiciones del mencionado Capítulo está el artículo 181, que trata de la nulidad de toda elección hecha por una corporación pública, cuando los votos emitidos por ella se hayan computado con violación del principio de la representación proporcional de los partidos; y bien pudiera creerse que en tal disposición quedan comprendidas las elecciones hechas por las entidades del Poder Judicial, por la circunstancia de no hacer diferencia de ninguna clase. Pero hay que tener en cuenta el principio constitucional de la separación de los poderes y la autonomía de que gozan las entidades del Poder Judicial conforme a los mandatos de la Carta Fundamental. Las disposiciones comentadas no pueden referirse sino a aquellas corporaciones que tienen por misión el desarrollo y efectividad del derecho de sufragio, y a aquellas que ocasionalmente realizan funciones electorales y que se citan expresamente en la ley, como ocurre con las Asambleas Departamentales, por ejemplo, que sin ser corporaciones de carácter electoral, tienen en esta materia determinadas atribuciones señaladas por el legislador.

'Pero el Consejo observa que la razón fundamental para que no prospere la acción de nulidad contra este Decreto, estriba en la circunstancia de que el motivo que invoca la demanda contra el Decreto se refiere a la formación de la terna, cuando el examen de las cuestiones planteadas en torno a tal acto escapan del conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y del Consejo de Estado.

'En efecto, no existe disposición expresa que someta a la revisión del Consejo esta clase de actos del Órgano Judicial, sin que sea posible la aplicación por analogía de las disposiciones sobre competencia y jurisdicción, que son de orden público y por lo mismo de estricta aplicación.' "

La misma doctrina sostuvo el Consejo en sentencia de 1º de septiembre de 1933, a propósito de la elección de ternas para Notarios, como puede verse en la *Jurisprudencia del Consejo de Estado*, por el doctor José Antonio Archila, tomo IV, página 332, y tratándose de la elección de Jueces hecha por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en sentencia de 6 de junio de 1940, en que se transcribieron doctrinas sustentadas en fallos anteriores, entre otros el de 8 de marzo de 1932. (*Anales del Consejo de Estado* números 290 a 292, página 344).

De manera que en ningún punto ha habido una jurisprudencia tan uniforme y constante como en el que ahora se estudia.

La doctrina invocada es, pues, exactamente aplicable al caso contemplado, y sólo hay que repetir aquí que el doctor Rosales no ha objetado la formación de la terna por violación de leyes electorales, sino por no haberse incluido en ella su nombre, a pesar de haberlo solicitado, alegando su calidad preferente de Coronel inscrito en el escalafón de antiguos militares y de reunir los requisitos exigidos por la ley para poder ser Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

En tal virtud, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, declara nulo todo lo actuado en este juicio, por incompetencia de jurisdicción.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

*Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Guillermo Peñaranda Arenas. Diógenes Sepúlveda Mejía—Carlos Rivadeneira G.—Gustavo Hernández Rodríguez—*Con salvamento de voto, *Antonio Escobar Camargo—Luis E. García V.,* Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

Cuando un Tribunal Superior confecciona ternas para Notarios o designa Jueces, no puede decirse que esté ejerciendo un acto jurisdiccional. Fuera del hecho externo de la elección hecha por el Tribunal, debe considerarse la naturaleza de la función, que es por esencia administrativa y por consiguiente sujeta a la jurisdicción contencioso administrativa.

En un caso análogo al que hoy se estudia, me separé de la mayoría del Consejo, por estimar que actos como el acusado sí estaban sujetos al control jurisdiccional de los Tribunales Administrativos. Las razones expuestas entonces son las mismas que expongo a continuación, como fundamento jurídico de mi separación del concepto de mis distinguidos colegas.

En desarrollo del Acto legislativo número 3 de 1910, artículo 42, la Ley 130 de 1913 estableció la jurisdicción contencioso-administrativa para "la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas." Esta Ley, como se observa, determinó, por vía general, que la jurisdicción administrativa se refería únicamente a los actos de las corporaciones o empleados administrativos. Dentro del cuerpo de la Ley, se determinó lo relativo a la competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y del Consejo de Estado. Está fuera de duda que, merced al espíritu de esta Ley, no podía ejercitarse la nueva jurisdicción sino frente a los actos de las autoridades de orden administrativo. Nada dijo la Ley con relación a la naturaleza de otros actos que, no siendo judiciales ni legislativos, podían ser ejecutados por miembros del Órgano Judicial o del Legislativo.

Pero, como la naturaleza de esta jurisdicción podía ser determinada por las leyes, posteriormente vinieron modificaciones o adiciones que fueron adscribiendo competencia a la jurisdicción administrativa, en desarrollo lógico del artículo 42 del Acto legislativo número 3 ya citado. Por ello, aunque la competencia se confiere siempre por vía de excepción, conviene saber si en las leyes posteriores a la 130 de 1913 se otorgó competencia a los funcionarios de la jurisdicción contencioso-administrativa, distinta de la determinada en la citada Ley. Está fuera de toda controversia que la competencia de estas corporaciones ha venido señalándose en distintas leyes, todas las cuales deben considerarse incorporadas en la ley general primitiva, ya porque establecen modificaciones o adiciones a ésta, ya porque introducen casos nuevos y excepcionales de competencia administrativa.

Se trata, en consecuencia, de estudiar si hay una disposición que otorgue competencia, no extensiva ni analógica, sino determinada y concreta a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para declarar la nulidad de los actos administrativos que ejecuten corporaciones que no pertenecen en lo fundamental a la rama de la Administración. La ma-

yoría del Consejo afirma que, como la competencia no puede ser analógica ni extensiva, sino que debe predicarse en forma precisa y determinada, no hay fundamento legal ninguno en las leyes colombianas que adscriba competencia a los Tribunales para estudiar la legalidad de estos actos que, por su naturaleza, son administrativos. No comparto, sin embargo, tan respetable opinión, que tiene el indiscutible mérito de haber inspirado muchos fallos del Consejo, porque, en mi modesta opinión, si hay una ley que determina concretamente competencia para decidir sobre la licitud de las elecciones que hagan todas las corporaciones públicas, ya pertenezcan éstas al Órgano Judicial o al Legislativo.

El artículo 189 de la Ley 85 de 1916 otorga competencia a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para estudiar la legalidad de los actos a que se refiere el Capítulo 11 de la misma Ley. Y, en este Capítulo, se determina como causal de nulidad en las elecciones que hagan las "corporaciones públicas" la circunstancia de no ceñirse a las disposiciones electorales vigentes. En manera alguna puede sostenerse que el Congreso o los Tribunales Superiores no son corporaciones públicas. Todo lo contrario: tienen esencialmente ese carácter y, en tal virtud, es obvio aceptar que la competencia adscrita a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no tiene lugar a dudas, interpretación ésta que tiene respaldo en las últimas disposiciones electorales (57 de 1932 y 67 de 1937), que no hacen excepción alguna, y en la costumbre de los Parlamentos y los Tribunales sobre ese particular.

Contra la fuerza de esta argumentación la mayoría del Consejo observa, con apoyo en sentencias anteriores, que esto violaría el principio de la separación de los Poderes Públicos, consagrado expresamente en el artículo 52 de la Constitución Nacional. Sin embargo, conviene tener presente que, cuando el Congreso hace una elección, no ejerce un acto legislativo sino administrativo, y cuando un Tribunal Superior confecciona ternas para Notarios o designa Jueces, no puede decirse, en rigor lógico, que esté ejerciendo un acto jurisdiccional. De ahí que fuera del hecho externo o formal de la elección hecha por un Tribunal debe considerarse la naturaleza de la función, que es por esencia administrativa, y por consiguiente sujeta naturalmente a esta jurisdicción. En nada se opone, pues, al principio de la separación de los Poderes Públicos o a los diversos órganos del Poder.

Por otra parte, la separación que caracteriza a éstos no es absoluta, según el canon constitucional ya citado. Ellos "colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado," lo que quiere decir que esa separación tiene sus límites, permitidos por la propia Constitución. "Es así como el Órgano Ejecutivo del Poder Público, a más de las funciones de la Administración, dicta leyes o contribuye a su formación en uso de facultades extraordinarias, o de su iniciativa ante el Congreso. El Órgano Legislativo no sólo dicta las leyes sino que ejerce atribuciones judiciales cuando abre investigación y juzga a ciertos altos funcionarios administrativos, cuando nombra Magistrados de la Corte, Contralor General de la República, etc. Por último, el Órgano Judicial, fuera de los actos jurisdiccionales que le son propios, ejerce funciones administrativas cuando nombra el personal de Jueces, y especialmente electorales, como en el caso del presente juicio, en que un Tribunal Superior elige ternas para Notarios y Registradores del Distrito respectivo." (Sentencia de primera instancia).

No peca, pues, contra el artículo 52 de la Constitución, como lo juzga la mayoría de la Sala, porque la separación, relativa y no absoluta, como se ha dicho, debe entenderse en cuanto a las funciones esenciales de cada Órgano del Poder Público; fuera de que, como la jurisdicción contencioso-administrativa estudia y analiza los actos puramente administrativos, ha sido cuestión debatida entre los expositores si forma parte

del Organó Administrativo, o si, por el contrario, su función jurisdiccional, que la sitúa dentro de un plano de administradora de una justicia especial, determina en sus funciones atributos propios del Organó Judicial.

Fuera de esto, repugna que las leyes electorales hayan establecido determinada regulación para las corporaciones públicas que ejercen esencialmente o por vía transitoria funciones electorales y que, sin embargo, la violación de esas leyes, el estudio de la actitud asumida por las corporaciones públicas, en rebeldía con los mandatos legales, no tenga una entidad con facultad jurisdiccional capaz de corregir las violaciones que se cometen contra la ley, y, por reflejo, contra los núcleos organizados de opinión que constitucionalmente tienen derecho a representación proporcional en las elecciones. Podría argüirse que estas consideraciones, de orden teórico, son indiscutibles, y que sólo generan la obligación de modificar las leyes, y de sustituir con disposiciones generales más científicas el actual Código de lo Contencioso-Administrativo, hecho a base de ensayos y de retazos de leyes que se han ido aprobando frente a las nacientes necesidades del Derecho Público. Pero, habiendo disposiciones claras, cuya interpretación natural nos lleva a corregir estas anomalías, no parece prudente desconocerlas por acato a un principio constitucional que no es ni puede ser tan desarticulado y rígido como parece entenderlo la mayoría de la Sala.

Por las anteriores razones, me separo de la opinión de mis distinguidos colegas.

Antonio Escobar Camargo—Luis E. García V., Secretario.

Jueces de Rentas

Consejero ponente, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

Los Gobernadores, como jefes seccionales de la Administración, tienen la facultad de escoger y remover libremente a sus agentes o auxiliares, y los Jueces de Rentas, por las funciones que tienen, son auxiliares del Gobernador para la mejor dirección de los intereses fiscales puestos al cuidado de éste. Finalmente, la circunstancia de tener los Jueces de Rentas señalado período fijo, en nada coarta la facultad de removerlos, conforme a la doctrina del artículo 282 del Código Político y Municipal.

Consejo de Estado—Bogotá, julio dos de mil novecientos cuarenta y uno.

Con fecha 9 de julio de 1940 el señor Ernesto Andrade F., vecino del Municipio de Cali, en ejercicio de las acciones pública y privada demandó la nulidad del Decreto número 454, dictado por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, “por el cual se nombra el personal del ramo de Hacienda.” La síntesis de los hechos y peticiones de la demanda es la siguiente:

Ernesto Andrade ejercía el cargo de Juez Superior de Rentas Departamentales de Cali desde el 30 de junio de 1939. Posteriormente, la Gobernación del Valle nombró al señor Apulio Figueroa para el mismo destino, por medio del Decreto número 454, de 1º de julio de 1940, a pesar de existir la Ordenanza número 24 de 1935, que en su artículo 16 fijaba un período de dos años para los Jueces Superiores de Rentas Departamentales.

El actor pidió que se declarase nulo el Decreto 454 ya citado, por hallarse en pugna con el artículo 16 de la Ordenanza número 24 de 1935. Igualmente solicitó del Tribunal *a quo* la suspensión provisional de los efectos del Decreto acusado, mientras se fallaba el juicio respectivo. Esto último fue negado por el Tribunal Seccional por medio de auto de agosto 1º de 1940. El Tribunal de Cali negó posteriormente las peticiones de la demanda. El actor no se conformó con esta decisión, y apeló oportunamente de la sentencia de primera instancia, por lo que los autos fueron remitidos a esta Superioridad con el fin de que se surtiera la apelación interpuesta. Basó su decisión el Tribunal en las consideraciones que siguen:

Ha sido jurisprudencia constante del Consejo de Estado y del Tribunal fallador, que los Jueces Superiores de Rentas Departamentales son agentes del Gobernador, porque sus actividades tienen que ver con la política fiscal de los Departamentos, cuya dirección administrativa compete a los Gobernadores, como lo dispone el numeral 2º del artículo 192 de la Constitución Nacional. Aceptado esto, se desprende que los Jueces Superiores de Rentas Departamentales están en las mismas condiciones jurídicas de cualquier agente de la Gobernación. Entre las atribuciones de los Gobernadores está la de dirigir la acción administrativa en el De-

partamento, nombrando y separando libremente a sus agentes, en virtud del precepto constitucional del libre nombramiento y remoción de los empleados departamentales. De consiguiente, un Juez de Rentas, como agente que es del Gobernador, puede ser removido libremente por éste. Es cierto que la Asamblea determinó el periodo del Juez en dos años, pero también lo es que esto no implicaba que el empleado no pudiera ser removido de acuerdo con el artículo 282 del Código de Régimen Político y Municipal, que deja en pie la facultad que tienen los Jefes de las Administraciones Seccionales para remover a sus agentes, a pesar de existir para éstos un periodo fijo de duración.

Toca ahora al Consejo entrar en el estudio de la sentencia apelada, lo que hace mediante las siguientes consideraciones:

Las funciones de este empleado no pueden ser otras que las de evitar el fraude a las rentas, reprimir el contrabando, y en general ejercer todas las actividades encaminadas al mejor recaudo de las rentas, lo mismo que hacer las indicaciones que conduzcan a la represión y castigo del fraude. Como se ve, la naturaleza de las funciones de este empleado lo coloca como un agente del Gobernador, cuyo ejercicio está subordinado a la autoridad de éste, quien tiene señaladas sus atribuciones en el artículo 192 de la Constitución Nacional, que reza así:

“Artículo 192. Son atribuciones del Gobernador:

“.....

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

El Consejo de Estado dijo a este respecto en sentencia de 12 de julio de 1915:

“En cuanto al derecho que tengan los Gobernadores para nombrar los empleados departamentales, el numeral 2º del Acto legislativo número 3 de 1910 (192 de la nueva Codificación), reproducido en el numeral 2º del artículo 127 del Código Político y Municipal, les atribuye el nombramiento y separación de sus agentes. Si la responsabilidad en el manejo de los intereses públicos del Departamento gravita sobre el Gobernador, es lógico que los empleados departamentales, cuyo nombramiento no está atribuido por la ley ni por la Constitución a otra autoridad, corresponda a éste como Jefe de la Administración Seccional, encargado de dirigir la acción administrativa.

“Que como agentes del Gobernador considera la ley a los empleados de que trata la Ordenanza (Jueces Superiores de Rentas Departamentales), se deduce del hecho de que no estando atribuido ese nombramiento a las Asambleas, ni encontrándose especificado en ninguna de las demás funciones señaladas al Gobernador en el Código Político y Municipal, el legislador entendió que quedaban comprendidas en la denominación genérica empleada por las disposiciones mencionadas.”

La Corte Suprema ha dicho también lo siguiente en un caso igual al que se estudia:

“Dado el carácter público de que están investidos los Gobernadores, de Jefes de la Administración Seccional, es de todo punto indiscutible que a ellos y sólo a ellos compete privativamente hacer los nombramientos de todos los empleados departamentales que deben funcionar en calidad de agentes o auxiliares suyos, bajo su dirección inmediata, y que por consiguiente debe considerarse inexequible toda disposición de las ordenanzas que, en cualquier forma, restrinja o arrebate a los Gobernadores el ejercicio de esa potestad constitucional.”

“Si bien es cierto que, por regla general, los destinos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso designen las leyes, acuerdos,

ordenanzas o reglamentos, también es cierto que esto ha de entenderse y aplicarse en armonía con las disposiciones constitucionales y legales de carácter especial, como son las que fijan las atribuciones de los Jefes de la Administración Departamental, en cuanto a los empleados que de ella dependen."

Está visto, pues, que ha sido jurisprudencia constante la de que los Gobernadores, como Jefes Seccionales de la Administración, tienen la facultad de escoger y remover libremente a sus agentes o auxiliares. El Juez Superior de Rentas, por las funciones que tiene, es un auxiliar del Gobernador, para la mejor dirección de los intereses fiscales puestos a su cuidado.

Pero hay una consideración final que resuelve la cuestión. El artículo 282 del Código Político y Municipal establece que la determinación del período de un empleado no coarta en nada la facultad de removerlo, si se le ha conferido especial y expresamente a alguna autoridad. La Asamblea del Valle reconoció que los Jueces Superiores de Rentas Departamentales son agentes del Gobernador, cuando atribuyó a este funcionario la facultad para nombrarlos. Es cierto que les fijó período de dos años, pero esto no coartaba en nada, como se ha visto, la facultad para removerlos, dada la circunstancia de que el carácter de los Jueces Departamentales es de aquellos cuyo ejercicio depende de la dirección del Jefe de la Administración Seccional, único responsable de la acción administrativa en el Departamento.

El Gobernador del Valle del Cauca, al dictar el Decreto que ahora se acusa, no hizo, pues, otra cosa que ejercer la atribución constitucional de libre nombramiento y remoción de sus agentes.

En virtud de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal, confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Especialidades farmacéuticas

Consejero ponente, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

La Comisión de Especialidades Farmacéuticas debe cancelar las licencias otorgadas cuando se trata de productos patentados a favor de terceros y se ha usurpado la patente, o cuando lo usurpado es la marca con que se distingue el producto. Pero no le compete calificar si en un caso dado existe usurpación o no: ella simplemente ejecuta las providencias que al respecto dicten las autoridades competentes para proteger la propiedad industrial.

Consejo de Estado—Bogotá, tres de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Hernando Moreno M., en su carácter de apoderado especial de Elena Peña de Isaza y de la sociedad *L. Isaza Peña e hija de F. A. Peña*, domiciliada en Medellín, demandó la nulidad de la Resolución número 45, de 28 de febrero de 1941, dictada por el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, y, como consecuencia, la nulidad de la Resolución número 28 de 1941, dictada por la Comisión de Especialidades Farmacéuticas en obediencia a la decisión del Ministerio. Se fundó el demandante en que las citadas providencias eran violatorias de la Ley 31 de 1925, del Decreto número 1023 de 1934 y de los artículos 15, 22 y 26 de la Constitución Nacional. Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así:

La señora Leonor Quevedo viuda de Peña, como heredera de Ismael Peña R., había obtenido el registro de la marca de una pomada para la cara, consistente en un ticket rectangular, con varias menciones, entre las cuales se encontraba el nombre "Peña."

Posteriormente, la señora Elena Peña de Isaza obtuvo el registro de otro ticket muy parecido al anterior, para distinguir una pomada para la cara, registro que se le concedió por medio de la Resolución número 1777 de 1923.

Como esta etiqueta fuera muy parecida a la anterior, la señora Quevedo de Peña demandó la cancelación de este registro, y el Tribunal Superior, en sentencia de 25 de junio de 1937, ordenó la cancelación de la citada Resolución con fundamento en que las etiquetas se podían confundir, por su notable semejanza.

En virtud de esta sentencia, la señora Peña de Isaza cambió la etiqueta de sus productos, por otra azul y oro, muy diferente de la anterior, y pidió el registro, tanto de esa etiqueta como del nombre "Peña," para sus productos, registro que le fue concedido por el Ministerio de Economía.

Posteriormente la señora Quevedo de Peña pidió a la Comisión de Especialidades Farmacéuticas que cancelara la licencia que, para vender los productos marcados con esos nombres y etiquetas, usaba la señora Peña de Isaza. La Comisión negó la cancelación, por lo cual la intere-

sada recurrió en apelación al Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social, quien confirmó la decisión de la Comisión.

La interesada, por medio de apoderado, pidió reposición de esta providencia y adujo como pruebas, entre otras, la copia de la sentencia del Tribunal a que se refiere el punto segundo.

Con fundamento en esta sentencia, el Ministerio revocó su anterior decisión, y como consecuencia dejó sin efectos la decisión de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas. En virtud de esta decisión, señaló a la señora Peña de Isaza el término de noventa días para que procediera a cambiar el nombre del producto que usaba, con la advertencia de que si no lo cambiaba se le cancelaría la licencia que le había concedido la Comisión de Especialidades Farmacéuticas.

El texto de la Resolución acusada es el siguiente:

"En memorial que lleva fecha 18 de diciembre de 1940, el doctor J. Echeverri Duque, personero legal de la señora Leonor Quevedo v. de Peña, solicita de este Despacho reposición de la Resolución número 182, de 28 de noviembre del año pasado, a fin de que se revoque dicha providencia y en su lugar se declare cancelada la licencia de fabricación y venta para el producto 'Pomada Peña,' otorgada a favor de la señora Elena Peña de Isaza.

"Presentó los siguientes documentos: copias de las sentencias de primera y segunda instancia, en las cuales consta que el Órgano Judicial respectivo declaró fundado el derecho de oposición que la señora Leonor Quevedo v. de Peña había formulado al registro de la marca *Peña* para distinguir una pomada, solicitado por la señora Peña de Isaza, y declaró también que no era el caso de que el Ministerio concediera el registro de marca a que se refiere la oposición; y un certificado del Departamento de Comercio e Industrias del Ministerio de la Economía Nacional, en que consta que el registro concedido bajo el número 875, de 14 de mayo de 1914, consistente en un fiquete especial que lleva, entre otras menciones, la palabra 'Peña,' hoy de propiedad de la señora Leonor Quevedo de Peña, se encuentra vigente hasta el día 14 de mayo de 1944, por haberse solicitado oportunamente su renovación.

"La Resolución cuya revocatoria se solicita fue dictada por este Despacho confirmando la de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas que lleva fecha 5 de julio de 1940.

"No es necesario hacer disquisiciones al respecto, si se tiene en cuenta que el argumento fundamental de la Comisión, aceptado integralmente por este Despacho, y que motivó la negativa para hacer la cancelación solicitada, fue el de que era necesario que se presentara la certificación de que la marca 'Pomada Peña' estaba registrada a nombre de otra persona o entidad.

"Este requisito fue satisfecho ampliamente, comoquiera que fue presentado el certificado del cual ya se ha hablado.

"Considera, pues, este Ministerio, que es la señora Leonor Quevedo v. de Peña quien tiene el derecho pleno de disfrutar de la licencia otorgada a favor del producto 'Pomada Peña.'

"Y si la señora Elena Peña de Isaza está usufructuando una para explotar el producto del mismo nombre, es lógico que las autoridades encargadas de este ramo de la Administración Pública deben ejercitar alguna actividad para que la primera de las personas nombradas goce libremente de su derecho, que en la actualidad está limitado a la segunda.

"Ahora bien: la señora Elena Peña de Isaza, que elabora y vende su producto porque está amparada por una licencia que le otorgó la Comisión de Especialidades Farmacéuticas, no fue citada oportunamente, como ha debido hacerse, y por consiguiente no es posible decretar de plano la cancelación de la licencia 2856, sino que es indispensable concederle un plazo para que proceda a cambiar el nombre de su producto,

si así lo desea, y si no lo hiciere en el término que se señale, se procederá a la cancelación.

"Por estas consideraciones, el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, modifica la Resolución 182, de 28 de noviembre del año pasado, de este Ministerio, y la Resolución de 5 de julio de 1940, de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas, disponiendo: que la Comisión expresada cite a la señora Elena Peña de Isaza y le conceda un plazo no mayor de noventa días (90) para que proceda a cambiar el nombre del producto que elabora, amparado con la licencia 2856 de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas.

"José Joaquín CAICEDO CASTILLA,

"Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

"Anselmo Gaitán, Secretario General."

La demanda fue admitida por auto de catorce de mayo del presente año, en el cual se decretó la suspensión provisional del acto acusado. Surtidos los demás trámites legales, toca decidir el fondo de la acción, lo que se hace mediante las siguientes consideraciones:

El señor Fiscal, en acertada vista de veinticinco del pasado mes de junio, se expresa así sobre el fondo de esta demanda:

"La Comisión de Especialidades Farmacéuticas fue creada por la Ley 11 de 1920 y quedó encargada de controlar la producción, importación y venta de productos farmacéuticos. Actualmente rige la Ley 116 de 1937, que modificó en parte las disposiciones anteriores sobre el particular.

"Entre las funciones asignadas a la Comisión, figuran:

"a) La de autorizar, por medio de licencias, la venta en el país de productos farmacéuticos medicinales para uso humano y veterinario; y

"b) Revisar, suspender y cancelar las licencias concedidas cuando el producto dado al consumo no corresponda a la fórmula autorizada o en que se demostrare que determinado elemento que entra en su composición es perjudicial para la salud, de mala calidad, o que existen impurezas en los ingredientes. (Artículo 4º de la Ley 116 de 1937).

"Con el fin de evitar conflictos entre los propietarios de marcas de fábrica o de comercio y los fabricantes o vendedores de especialidades farmacéuticas licenciadas por la Comisión, el Decreto 667 de 1928 dispuso que las solicitudes de licencia que se introduzcan a ella deben ir acompañadas del certificado de la Sección de Marcas del Ministerio del ramo, en que conste que la marca del producto que se desea licenciar no está registrada o en curso de registro, para persona distinta de la que pide la licencia.

"Pero esta precaución puede no ser suficiente para proteger la propiedad industrial de terceros distintos del que obtiene la licencia, por lo cual el Decreto número 1023 de 1934 estableció que, cuando se ha obtenido por ellos la resolución posesoria de amparo de que trata el artículo 68 de la Ley 31 de 1925, si el artículo que constituye la usurpación debidamente calificada por la autoridad competente necesitare o hubiere necesitado para su uso alguna licencia especial, otorgada por las autoridades, éstas se abstendrán de concederla o la cancelarán inmediatamente, según el caso.

"Según esta disposición, la Comisión de Especialidades Farmacéuticas debe cancelar las licencias otorgadas, bien cuando se trata de productos patentados a favor de terceros y se ha usurpado la patente, bien cuando lo usurpado es la marca con que se distingue el producto.

"A la Comisión no le compete calificar si en un caso dado existe usurpación o nó. Ella simplemente ejecuta las providencias que al respecto dicten las autoridades competentes para proteger la propiedad industrial.

"Fijado así en términos generales el radio de acción de esa entidad en relación con su atribución de cancelar licencias, y por lo tanto el del Ministerio de Trabajo cuando obra como superior jerárquico de ella, toca examinar si en el presente caso se ha obrado dentro de aquél, al prevenir a la señora Peña de Isaza que se le cancelará su licencia si dentro del término de noventa días no cambia el nombre del producto.

"La señora Quevedo de Peña obtuvo del Órgano Judicial la cancelación del registro de la marca que anteriormente usaba la señora Isaza de Peña para vender el producto licenciado por la Comisión de Especialidades Farmacéuticas, y esta sentencia, unida a un certificado de la Sección de Patentes y Marcas, en que se dijo que la señora Quevedo de Peña tiene un liquete especial registrado que lleva entre otras menciones la palabra 'Peña,' sirvieron de fundamento al Ministerio para dictar su resolución.

"Pero es lo cierto que en el presente juicio ha comprobado el demandante, tanto con la copia de la sentencia referida como con otro certificado de la misma Sección, que aquélla no tiene registrado sino el liquete, no la marca 'Peña' o 'Pomada Peña,' y que él sí registró la denominación 'Hija de F. A. Peña,' con etiqueta y leyenda distintas de la etiqueta ordenada cancelar, lo mismo que el nombre 'Peña' antedicho, precedido de las cosas que se desean amparar, como distintivo de objetos de tocador.

"Así, pues, la señora Isaza de Peña está usando de un derecho que le conceden estos registros al amparar su pomada con el nombre de 'Peña,' y como su uso no ha sido calificado de usurpación por la autoridad competente, ni podía serlo mientras no se cancele esa marca, el Ministerio violó el artículo 2º del Decreto 1023 de 1934, y esta extralimitación es causal de nulidad de la Resolución demandada.

"Otra cosa hubiera sido si el señor apoderado de la señora Quevedo de Peña hubiera acreditado que se estaba haciendo uso de la marca cancelada por el Órgano Judicial y que la autoridad competente hubiera constatado ese hecho y calificado de usurpación, pues entonces sí habría sido legal ordenar el cambio de etiqueta so pena de cancelación.

"Por las razones expuestas, conceptúo que debe declararse la nulidad pedida en la demanda."

Fuera de estas fundadas consideraciones, que el Consejo comparte en su integridad, conviene insistir en las razones expuestas en el auto de suspensión provisional, razones que no fueron refutadas por las partes y contra las cuales no se adujo prueba alguna en el curso del proceso, por lo cual el Consejo las inserta en esta sentencia, no con el carácter provisional de entonces, sino con fuerza definitiva de sentencia, por estimar que deben servir de fundamento legal a esta decisión.

"La señora Quevedo de Peña —dice el citado auto— tiene a su favor el registro de una etiqueta especial que, entre otras menciones, tiene la palabra *Peña*, para la venta de una pomada para la cara. Posteriormente, la señora Peña de Isaza obtuvo la licencia número 2856, de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas, y el registro de una marca por parte del Ministerio de Agricultura y Comercio. Como la señora Quevedo de Peña estimara que la marca Isaza era parecida o semejante a la que ella había registrado, intentó juicio ordinario para que se cancelara esa Resolución ministerial, juicio que fue desatado por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 25 de junio de 1937, en la cual se ordenó la cancelación del registro de la marca de fábrica de la señora Peña de Isaza, por considerar que la etiqueta registrada era muy semejante a la que usaba la señora Quevedo de Peña.

“Posteriormente, la señora Peña de Isaza constituyó una sociedad colectiva de comercio que se denominó *L. Isaza Peña e Hija de F. A. Peña*, sociedad a la cual aportó la señora Peña de Isaza la licencia de la Comisión de Especialidades Farmacéuticas número 2856; no así el registro de la marca, porque ya había sido cancelado. Pero la sociedad así formada solicitó el registro de la denominación *Hija de F. A. Peña*, con etiqueta y leyenda especial, así como el nombre *Peña* para determinados productos farmacéuticos. Así aparece de los certificados del Ministerio de Economía que se hallan en el expediente.

“Tanto el Ministerio en su certificado del folio 17 vuelta, como el Tribunal Superior de Bogotá, al ordenar cancelar el registro de la antigua etiqueta de la señora Peña de Isaza, por su semejanza con la de la señora Quevedo de Peña, sostienen que la señora Quevedo de Peña no tiene registrado a su favor nombre alguno, ya sea la simple denominación *Peña* o la compuesta *Pomada Peña*. La sociedad *L. Isaza Peña e Hija de F. A. Peña* no tiene en uso la etiqueta que se ordenó cancelar judicialmente, sino que registró (véase certificados de folios 18 y 19), la denominación *Hija de F. A. Peña*, como distintivo de determinados productos de tocador. Si, pues, la señora Quevedo de Peña no tiene registrado nombre alguno, y la sociedad citada tiene registradas ciertas denominaciones, como etiquetas distintas a la ordenada cancelar, aparece a primera vista que el Ministerio violó el Decreto número 667 de 1928, al ordenar a la Comisión de Especialidades Farmacéuticas la cancelación de la licencia concedida a la señora Peña de Isaza, causante de la citada sociedad. Igualmente aparece que la decisión del Ministerio del Trabajo pugna con el artículo 49 de la Ley 31 de 1925.”

En fuerza de estas consideraciones, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Es nula la Resolución número 45, de 28 de febrero de 1941, dictada por el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

2º Como consecuencia de la declaración anterior, queda sin efecto la Resolución número 28 de 1941, dictada por la Comisión de Especialidades Farmacéuticas, en obediencia de la Resolución ministerial anulada.

Publiquese, cópiese, notifíquese y comuníquese.

Tulio Enrique Tascón—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Cabeceras municipales

Consejero ponente, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

Pueden las Asambleas ordenar el cambio de cabeceras municipales acomodándose a las condiciones exigidas por el artículo 1º de la Ley 25 de 1935, obligatorias todas y que deben acreditarse previamente: si falta uno cualquiera de los requisitos allí exigidos, la ordenanza de traslado se expide con violación de la ley y no puede tener existencia jurídica.

Consejo de Estado—Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Manuel Buenahora, mayor, vecino de Cúcuta, en ejercicio de la acción pública que consagran nuestras leyes, demandó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Norte de Santander el artículo 19 de la Ordenanza número 51 de 1938, en virtud de la cual se ordenó el traslado de la cabecera del Municipio de Villacaro, de la ciudad de este nombre, a la de Bucarasica o Florida, del mismo Municipio. Se fundó el demandante en que, al efectuar el traslado, se violaron disposiciones de la Ley 25 de 1935, que exige determinados requisitos para el cambio de cabecera de los Municipios de la República. La demanda siguió su curso legal y, en la debida oportunidad, fue fallada favorablemente por el Tribunal de Cúcuta, por sentencia de quince de mayo del año próximo pasado. El Fiscal del Tribunal fallador no se conformó con la decisión e interpuso recurso de apelación, que le fue concedida en el efecto devolutivo por auto de veintinueve del mismo mes de mayo. Ya ante el Consejo, se admitieron alegatos de los doctores Lucio Pabón Núñez y Manuel José Vargas, como defensor e impugnador de la sentencia de primera instancia, en su orden respectivo. El doctor Vargas pidió la nulidad de todo lo actuado y su solicitud le fue despachada en forma favorable por auto de primero de octubre del año próximo pasado. Contra esta decisión interpuso recurso de reposición el demandante doctor Buenahora, por considerar que era errado el fundamento del auto recurrido, pues el Personero de Villacaro había presentado escrito que confería poder al doctor Vargas, y esto indicaba que el juicio no se había seguido sin su consentimiento. El Consejo, en auto de veinticinco de abril del presente año, revocó su propia decisión de nulidad y ordenó seguir el curso del juicio.

El señor Fiscal, en vista de fecha 4 de julio del presente año, sostiene que, como la Asamblea del Norte de Santander reprodujo la Ordenanza acusada por medio de la número 11 del presente año, es el caso de dar aplicación a una jurisprudencia del Consejo “según la cual cuando desaparece por derogatoria u otra causa durante el juicio un acto administrativo, acusado en acción pública, carece de objeto el pronunciamiento de fondo, pues ya se ha obtenido el fin que se persigue con la acción, o sea el restablecimiento del imperio de las normas superiores conculcadas.” No comparte el Consejo la apreciación de su Fiscal, porque en el presente caso se trata de haber repetido o reproducido la

Ordenanza acusada, y, en ningún caso, de haberla hecho desaparecer. La nueva Ordenanza no deroga la anterior, sino que la reproduce, por lo cual no puede sostenerse que el acto primitivo haya desaparecido, en presencia de la nueva Ordenanza, como no sería lógico aceptar que la nulidad del primero causara la consecuente nulidad de la segunda Ordenanza, pues precisamente los dos actos tienen vida jurídica independiente. No habiendo, pues, derogatoria, sino repetición, el Consejo debe entrar a estudiar el problema que tiene *sub judice*, o sea la nulidad de la Ordenanza número 51 de 1938, en cuanto ordenó el traslado de la cabecera municipal. Como se han llenado todos los trámites legales, toca decidir sobre el fondo de la demanda, lo que se hace mediante las consideraciones siguientes:

El artículo 7º de la Ley 71 de 1916 impuso a las Asambleas determinadas condiciones para poder trasladar las cabeceras de los Municipios de un lugar a otro del mismo radio municipal. Esas condiciones, bajo el imperio de la citada Ley 71, eran las siguientes: 1ª Petición razonada del Concejo; 2ª Petición de quinientos vecinos por lo menos del respectivo Municipio, y 3ª Informe o concepto del Gobernador sobre el particular.

Posteriormente, la Ley 25 de 1935 modificó las condiciones que para estos actos había impuesto la Ley 71 de 1916, e impuso algunas nuevas que es necesario cumplir para que pueda operarse el traslado. Esas condiciones aparecen determinadas en el artículo 1º de la citada Ley, cuyo texto dice así:

“Las Asambleas Departamentales podrán trasladar las cabeceras de los Municipios a otros lugares, dentro de los respectivos territorios, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Solicitud hecha por más de trescientos ciudadanos del respectivo Municipio que sepan leer y escribir, debidamente razonada; b) Que en el lugar que aspire a ser erigido cabecera del Municipio resida habitualmente un número de ciudadanos aptos para el desempeño de los destinos públicos municipales; c) Que haya además en tal lugar locales adecuados para escuela, casa municipal y cárcel, o que éstos puedan fácilmente adquirirse; d) Que el respectivo Gobernador conceptúe favorablemente, previo un detenido estudio de las condiciones del lugar que haya de ser erigido cabecera del Municipio, que verificará una comisión que designará para tal efecto dicho funcionario, y e) Que oiga previamente al respectivo Concejo Municipal sobre la conveniencia de realizar el traslado de la cabecera del Municipio al lugar que indiquen los solicitantes. Este concepto no producirá efectos obligatorios.”

Como puede observarse, la Ley del año 35 limitó más las facultades de las Asambleas en lo relativo al traslado de las cabeceras municipales, pues al paso que la Ley 71 de 1916 sólo exigía la solicitud del Concejo y de quinientos ciudadanos, previo concepto del Gobernador, la nueva Ley exige no sólo la solicitud de los ciudadanos, sino otros requisitos, como la existencia habitual de ciudadanos aptos para el desempeño de los empleos públicos, la existencia de locales para oficinas públicas, concepto favorable del Gobernador, etc. En lo único que hubo una modificación favorable al arbitrio de las Asambleas fue en lo relativo al concepto de los Concejos Municipales, pues en la primera ley no sólo era necesario este concepto, sino que la solicitud debía ser hecha por la propia entidad, en tanto que en la ley vigente debe oírse el concepto del Concejo, pero la Asamblea no tiene obligación de subordinarse a esa opinión. La opinión del Concejo se pide únicamente por vía de illus-

tración, pero no como una condición esencial para la licitud de la determinación de la corporación departamental.

Es evidente que la intención tanto de la Ley del año de 1916 como de la Ley de 1935, fue poner un dique a la arbitrariedad de las Asambleas en esta materia, a fin de que ellas no pudieran proceder discrecionalmente al cambio de cabeceras, sino subordinarse a las circunstancias especiales de cada lugar. Las Asambleas, pues, si pueden ordenar el cambio de cabeceras, pero acomodándose a las claras disposiciones de la Ley 25 de 1935, que limita sus atribuciones en beneficio de la estabilidad de las capitales de los Municipios, y en beneficio remoto de la seguridad municipal. De las condiciones que exige el artículo 1º de la Ley 25, todas son obligatorias, y deben aparecer previamente acreditadas para poder expedir la respectiva ordenanza de traslado. Como se ha dicho, sólo la opinión del Concejo no obliga a la Asamblea, pero la ley sí quiso que se oyeran esas corporaciones que, por ministerio de la ley, llevan el control municipal y que tienen facultades para dictar normas de carácter general dentro de su territorio. La falta de este concepto, aunque él no sea obligatorio, implica una violación de la Ley 25 de 1935, que acarrea nulidad del acto de la Asamblea.

Para decidir el presente caso es necesario, pues, estudiar la documentación que sirvió al Norte de Santander para decretar el cambio de cabecera del Municipio de Villacaro, así como las otras pruebas producidas por el actor, tendientes a infirmar el acto acusado.

Solicitud hecha por más de trescientos ciudadanos del respectivo Municipio que sepan leer y escribir, debidamente razonada.

El demandante afirma que la solicitud a que se refiere el artículo 1º de la Ley 25 de 1935 no se cumplió a cabalidad. Se funda el demandante en que, entre las firmas que aparecen en los memoriales dirigidos a la Asamblea por 643 vecinos del Corregimiento de La Florida y por 245 del Corregimiento de Uribe Uribe, hay muchas correspondientes a ciudadanos que, en declaraciones posteriores, dijeron no saber firmar; en que hay una firma de un ciudadano cuya muerte se logró comprobar con fecha anterior a la solicitud, y en que las firmas no aparecen debidamente autenticadas.

Es evidente que, por el testimonio de los declarantes señores Ignacio García, Manuel Yáñez, Pedro Remolina, Antonio Flórez, Ascensión Calderón, Juan Silva y José Isidro Silva, se demuestra que estos señores no firmaron la solicitud dirigida a la Asamblea, porque algunos declararon no saber firmar y otros no haber puesto su firma al pie del respectivo memorial. También está acreditado que el señor Portam Vargas, cuya firma aparece en uno de los memoriales, había fallecido el 30 de mayo de aquel año, con anterioridad a la solicitud que aparece firmada por él. Esta demostración indica que no todos los que aparecen firmados estamparon su firma, y ello convierte en sospechosas, por lo menos, el resto de las firmas de los citados memoriales.

Pero fuera de esta consideración, el Consejo observa que en el memorial de los seiscientos vecinos de Florida no se solicita el traslado de la cabecera de un lugar a otro, sino creación de un Municipio nuevo. El escrito, después de formular quejas contra la situación de desamparo en que los tiene la capital del Municipio, termina así su única parte petitoria:

“Estos y otros motivos son los que presentamos a esa honorable corporación para pedirle el cambio de Corregimiento, la cabecera municipal. Fundamos nuestra petición a (sic) lo estatuido en el artículo 147 y 148 del Código de Régimen Político y Municipal y cuyos puntos allí enumerados llenamos....”

Aunque la frase que se emplea: "pedirles el cambio de Corregimiento, la cabecera municipal," es un poco equívoca y puede comprender tanto una cosa como otra, la mala redacción del memorial se subsana con las citas que hace de los artículos 147 (hoy derogado) y 148 de la Ley 4ª de 1913, que se refieren a la creación de un Municipio nuevo, idea ésta que aparece plenamente definida en la mente de los redactores del memorial, cuando empiezan a señalar los requisitos necesarios para la creación de un Municipio nuevo. De tal modo que el Consejo, en vista de este análisis, estima que no se llenó el primer requisito exigido por la Ley 25 de 1935, porque los vecinos pidieron creación de un nuevo Municipio y la Asamblea decidió cambiar la cabecera. El memorial que aparece firmado en Uribe Uribe sí expresa claramente la idea del cambio de cabecera, pero además de que no aparece presentado ante autoridad alguna, ni siquiera por una sola persona, no tiene un número de más de trescientas firmas, como lo exige el aparte a) del artículo 1º de la Ley sobre traslados de cabeceras municipales.

Como falta el requisito a) del artículo 1º de la Ley 25 de 1935, la Ordenanza que se expidió con violación expresa de la ley, no puede tener existencia jurídica ninguna. No es menester entrar a estudiar si se cumplieron o nó los demás requisitos que exige la citada Ley, porque basta que falte uno solo de ellos para que el acto expedido esté viciado de nulidad.

Procedió, pues, conforme a derecho el Tribunal de lo Contencioso de Cúcuta al declarar la nulidad de la Ordenanza número 51 de 1938, en la parte que ordenó el traslado de la cabecera del Municipio de Villacaro de la población de este mismo nombre a la de Florida o Bucarasia.

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Libros de los contribuyentes

Consejero ponente, doctor
ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

Sorprende que los funcionarios de Hacienda continúen aplicando los artículos 30, 31 y 129 del Decreto 818 de 1936, cuya ilicitud ha sido puesta de manifiesto en muchas sentencias del Consejo de Estado, proceder tanto más grave cuanto que no produce otro efecto que obligar a los contribuyentes a presentar demandas y a gravarse con los gastos y las zozobras que todo pleito lleva consigo.

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

En escrito de fecha cinco de febrero del año en curso, el doctor Luis F. Reyes Llaña, mayor y vecino de esta ciudad, presentó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bogotá demanda de nulidad de las Resoluciones R-1801-H, del 26 de noviembre de 1940, y R-117-H, de fecha 22 de enero de 1941, dictadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, pero sólo en la parte relativa a la imposición de una multa de cincuenta pesos por no llevar libros registrados. Además, pide el demandante que el Tribunal citado disponga que por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca se le devuelva la referida suma que pagó por concepto de la multa impuesta, y sus intereses al 8% anual desde el 29 de octubre de 1940 hasta el día en que se efectúe la devolución.

Dice así el demandante en su libelo:

“Oportunamente formulé mi denuncia de renta y patrimonio correspondiente al año de 1939, representada en arrendamiento de unos pocos inmuebles y en los honorarios de mi profesión de abogado, pero la Administración de Hacienda Nacional no se limitó a liquidar el impuesto sobre la renta y patrimonio míos, sino que me impuso una multa de cincuenta pesos por no llevar libros registrados. Efectué el pago de dichos impuestos y de la multa mencionada en la Caja de dicha Administración, según recibo número 0179, de fecha 29 de octubre último, para ser oído en mi reclamo ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, tendiente a que se cancelara la imposición de dicha multa y a que se reintegrara su valor, por ser absolutamente ilegal este impuesto adicional o complementario e infundada la sanción o castigo que ello implica. Mi pedimento fue negado y la reposición o revocatoria que interpusé en oportunidad fue asimismo negada, como aparece en las Resoluciones acusadas por ilegales en esta demanda, sin que la Jefatura de Rentas e Impuestos acate la jurisprudencia y las normas que sobre el particular han fijado en repetidas providencias el Consejo de Estado y los Tribunales Seccionales Administrativos, para obligar a los contribuyentes, que son muy numerosos por cierto, a ocurrir a tales Tribunales, aun en casos de pequeña o modesta significación como el presente, para que se les reconozca su derecho y se les ordene devolver multas o impuestos complementarios, liquidados y cobrados sin causa y sin base legal.

“De conformidad con las disposiciones de la Ley 81 de 1931, el legislador no ha impuesto a los contribuyentes la obligación de llevar libros, salvo respecto de aquellas personas que, como los comerciantes, están obligados a hacerlo. En tal virtud, la imposición de la multa en refe-

rencia a un profesional abogado, médico, etc., es decir, a una persona no comerciante, es ilegal y debe declararse."

En seguida hace el demandante una disquisición de orden jurídico para apoyar sus pretensiones, y para ello cita jurisprudencia del Consejo de Estado en apoyo de su tesis.

El Tribunal de Bogotá aceptó la demanda por medio de auto de fecha trece de abril del año en curso. Surtidos los trámites legales falló el asunto de acuerdo con lo pedido por el demandante.

Por apelación interpuesta oportunamente por el señor Fiscal Seccional, toca ahora a esta Superioridad ponerle fin a esta instancia, una vez cumplida la tramitación legal. Para ello se basa en las siguientes consideraciones:

No aparece por parte alguna la facultad que tenga la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales para imponer multas a los contribuyentes que no lleven libros registrados. En efecto, la Ley 78 de 1935, reformatoria de las disposiciones fiscales para entonces vigentes, no estatuyó que los contribuyentes tengan la obligación de llevar libros bajo pena de multa.

Es cierto que existe el Decreto número 818 de 1936 que, en sus artículos 30 y 31, impone a las personas que no tengan actividad comercial la obligación de hacer registrar en la Recaudación de Hacienda Nacional un libro de ingresos y egresos, y uno de inventarios y balances. Y también lo es que el artículo 129 del citado Decreto autoriza a los funcionarios de Hacienda para imponer multas a los que desobedezcan estas disposiciones. Pero no debe perderse de vista que ninguna de las leyes tributarias dio autorización al Gobierno para exigir libros a los no comerciantes ni para sancionar con multas tanto a éstos como a los verdaderos comerciantes que no los presenten con las formalidades legales a la Oficina Nacional de Hacienda. La facultad reglamentaria del Gobierno no puede salirse de la órbita señalada por la ley, porque ello sería contrariarla. El Gobierno tiene la potestad de reglamentar las leyes para buscar su cumplida ejecución, pero desde el momento en que el reglamento contraría el espíritu de la ley reglamentada o introduce ordenaciones nuevas que no aparezcan incorporadas en la ley reglamentada, se extralimita en la potestad constitucional, y estando en conflicto una ordenación reglamentaria, contraria a la ley o excedida de los límites de ésta, los ejecutores de la ley deben desechar el reglamento por acato al principio de la separación de los Organos del Poder Público.

Si en el caso estudiado, ninguna ley dio facultades al Gobierno para establecer sanciones por no llevar libros, distintas de las conferidas a la Cámara de Comercio, debe desecharse la disposición reglamentaria que así lo ordena. El Consejo lo ha dicho ya en múltiples fallos, dictados en virtud de acusaciones contra decisiones de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Por eso sorprende que, siendo constante esta interpretación, los funcionarios de Hacienda continúen aplicando un decreto cuya ilicitud ha sido puesta de manifiesto en muchas sentencias. Y esto es tanto más grave, si se considera que el proceder de las citadas oficinas no produce otro efecto que la obligación para el contribuyente de presentar demandas y de gravarse con los gastos y las zozobras espirituales que todo pleito lleva consigo. Estuvo, pues, ajustada a derecho la sentencia del Tribunal fallador que anuló el acto acusado.

Por las razones anteriores, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Impuesto de donaciones

Consejero, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

Se violan “prima facie” las leyes tributarias al exigirse por un solo acto de donación un doble tributo que aquéllas no autorizan. Sólo en juicio con jurisdicción coactiva, mediante embargo, pueden los funcionarios de Hacienda trabar enajenaciones de inmuebles determinados; pero, en ningún caso, tienen facultad para dictar una orden de carácter universal que impida la enajenación de inmuebles a una persona, porque esa disposición contraría “prima facie” todo nuestro sistema legal.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y uno.

Los doctores José Vicente Morales y Manuel Vicente Jiménez, vecinos de esta ciudad, en ejercicio de poderes especiales conferidos por Higinio Aldana Pantoja y María Arinda Valdés de Aldana, de una parte, y por Eulogia Valdés y Angel María Valdés, de otra, demandaron la nulidad de las Resoluciones 104 y 255, de 28 de febrero y 19 de julio del presente año, emanadas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las cuales se aprueba la Resolución número 6, de 16 de septiembre de 1940, dictada por el Administrador de Hacienda Nacional y el Abogado Ejecutor de Ibagué. Los demandantes pidieron la suspensión provisional de los actos acusados, en el concepto de ser lesivos de derechos civiles de sus poderdantes.

Como se trata de revisión de una decisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que pone fin a una actuación administrativa, iniciada por el Administrador de Hacienda y el Síndico Ejecutor de Ibagué, el Consejo es competente para su estudio, con competencia privativa, en única instancia (artículo 18, ordinal i) de la Ley 130 de 1913). En consecuencia, se ordena:

- a) Notificar al señor Fiscal del Consejo de Estado.
- b) Fijar el negocio en lista, por el término de cinco días, para que las partes puedan solicitar práctica de pruebas.
- c) Suspender provisionalmente las Resoluciones acusadas, pero sólo en cuanto confirman los ordinales 2º y 5º de la Resolución del Administrador de Hacienda y del Abogado Síndico Ejecutor de Ibagué.

Para llegar a la decisión contenida en la letra c), el Consejo tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

La suspensión provisional de los actos acusados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en el concepto de inferir agravios a derechos civiles, se opera, siempre que concurran en el momento de tomar la decisión los dos requisitos siguientes: a) Que exista prueba siquiera sumaria del perjuicio que el acto acusado esté causando o esté en vía de causar; y b) Que ese acto, que así lesiona intereses particulares, se haya dictado en oposición ostensible a normas superiores. Es obvio

que la violación de esas normas debe aparecer, a simple vista, de la sola enunciación que el interesado haga de la oposición entre el acto acusado y la norma que se estima violada. La jurisprudencia ha aceptado este criterio, porque la suspensión provisoria de decisiones administrativas puede trastornar el organismo de la administración, sustentado concretamente en el acto acusado. De tal modo que, cuando esa medida se toma, es porque la violación del acto administrativo contra las normas superiores no puede admitir, a simple vista, discusión alguna. La existencia de la prueba, siquiera sumaria, del perjuicio, es esencial en estos juicios intentados con acción privada, porque no teniendo el demandante interés directo judicial ninguno en la conservación de normas objetivas de derecho, debe acreditar la lesión particular sufrida, que haga necesaria la suspensión del acto que atenta contra sus derechos. Otra cosa es cuando se trata de acción pública, en la cual puede operar la suspensión provisional, sin la prueba del perjuicio del demandante, porque se estima que hay interés general en que se respeten las normas constitucionales o legales vigentes. El interés, en tal caso, es un interés mediano o indirecto, radicado en todo ciudadano para la defensa del orden jurídico de la Nación.

En el caso de autos, aparece que, con las Resoluciones acusadas, se ocasiona perjuicios a los demandantes, con las disposiciones de los ordinales 2º y 5º de la Resolución del Administrador de Hacienda y del Síndico Ejecutor, porque por medio del primer ordinal se señala un término de quince días para practicar por cuenta de los demandantes un avalúo de bienes, so pena de una multa de \$ 300.00, y por medio del ordinal 5º se ordena al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que no inscriba escritura ninguna referente a inmuebles de propiedad de las personas que la oficina de Hacienda estima como donante y donatario. Está, pues, cumplido el primer requisito para la suspensión provisional, o sea la existencia actual o potencial de un perjuicio para el demandante.

En la demanda se aducen ocho motivos de violación de leyes, por parte de las Resoluciones acusadas. Los motivos 1º, 2º, 5º, 6º y 7º, por referirse a cuestiones de fondo, no pueden decidirse en un auto de suspensión provisional que, como se ha visto, sólo debe analizar lo que pueda apreciarse *prima facie*, sin hacer estudio sustancial ninguno.

Los motivos de la demanda, señalados en los puntos 1º, 2º y 7º, contienen apreciaciones de derecho, cuya decisión no puede tomarse en el auto de suspensión provisional. Y los puntos 5º y 6º se refieren al mérito que debe darse a determinadas pruebas, aducidas en el proceso administrativo, lo que implica un verdadero análisis de fondo, ajeno a la apreciación superficial que comporta el auto de suspensión provisional. No ocurre lo mismo con las causales de acusación marcadas con los números 3º, 4º y 8º, que sí son susceptibles de ser decididas provisionalmente en este auto, como se verá a continuación.

Tercer motivo. Se acusan las Resoluciones del Ministerio de Hacienda, por cuanto la Resolución que aquéllas confirman establece que los contratos señalados en los considerandos a), b), c), d), e), f), g) y h) constituyen una donación presuntiva de bienes. En concepto de los demandantes, cada contrato no puede constituir una donación, aun en el caso de que se aceptara la legitimidad de las Resoluciones acusadas, pues varios de esos contratos se refieren a unos mismos bienes. La donación se operaría, por ejemplo, de Eulogia Valdés a Angel María Valdés. Pero, en ningún caso, de aquélla a Aureliano Pinzón y de éste a Angel María Valdés. A primera vista, observa el Consejo que los demandantes tienen razón en esta causal de acusación, pues aunque podría interpretarse la Resolución citada con el recto criterio de una sola imposición por cada presunta donación, los términos precisos de la Resolución

pueden servir para que se violen las leyes tributarias, con el cobro inicuo de un impuesto por cada uno de los contratos mencionados. La Resolución viola, pues, por este aspecto, la Ley 63 de 1936 y el Decreto 667 de 1932.

Cuarto motivo. Se acusan las Resoluciones del Ministerio de Hacienda, por cuanto la Resolución que aquéllas confirman, implica una nueva tributación del impuesto de donaciones sobre la escritura número 39, de 12 de febrero de 1934, celebrada entre Eulogia María Valdés y Angel María Valdés. Los demandantes afirman que ese impuesto se pagó en forma legal y que la Resolución confirmada por el Ministerio de Hacienda grava nuevamente el mismo contrato con un nuevo impuesto de donaciones. Efectivamente en la copia de la citada escritura número 39 de 1934, del Municipio del Guamo, se lee lo siguiente:

“Ministerio de Hacienda y Crédito Público—Guamo, 13 de febrero de 1934.

Recibí de Angel María Valdés la suma de nueve pesos oro legal (\$ 9.00) por derechos de Lazaretos. Por venta de Eulogia Valdés por la suma de trescientos pesos (\$ 300.00). Parentesco de la vendedora con el comprador: hijo natural.

M. J. Solanilla”

Esta transcripción demuestra, *prima facie*, que al exigirse nuevo tributo por la citada donación se violan las citadas leyes tributarias, que no autorizan doble tributación.

Octavo motivo. Se acusan las Resoluciones del Ministerio de Hacienda, por cuanto la Resolución que aquéllas confirman ordena a los Registradores de Guamo y Purificación se abstengan de hacer inscripciones de bienes enajenados por Eulogia Valdés o sus hijos Angel María y María Arinda, a fin de no hacer “nugatorias” las decisiones tomadas. Esta ordenación está contenida en el ordinal 5º de la Resolución de la Administración de Hacienda Nacional del Tolima.

Con relación a este ordinal 5º, que ordena a los Registradores de Guamo y Purificación se abstengan de inscribir las enajenaciones de inmuebles hechas por Eulogia Valdés, Angel María y María Arinda Valdés, el Consejo observa *prima facie*, que contiene una disposición contraria a todo nuestro sistema legal, que sólo permite sacar bienes del comercio, mediante embargo o demanda judicial. Como lo dicen los demandantes, sólo en juicio con jurisdicción coactiva, mediante embargo, pueden los funcionarios de Hacienda trabar enajenaciones de inmuebles determinados. Pero, en ningún caso, tienen facultad para dictar una orden, de carácter universal, que impida la enajenación de inmuebles, como la que implica el aberrante ordinal 5º.

Estas consideraciones son suficientes para ordenar la suspensión provisional decretada en este auto. Sólo se suspenden las Resoluciones acusadas, en cuanto confirman los ordinales 2º y 5º de la Resolución tomada por el Administrador de Hacienda y el Síndico Ejecutor de Ibagué, porque sólo la vigencia de estos dos ordinales causa perjuicio a los interesados.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Antonio Escobar Camargo—Luis E. García V., Secretario.

Examen de cuentas

Consejero ponente, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

El Consejo de Estado, con facultades de apreciación más amplias que las de la Contraloría, ha resuelto aceptar el mérito de cuentas que no llenen formalmente todos los requisitos exigidos, cuando el gasto se ha operado en beneficio de la Nación, sin violentar normas u órdenes superiores. Asimismo, cuando una inversión se ha hecho en forma distinta a la autorizada, si el gasto se ha verificado rectamente, hay fundamentos de equidad suficientes para que la jurisdicción administrativa lo acepte.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos cuarenta y uno.

La Contraloría General de la República, por auto de fenecimiento de 29 de junio de 1936, elevó a alcance al señor Francisco Clement la suma de \$ 43.834.24, como Contador del 2º Grupo de la Flotilla de Guerra del Caquetá, Putumayo y Amazonas (Base Fluvial de La Enea), en las cuentas correspondientes al período comprendido del 18 de marzo al 31 de agosto de 1935. Esta suma, que comprende el monto total del alcance, es el resultado de sumar cantidades parciales que le fueron glosadas al señor Clement. El resumen de esas cantidades es el siguiente:

RESUMEN DE ALCANCES

Primera glosa:

Jornales de Santa Clara, por sustracción del 20% de las listas de marzo y abril \$ 220.00

Jornales de una obra Slip, por suplantación de personas, alteración del número de jornales y precio de cada uno, falsificación de documentos oficiales, etc. 32.729.80

Combustible, por falta de autorización y de las firmas que ordena el reglamento 901.41

(Todo este valor queda comprendido en la causal: por no tener las firmas de rigor, y \$ 100.00 solamente por falta de autorización).

Material y varios, por falta de autorización 2.182.32

(De esta suma corresponden \$ 1.731.02 a falta de las firmas reglamentarias).

Alimentación, por falta de las firmas de control 2.432.45

Compras en Manaos, por la misma causa anterior 917.79

Compras en Tarapacá, por la misma causa 529.96

Reparaciones del Remolcador *Barbosa*, por igual causa .. 227.20

Segunda glosa 117.60

Tercera glosa 886.20

Cuarta glosa 2.689.51

Total \$ 43.834.24

El auto de fenecimiento le fue notificado oportunamente al interesado, quien manifestó en el momento de la notificación que pediría reconsideración y que, en subsidio, apelaba. No aparece el escrito de reconsideración ni el de apelación subsidiaria. Con fundamento en que la apelación no se hizo por escrito, la Contraloría declaró ejecutoriado el auto de fenecimiento, por providencia número 1037, de 13 de septiembre de 1936.

Posteriormente, el 25 de marzo del presente año, el doctor Federico A. Daza, apoderado del cuentadante, pidió a la Contraloría reconsideración y revocatoria o reforma del auto de fenecimiento, fundado en que en el proceso existían pruebas que no se habían considerado en el auto, y en los artículos 78 y 79 de la Resolución reglamentaria del juicio de cuentas de la Contraloría que, entre otras cosas, disponen que, ejecutoriado un auto de fenecimiento definitivo, podrá la Contraloría reconsiderarlo y reformarlo o revocarlo, aun cuando se haya hecho el envío al Juzgado de Ejecuciones Fiscales, si se presentan nuevos documentos que acrediten hechos nuevos, o si existiendo determinados documentos al momento de dictar el auto, no se tuvieron en cuenta por la Contraloría, al fallar.

La Contraloría en la providencia número 872, de 29 de abril del presente año, negó la solicitud, con fundamento en que las nuevas pruebas que se habían traído al juicio de cuentas, ya habían sido consideradas por el auto de fenecimiento. El interesado apeló de esta providencia, para ante el Consejo, y, venido el expediente, se cumplieron todos los trámites de rigor, por lo cual toca poner fin al litigio, lo que se hace mediante las siguientes consideraciones:

Es cierto que las pruebas pedidas por el doctor Mariño Ariza, como apoderado de Clement, fueron consideradas en el auto de fenecimiento, puesto que ellas se refieren a remesas de fondos, relaciones de autorizaciones y otros documentos que sí fueron estudiados y apreciados por la Contraloría. Pero, analizadas las cuentas de Clement, así como el expediente que se ha remitido en virtud de la apelación, puede observarse que existen en ellas documentos que, si bien aparecían en el juicio en el momento de dictar el auto de fenecimiento, no fueron considerados por la Contraloría. En efecto, con relación a la glosa *tercera*, existe un recibo de la Tesorería General de la República que indica que el Contador Mayor de Florencia depositó en el Consulado de Colombia en Manaos la cantidad de \$ 886.20, suma ésta que cargó a Clement, como "avance," a fin de que éste recabara del Comandante del Remolcador *Barbosa* los comprobantes que legalizaran esas cuentas. 2º Con relación a la glosa *cuarta*, existe en el expediente (folio 31), una nota del Contador Mayor de Florencia, en que aparece que existe un depósito a favor de Clement por valor de \$ 2.689.51, y que sólo aguarda los comprobantes para reintegrarle a Clement esa suma. 3º En el folio 48 existe un certificado del Oficial de Detail, del Comandante del 2º Grupo y del Oficial de Administración, en que afirman que los víveres y demás elementos que compró Clement en mayo de 1935 se recibieron de conformidad, y la falta de las firmas de estos tres funcionarios es un motivo de glosas de determinadas cuentas; y 4º No se tuvieron en cuenta las facturas que aparecen en los folios 49 y 50, que hacen relación al cargo formulado en la glosa *cuarta*.

Como se ha visto, si es el caso de reconsiderar el auto de fenecimiento, por existir documentos en el juicio que no se tuvieron en cuenta al dictar el respectivo auto. Como la Contraloría no hizo la reconsideración del caso, toca hacerla al Consejo, para lo cual se observa:

Los cargos que el respectivo auto de fenecimiento hace al Contador Clement son de diversa índole, a saber: 1º Haber sustraído el 20% de los jornales que correspondía pagar a los obreros de una obra efectuada a

Santa Clara, y haberse apropiado estos fondos. Este 20%, correspondiente a los meses de marzo y abril, alcanza a la cantidad de \$ 220.00. 2º Falta de la relación de autorizaciones que debe tener todo Pagador para poder inscribir como egresos las sumas que desembolsa por cualquier concepto. Esta falta de autorizaciones implica, como lo observa la Contraloría, la falta de sujeción a los presupuestos mensuales de gastos, que están siempre subordinados a la previa relación de autorizaciones. La suma glosada por este concepto es de \$ 2.282.32. 3º Suplantación de personas, alteración del número de jornales, falsificación de documentos oficiales, en las nóminas de la obra del Slip que se efectuaba en la jurisdicción contable del cuatadante. Esta glosa alcanza a \$ 32.729.80. 4º Falta de las firmas del Control, que debían llevar las cuentas presentadas por el señor Clement. Esta glosa comprende, fuera de la obra del Slip, cuya cuantía se determinó en el punto anterior, el resto del monto del alcance hasta completar la suma de \$ 43.834.24.

Segunda glosa u observación. Haber dejado de pagar parte de los jornales de julio y agosto. Esta glosa alcanza a \$ 117.60.

Tercera glosa. Haber dejado de incorporar definitivamente en la cuenta de gastos-presupuestos, por falta de las legalizaciones del caso, una partida que ya había incorporado en la cuenta de *avances*. Esta partida alcanza a la cantidad de \$ 1.186.20.

Cuarta glosa. Haber dejado de entregar la cantidad de \$ 2.689.51, que le correspondía como parte del saldo en efectivo que debía aparecer en su poder en la época en que hizo entrega de su cargo.

El alcance que le ha sido deducido al ex-Contador Clement tuvo su fundamento en cuatro glosas u observaciones que le fueron formuladas por providencia número 220, de 22 de febrero de 1936, por medio de la cual se revocó un auto de fenecimiento sin alcance, correspondiente a parte de las cuentas del apelante. Este había rendido, en forma global, sus cuentas correspondientes al periodo comprendido entre el 16 de marzo y el 30 de abril. Posteriormente rindió, también en forma conjunta, las cuentas correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de mayo y el 31 de agosto de 1935. Las dos relaciones de cuentas las rindió el interesado Clement, por conducto de la Contaduría Mayor de Florencia, oficina de la cual era subalterna la que dirigía Clement. Las primeras cuentas, o sean las relativas al lapso comprendido entre el 16 de marzo y el 30 de abril, fueron estudiadas por la Pagaduría Mayor, y fueron fenecidas por esta oficina, previa refrendación del Revisor Fiscal de Guerra, sin observación ninguna. La Contaduría Mayor feneció las cuentas de Clement, porque tenía facultad para estudiar y fenecer las cuentas de las oficinas subalternas, según Resolución número 111, de 2 de abril de 1935. Este fenecimiento sin observaciones, dictado en agosto de 1935, fue el que revocó la providencia que formuló las glosas que sirvieron de base para el auto de fenecimiento que está *sub-judice*. Las cuentas correspondientes al lapso del 1º de abril a 31 de agosto fueron incorporadas en las cuentas de la Contaduría Mayor, pero no fueron fenecidas por esta oficina.

En el citado aviso de observaciones, la Contraloría General de la República formuló cuatro objeciones, de naturaleza distinta, a las cuentas rendidas por Clement, observaciones que, en su mayor parte, fueron elevadas a alcance definitivo por medio del auto apelado. Toca, pues, al Consejo estudiar el citado auto de fenecimiento, para lo cual se seguirá el mismo orden seguido por la oficina falladora.

Primera glosa. Esta primera glosa, descrita en el respectivo auto de fenecimiento, y relacionada en forma sucinta en la primera parte de este auto, alcanza a la cantidad de \$ 40.140.93 y está formada por

observaciones de diversa naturaleza sobre cada una de las cuentas que abarca el citado aviso. Para el definitivo estudio del problema planteado, conviene hacer un análisis detenido de cada una de las partes que comprenden esa glosa:

1ª *Jornales Santa Clara*. Con fundamento en esta glosa se deduce a cargo del responsable un alcance por la cantidad de \$ 220.00, por estimar la Contraloría que Clement, antes de pagar el valor de los jornales correspondientes a los meses de marzo y abril en una obra que hacían en el punto denominado "Santa Clara", sustrajo el 20% del valor de esas cuentas, lo tomó para sí y ordenó el pago del servicio, con el descuento previo de ese 20%.

Antes de seguir en el estudio de esta glosa, conviene dejar establecido que a la Contraloría le llegó un denuncia formulado por varios militares sobre abusos e irregularidades en la oficina a cargo del señor Clement. Con tal motivo la Contraloría envió una comisión compuesta por los señores Carlos Facio Lince y Rafael Navia Barona, Visitador de la Contraloría y Auditor de Guerra, respectivamente, quienes hicieron un detenido estudio de las cuentas del interesado, y presentaron el acta de visita a la Contraloría. En esa acta hacen constar que existe un alcance en contra de Clement por valor de \$ 51.648.10. Esta acta fue la base del respectivo aviso de observaciones ya citado, aviso de observaciones que formuló glosas por ese valor a Clement, pero que, mediante explicaciones de éste, se rebajaron a la cantidad de \$ 43.834.24, que es el monto del auto de fenecimiento definitivo.

Con motivo del denuncia formulado a la Contraloría, se levantó igualmente, por funcionarios del Ministerio de Guerra, una investigación criminal con el ánimo de establecer los hechos delictuosos denunciados y de castigar a los responsables. No se ha traído al proceso, por haberlo impedido la reserva legal, según nota del Ministerio de Guerra, el juicio criminal, pero si aparecen transcritas las principales declaraciones rendidas allí.

La Contraloría, para formular este primer cargo de la primera glosa al cuentadante Clement, se basó en la declaración que rindió en el citado proceso el señor Julio Carvalho, testimonio que es del siguiente tenor:

"Cuando el señor Clement pasó por Santa Clara en dirección a Manaos llegó hasta mi oficina en Santa Clara y me propuso que hiciera una adulteración en la lista del personal de trabajadores, en el sentido de agregar en ella nombres de personas que no hubieran trabajado, por ejemplo indios, con el fin de que el valor que se hiciera aparecer en estas listas para ese personal supuesto nos lo repartiéramos entre él y yo, supongo que en partes iguales.... Clement en todo caso me dijo que el 20% del valor de las listas lo sacaría para él. El señor Francisco Clement, como antes dije, regresó del puerto de Manaos en los últimos días del mes de mayo, en que llegó a Santa Clara. En los primeros días de junio llegó a Santa Clara, con el fin de hacer los pagos correspondientes a los meses de abril y marzo de este año, como ya lo dije. Yo le presenté las listas en que había incluido el personal de trabajadores, que en verdad y efectivamente habían prestado servicio en las obras del puerto a mi cargo y en las que estos trabajadores aparecían sólo y únicamente con los días que habían trabajado y con el precio de los salarios que habían devengado. En estas condiciones presenté las listas al citado Clement. Al examinarlas me preguntó si había hecho la inclusión en ellas del personal supuesto para los efectos de que antes, al bajar para Manaos, él me había hablado. Yo recuerdo que le contesté: no señor, eso a más de imposible, es delictuoso; venga usted y personalmente llama a cada uno de los hombres que aparecen en estas listas, y usted personalmente les entregá el dinero que en ellas aparece, correspondiente a los jornales efectivamente trabajados. Yo no he hecho adulteración alguna. El señor

Clement, que parecía se había tomado algunos tragos, me contestó: 'Yo le advertí, al bajar para Manaos, que para mi sacaría el 20% del valor total de las listas, y de consiguiente voy a sacarlo.' Sumó el señor Clement la partida que arrojaban las listas de marzo y abril y dedujo y se guardó para sí el 20%, quitando con este procedimiento a cada obrero el 20% de sus jornales."

El señor Abogardo Alvarez, sobre este particular, se expresa así:

"En el mes de julio, el 21 por la noche, estando en Santa Clara me manifestó confidencialmente el señor Julio Carvalho, Inspector de Trabajo de dicho puerto, que en los últimos pagos verificados por el señor Contador Clement le había descontado del total de la planilla de jornales la suma de \$ 220.00...."

"Por lo anterior, dice la Contraloría, se concluye que de las listas glosadas por jornales en Santa Clara, de marzo a abril, el responsable Clement sólo pudo sustraer para sí la suma de \$ 220.00, desde luego que las planillas presentadas por Carvalho, como ya se vio, contenían los nombres de los obreros que realmente habían prestado servicio, el número de días trabajados y el precio a como estaban contratados. Las citadas planillas valen lo siguiente:

"Primera de marzo	\$	1.052.70
"Primera de abril		1.100.00
"Suman	\$	2.152.70
"Valor que sustrajo y no devolvió, según declaración de Carvalho		220.00
Diferencia	\$	1.932.70"

En los términos anteriores, define la Contraloría el alcance a que se refiere esta primera parte de la glosa primera. El aviso de observaciones había elevado esta glosa a la cantidad de \$ 3.138.50; pero, en virtud de la transcrita declaración de Carvalho, se redujo al 20% de las sumas de marzo y abril.

El apoderado del cuentadante y de sus fiadores, en relación con esta glosa de la Contraloría, se expresa así:

"La primera parte de la glosa que habla de la sustracción del 20 por 100 del valor de las listas de jornales de Santa Clara, en marzo y abril, no tiene posición jurídica alguna. En efecto, no se encuentra ni en el acta de visita, ni en el informativo levantado por el Investigador, prueba o constancia que le dé fuerza legal a la declaración de Julio Carvalho, de la cual aparezca, con toda evidencia, que el señor Clement se hubiera incautado de dicha suma y que, por consiguiente, el Tesoro Nacional viniera a resultar como *deudor* de ella, con acreedores definidos, que no podrían ser otros que los mismos trabajadores de Santa Clara. No hay, pues, deuda de ninguna clase del señor Clement a favor del Tesoro, ni del Tesoro a favor de terceras personas; y debe notarse que de haber existido ella, existiría también la *reclamación* en contra del Tesoro por conducto del Ministerio del ramo o en contra de Clement ante la justicia ordinaria. Como nada de esto ha ocurrido, se impone levantar esta parte del alcance."

Entre las cuentas solicitadas por este Despacho a la Contraloría, aparecen las de jornales de Santa Clara, correspondientes a los meses de marzo y abril. Estas son planillas que, en la parte superior dicen que contienen la relación de pagos del personal de trabajadores que han prestado servicios en el puerto de Santa Clara, durante el correspondiente mes. Aparecen estas planillas con la firma del Contador Clement,

visadas con un "Vº Bº—Páguese" del Comandante de la Flotilla, señor Alfredo Triviño, y con un certificado que dice:

"Certifico que el personal de la presente lista ha prestado sus servicios durante el mes de marzo y recibido sus haberes de conformidad.

Julio de Carvalho, Inspector de Trabajos."

Como ha podido observarse, el cargo que se formula a Clement por este concepto, se basa únicamente en la declaración de Carvalho, Inspector del Trabajo, quien dice que aquél se apoderó del 20% del valor de las planillas y dejó sin pagar esa cantidad a los trabajadores. En concepto del Consejo, la sola declaración de Carvalho no puede ser plena prueba de su dicho, no sólo por aparecer las planillas debidamente presentadas, visadas por el Comandante de la Flotilla, señor Triviño, y por el Inspector de Trabajos, sino por la circunstancia de que el señor Julio Carvalho, ciudadano brasileño que formuló su acusación contra el cuentadante, es el mismo que aparece certificando que el personal de esa lista prestó sus servicios y recibió sus haberes de conformidad. Hay una notoria contradicción entre la declaración rendida en el proceso criminal y esta certificación, que aparece de su puño y letra al pie de la cuenta. Frente a esta oposición de testimonios, el uno anterior a la investigación y el otro posterior, recibido cuando ya el proceso seguía su curso, las reglas generales de interpretación mandan que, por lo menos, se destruyan ambos y pierdan lógicamente la eficacia probatoria. Fuera de esto, aun en el caso de que no existiera esta contradicción, no sería jurídico desechar la fe que merece un documento que lleva varias firmas, por acatar el testimonio de un solo testigo, cuyo mérito ha discutido siempre la ley.

Por otra parte, no puede perderse de vista que el alcance que se eleva o deduce contra un funcionario, constituye un crédito a favor del Estado, en contra de ese empleado. En el caso de Santa Clara, de existir ese crédito, no sería a favor del Estado, sino de esas terceras personas, trabajadores todos, cuyo sueldo se cercenó por el empleado pagador. Fiscalmente, en presencia de la respectiva planilla, el Estado no aparece como deudor de ninguno de esos trabajadores, y en tal virtud, sería injusto recabar sumas de dinero, sin causa ninguna. Podría argüirse que esas terceras personas mantienen un crédito vivo contra el Estado y pueden reclamarlo en la debida oportunidad. Pero esta obligación así reclamada debería ser deducida por un juicio civil ordinario, ajeno al procedimiento fiscal, juicio que, por otra parte, sí haría surgir una obligación de este orden civil contra el cuentadante en el caso de que fuera resuelto en contra de la Nación. Pero, mientras no exista esta sentencia definitiva, cuya decisión obligue a la Nación, ésta no puede resarcirse prematuramente de daños que, en el campo estrictamente fiscal, no aparece que se le hubieran causado.

Debe, pues, levantarse esta primera parte de la primera glosa.

2ª La segunda observación formulada en la primera glosa al cuenta-dante Clement estriba en que no tenía suficiente relación de autorizaciones para gastar determinadas partidas. Ya se ha dicho que estas sumas ascienden a \$ 2.282.32.

a) La primera de estas partidas, que es de \$ 100.00, está sintetizada así por la Contraloría General de la República:

"Los \$ 100 de la relación 2896 fueron girados, según factura de Remesa de Fondo número 3, de 21 de abril de 1935, para combustible de la lancha *Demetrio Salamanca*, cuentas de julio de 1934, pero según los comprobantes, solamente hay uno por \$ 2.40, de junio de dicho año, por suministros a la citada lancha. Los demás corresponden a la lancha *César*, así: uno por \$ 3.60, de fecha 30 de junio, y el resto, o sean \$ 94.00,

del mes de julio. Como puede verse, todos los \$ 100.00 se emplearon en cosa distinta de lo autorizado....”

No comparte el Consejo los puntos de vista de la Contraloría sobre esta partida, porque aunque es cierta la observación de que los comprobantes por \$ 97.60 aparecen para combustible de la lancha *César*, y sólo \$ 2.40 para la lancha *Demetrio Salamanca*, examinados esos comprobantes se observa que aparecen invertidos en leña, que los recibió el Maquinista M. Calina, con el “Es corriente” del Piloto Adriano Pardo. Estas firmas de Calina y Pardo, que aparecen tanto en los comprobantes de la lancha *Demetrio Salamanca*, como en la lancha *César*, en el ejercicio de los mismos cargos de Maquinista y Piloto, demuestran que es cierta la afirmación del cuentadante de que sólo existe una lancha, con dos denominaciones. Tanto más si se observa que Calina y Pardo aparecen desempeñando unos mismos cargos en las dos supuestas lanchas, en un lapso menor de diez días.

Por esta consideración, es menester levantar la glosa que se había deducido a Clement.

b) La segunda de estas partidas alcanza a la cantidad de \$ 220.58. Se formula la glosa, porque las remesas hechas sobre el particular sólo amparan sueldos, sobresueldos y alimentación, y el responsable invirtió esta suma en “material y varios.” Examinadas estas cuentas aparece que, realmente, la citada cantidad se invirtió en artículos para el remolcador *Barbosa*. Las cuentas tienen todas las firmas reglamentarias, inclusive la del Cónsul General de Colombia en Manaos. Sólo existe, pues, lo relativo a que el responsable invirtió el dinero en cosa distinta a la autorizada que, como se ha dicho, era alimentación, sueldos y sobresueldos. Con fundamento en que en la remesa de fondos número 4 existe una partida de \$ 760.00 para “material,” el Consejo levanta este alcance. La Contraloría observa que esa partida es para abril y que los gastos se operaron en febrero y marzo, pero dada la circunstancia de que el dinero se invirtió en el servicio de la Flotilla, hay que presumir que esa autorización concedida para “material” de abril, debía amparar igualmente los gastos de material que se hubieran ocasionado, sin previa relación, en los meses anteriores. Fue éste, indudablemente, el criterio que guió al cuentadante, criterio que rectamente no puede satisfacer a una oficina de cuentas, como la Contraloría, pero que si tiene fundamentos de equidad suficientes para que la jurisdicción administrativa lo acepte por espíritu de justicia, en consideración a que el gasto se hizo, en beneficio de la administración.

c) La tercera partida tiene como fundamento un caso análogo al anterior, que consiste en lo siguiente: Clement rindió sus cuentas de mayo, valiéndose de las autorizaciones que habían sido expedidas para los meses de febrero, abril, junio y agosto, hasta alcanzar la suma de \$ 1.961.74. La Contraloría le formuló la glosa así:

“7ª La columna Material y Varios registra \$ 2.721.74 en mayo, tomados de la Relación número 1857, factura número 01545, de Florencia; pero ésta sólo autoriza, para gastos en dicho mes, \$ 760.00. El Debe y Haber no presenta exceso de gastos en los resultados totales, lo que vale decir que tomó las apropiaciones de febrero, abril, junio y agosto para pagar las cuentas presentadas en el mes de mayo, procedimiento irregular que no puede aceptarse porque, en primer lugar, para ese mes sólo se autorizaron \$ 760.00, quedando, por tanto, cancelado lo anterior, con base en el respectivo presupuesto mensual; de no ser así, en la factura número 01545 se hubiera hecho mención especial y separada de los meses precedentes; y en segundo lugar, porque no podía hacer esos gastos para meses futuros, computando partidas no apropiadas aún y tomando fondos de lo asignado a otros renglones. De suerte que, por

razón de la causa que se estudia, no puede asignarse el excedente sobre \$ 760.00, o sean \$ 1.961.74. La otra causa, que lo es la falta de las firmas reglamentarias de control y fiscalización, será motivo de análisis más adelante."

Se observa que Clement pudo respaldar sus gastos de mayo, con autorizaciones de meses posteriores, porque rindió aquella cuenta posiblemente en el mes de agosto. El procedimiento seguido fue hacer una cuenta global de varios meses, y proceder a hacer los gastos pertinentes. Indudablemente, en la práctica es éste el sistema más conforme con las necesidades imprevistas del servicio de emergencia. No lo estudia por ese aspecto la Contraloría por la naturaleza estricta de sus funciones, y porque si esa oficina fiscalizadora aceptara esos sistemas irregulares de gastos, perdería el control fiscal de la administración. Pero el Consejo de Estado, a quien toca decidir con criterio de justicia, si acepta la legitimidad del gasto, por las razones expuestas en el punto anterior.

Por estas consideraciones, considera que los gastos a que se refiere esta segunda parte de la glosa primera están ajustados a legítimas autorizaciones.

3ª *Obras del Slip.* Como hemos visto, por razón de los trabajos adelantados en esta obra, se dedujo como alcance la cantidad de \$ 32.729.80. Este alcance se formuló porque la Comisión Investigadora de que se habló atrás recibió declaraciones a muchos trabajadores que figuraban en las listas en determinados meses, y éstos manifestaron no haber trabajado en esos meses y días allí determinados. Sobre este particular, la Contraloría se expresa así:

"Por dicho expediente se ve que en febrero apenas hubo cuatro obreros en las obras del Slip, suministrados por el Comando del segundo Grupo, capitaneados por Jacob Acris; que en marzo se aumentó este número con los 14 que llevó el *Mariscal Sucre*, que en abril subió a 180 (véase folio 59), en mayo no se sabe cuántos, en junio descendió a 145 y en julio y agosto tampoco puede precisarse el número, a tiempo que, en su orden, las listas definitivas que vinieron con la cuenta y cuyos valores aparecen cargados a Gastos por el responsable, traen las siguientes cantidades: 33 por \$ 625.00, 102 por \$ 2.735.50, 209 por \$ 6.690.00, 180 por \$ 5.794.00, 213 por \$ 6.752.80, 150 por \$ 5.350.00 y 126 por \$ 4.782.30. Como aparte de esta anomalía, que evidencia los malos manejos de que habla la visita, y los confirma el expediente de la investigación, coexiste la circunstancia de que los respectivos comprobantes no traen las firmas de rigor, únicas que pueden tenerse como suficientemente idóneas para justificar el valor cargado en las cuentas, este Despacho, a falta de los documentos probatorios de tales egresos, de que se ha hecho mención atrás, y que no los aduce el responsable, no puede hacer otra cosa que mantener el cargo por el valor de dichos jornales, con la excepción ya anotada de los de Santa Clara, es decir, reduciéndolo en el valor de éstos menos la cantidad de \$ 220.00, sustraída por el cuentadante en el acto de efectuar los pagos en aquel lugar, y no devueltos aún...."

En el aviso de observaciones, fundado en la visita, que practicaron el Visitador de la Contraloría y el Auditor de Guerra, la Contraloría formula así esta misma glosa:

"También son ilegales estos comprobantes, y ésta la razón más poderosa para no aceptarlos, por las terminantes declaraciones tomadas por el Investigador Especial y por el Visitador de la Contraloría en los varios puertos del Putumayo y Amazonas, que obran en el expediente levantado, que por todos los extremos demuestran que el responsable no solamente nunca verificó los pagos personalmente, sino que también autorizó entregando las partidas correspondientes, la apropiación de

dineros de la Nación, mediante la incorporación en las listas de jornales de la construcción del Slip de nombres supuestos, aumento de salarios y aumento de días a los que en verdad trabajaron....”

En el acta de visita de los empleados tantas veces citados, se recibieron declaraciones de jornaleros, que declararon no haber trabajado en la fecha señalada por las nóminas presentadas por Clement a la Contraloría. Esta lista alcanza a la cantidad de \$ 3.700.10 que, en concepto de los citados Visitadores, es la cantidad que constataron haber sido defraudada a la Nación, porque los jornaleros que aparecen en las cuentas declararon no haber prestado servicio alguno. Con fundamento en el hecho de haberse demostrado el fraude con las citadas declaraciones, y por la circunstancia de que el interesado no efectuaba directamente los pagos, sino que a veces los hacía por conducto de otras personas, la Contraloría glosó la cuenta total de la obra del Slip. También glosó el total de la cuenta por falta de las firmas de rigor en las nóminas, pero este aspecto se estudiará más adelante.

La glosa por las causas ya descritas cobija, sin embargo, el total de la obra del Slip, que es, como se ha dicho, de \$ 32.729.80.

Por el aspecto citado, el Consejo estima que la glosa no puede prosperar en lo que se refiere al total de las sumas gastadas en esta obra, sumas que aparecen respaldadas con las respectivas cuentas y planillas de pago, porque, en el fondo, tanto los Visitadores como la Contraloría, al formular esta objeción y al deducir esa cantidad como alcance en contra del cuentadante, no podían en manera alguna formular cargo contra Clement, por este aspecto, por una suma mayor de la que se hubiere demostrado haber sido inscrita en las listas, sin respaldo en la realidad de los trabajos. En síntesis: la glosa o el cargo formulado por este aspecto no puede ir más allá de la cuantía de las sumas de dinero que se pruebe haberse hecho figurar sin respaldo real. La prueba de que se hicieron figurar nombres de personas que no trabajaron, no es suficiente para considerar fraudulento el total del valor de las planillas, no sólo porque las planillas envuelven una presunción de verdad, sino por el principio general de derecho que hace presumir la fama y la buena fe, salvo prueba en contrario. Como en el presente caso, sólo aparece, en concepto de la Contraloría, la prueba de que en las listas se hicieron figurar nombres por valor de \$ 3.700.10, es el caso de circunscribir a este punto el estudio de la glosa, ya que en el resto de la obra del Slip no puede, por el aspecto dicho, formularse rectamente cargo ninguno contra el cuentadante.

Por el aspecto ya dicho, pues, de fraude a la Nación, haciendo figurar jornaleros que no prestaron servicio, el cargo sólo puede limitarse a \$ 3.700.10, que es la suma que corresponde a los testimonios recibidos por el Visitador de la Contraloría y el Auditor de Guerra.

En presencia del aviso de observaciones a que se refiere esta glosa, el interesado la contestó en la siguiente forma:

“Si efectivamente los jornales correspondientes a la obra del Slip no fueron pagados por mí personalmente, debo hacer la siguiente aclaración, no sin asegurar y probar que en ninguna forma fueron adulteradas las listas como más adelante lo comprobaré; que además de un absoluto desconocimiento de la región de mi parte, había por entonces a cargo del Contador las siguientes guarniciones: Base de La Enea, con el personal de la guarnición, trabajadores de ésta, trabajadores de la obra del Slip, embarcaciones llamadas menores y cañoneros *Mariscal Sucre* y *Pichincha*; Puerto Arica, a más de 70 kilómetros de La Enea; Puerto López, a 180 kilómetros; Santa Clara, a 350 kilómetros; nave hospital *Yamary*, en el puerto de Tarapacá y a una distancia de más de 400 kilómetros de La Enea, y por último el remolcador *Barbosa*, viajando de la

base de La Enca a la ciudad de Manaus (Brasil) y viceversa. Esto en regiones donde no hay ninguna normalidad en el transporte, y habiendo tenido que cumplir la orden del Jefe del Departamento del Amazonas, de hacer un viaje a Manaus a comprar viveres y demás elementos, que le significó al suscrito la ausencia de casi dos meses de la Base de La Enca y a bordo del remolcador *Barbosa*, y además, que recibí orden del señor Comandante de la Flotilla de entregar al Ingeniero Navarro el valor de los jornales del Slip, por ser independiente dicha obra, según instrucciones del Departamento de Marina, de fecha 4 de diciembre de 1934, por ser el Director de éstas.

“Como respecto de las planillas de jornales del Slip, que valían \$ 32.729.80, es que existe la presunción de malos manejos de los fondos que por tal concepto se descargan en las cuentas, debo decir, que si bien es cierto que un funcionario de la Contraloría, debidamente autorizado por el Contralor General de la República, tiene autoridad para citar testigos, tomar juramentos y recibir declaraciones referentes al asunto que sea de competencia del Contralor, no debe perderse de vista que ese carácter de que está investido para tales asuntos, lo obliga a obrar dentro de la ley, y que en casos como el mío, por la sola presunción malévolas que existía se tomaron declaraciones a individuos no domiciliados en el país, extranjeros que no hablaban nuestro idioma, para los cuales no se nombró intérprete, y sin embargo, sus declaraciones aparecen en castellano corriente, dando así a entender, que los investigadores recogieron a su modo e interpretaron a su modo las declaraciones que en toda forma insisto y pruebo que son ilegales y falsas.

“La prueba es que al estudiar nuevamente mis cuentas y querer constatar algunos de los puntos que obran en el expediente que sobre mí existe, he encontrado lo siguiente:

“Entre las declaraciones tomadas por el Investigador, y que dieron origen para que dicho señor levantara un cuadro demostrativo de que se habían inflado las planillas, aparece la del señor Joao Alvez, quien dice que no se le pagaron completos los jornales que se hicieron figurar en las planillas de abril y mayo, y este señor declaró falsamente, pues basta a la Contraloría examinar las planillas de esos meses, en las cuales ni siquiera figura porque no trabajó. El señor Rubén Rodríguez Montaña no figura en las planillas de jornales de abril, mayo, julio ni agosto, y sin embargo, en el cuadro del Visitador sí figura como uno de los declarantes que en esos meses trabajó y se le pagó parte de los jornales que figuran en las planillas. En iguales circunstancias la declaración del señor Manoel Da Costa que no trabajó en abril, como que no figura en la planilla del mes; la del señor Manoel Dos Santos, que figura en el cuadro del Visitador en agosto y en la planilla nó; Miguel Amorini aparece en el cuadro del Visitador como si se le hubieran pagado jornales en julio, y en la planilla no figura; y los siguientes señores, que no figuran en las planillas de mayo y en el cuadro que formó el Visitador figuran como si se les hubiera pagado jornales: Eliseu Cabalcanti, An-chises de Souza, Gregorio Da Silva, Joao Perera, Agustino Perera, Marcelino Ageda, Manoel Cacao y Vergolhino Cordeiro. Además, el señor Francisco Negrera, que figura en el cuadro del Visitador en abril, y en las planillas nó; Eloy H. de Oliveira, que figura en el cuadro del Visitador en junio y en las planillas nó, y Eladio de Oliveira, que figura en el cuadro del Visitador en junio y julio y en las planillas nó....”

La Contraloría, sin embargo, no aceptó las anteriores explicaciones del cuentadante. Se basó para ello en declaraciones tomadas por la investigación de que se ha hecho mérito. Entre los declarantes que sirven de sosíen a la glosa que, por este aspecto, formula la Contraloría, pueden citarse los señores Jacob Acris, Antonio Jiménez y el Ingeniero de la obra, doctor Navarro, cuyos testimonios pueden resumirse así:

Jacob Acris, quien declara que los pagos se hacían a los trabajadores, teniendo a la vista las listas provisionales que él facturaba, y, en ningún caso, las listas definitivas que el Ingeniero doctor Navarro presentaba posteriormente a la Pagaduría. Advierte Acris que había diferencias entre unas listas y otras, y que las que le servían a él para pagar eran la expresión de la verdad, pues se tenía en cuenta el servicio prestado y el sueldo estipulado.

Antonio Jiménez declara que, habiéndose preguntado a unos obreros si los jornales devengados por ellos correspondían con la lista presentada por él, con el carácter provisional, aquéllos manifestaron que sí. Pero que, como los pagos no se hicieron sobre esas listas provisionales sino sobre las listas firmadas por el Ingeniero doctor Navarro, con la firma del Comandante Triviño, resultó una enorme diferencia entre lo que figuraba en esas listas definitivas y lo que en realidad habían servido los obreros. Por esto —dice Jiménez— que se convenció de que las listas definitivas no correspondían a la realidad y estaban adulteradas. Agrega Jiménez que él firmó esas listas definitivas, porque el doctor Navarro le dijo que las firmara, en momentos en que estaba de viaje, y tenía que salir en forma precipitada, sin fijarse lo que estaba firmando. Luégo dice que las listas provisionales se las entregó al doctor Navarro.

Navarro, el Ingeniero a que se refieren las declaraciones anteriores, manifiesta que a veces, como los jornaleros eran indios, y no tenían apellidos conocidos, él ponía cualquier apellido después del nombre, como se usa en el Sur con esta clase de trabajadores.

El apoderado del interesado, en memorial dirigido a la Contraloría, pide a esta entidad que levante la glosa, porque, en su concepto, las pruebas que, por este aspecto la sustentan, carecen de fuerza probatoria suficiente. El doctor Daza, en el citado escrito, refuta así las argumentaciones de la Contraloría:

“.....La segunda parte de la primera glosa, cuyo monto es de \$ 32.729.80, la ha venido sosteniendo ese Despacho fundado en las *declaraciones* que igualmente aparecen en el mentado “informativo,” pero sin hacer un estudio detenido y juicioso de ellas, ceñido a las normas legales sobre la *prueba testimonial*, pues claramente se ve que fueron tomadas a espaldas del señor Clement, esto es, sin citación y audiencia de él, y que el Investigador le arrebató el derecho que tenía para desvirtuar las afirmaciones tendenciosas de que era víctima, contrainterrogando a los deponentes y en todo caso afrontando, cara a cara, una acusación que allí mismo había podido ser aniquilada. Se tiene, en consecuencia, que tales declaraciones (recibidas con violación de la ley y con desconocimiento de todo derecho) carecen en absoluto de todo valor y efecto, que no perjudican al señor Clement en su patrimonio moral ni material y que no acarrearán responsabilidad para el Tesoro, porque no sirven ni podrían servir en ningún campo, civil o administrativo, para sustentar una demanda por cosa debida y no pagada a terceros, o sea a los legítimos acreedores.

“Concretándome a la suplantación de personas, a la alteración del número de jornales y precio de los mismos y a la falsificación de documentos públicos, bien puede sostenerse, con fundamento en el derecho, que ni el acta de visita ni el informativo en cuestión constituyen prueba indiciaria o incompleta de que el señor Clement se sustrajera los fondos públicos que estaban a su cuidado, porque no aparecen por ninguna parte, ni pueden aparecer porque jamás existieron, *otras listas de jornales* que la Contraloría como representante de la Nación en el juicio de cuentas, *pudiera exhibir como verdaderas o reales*; y siendo las planillas que incorporó el señor Clement en las cuentas referidas las *únicas* que representan, por decirlo así, un acto administrativo fiscal, puesto que llevan las firmas del Ingeniero Interventor de las obras del Slip,

doctor Jorge Navarro, la del Mayor Comandante de la Flotilla, señor Alfredo Triviño, y las de los respectivos Capataces o Inspectores de Trabajos, que las autorizan o legalizan plenamente, no puede alegarse, ante ningún Tribunal, que las declaraciones tomadas por el Investigador con desconocimiento completo del derecho de la contraparte, prevalecen jurídicamente sobre el documento fiscal que reúne todas las formalidades y requisitos sobre la materia....”

Como se ve, el interesado se basa, para desvirtuar el cargo que aparece de la visita practicada por el Visitador y el Auditor de Guerra, en dos consideraciones: 1^a En que las declaraciones de los obreros fueron recibidas sin citación de la contraparte, careciendo por tal razón de todo valor probatorio; y 2^a En que, existiendo las respectivas cuentas que son documentos fiscales que hacen plena prueba, no puede dárseles mérito a simples declaraciones, a no ser que aparecieran las listas provisionales que Acris dice haber servido de fundamento para el pago real de los jornaleros de la obra del Slip. No comparte el Consejo las anteriores apreciaciones del señor apoderado de Clement, por las siguientes consideraciones:

En el campo del Derecho Privado, durante el proceso seguido para definir derechos civiles, lo que confiere eficacia a la prueba es la contradicción a que está sometida entre las partes. Esto es así, porque en esa clase de litigios, el funcionario que los preside no realiza sino los debates probatorios que le exijan los interesados, sin que pueda en movimiento propio, aducir nuevas pruebas, distintas de las que, por voluntad de las partes, constituyen el proceso probatorio. Es claro que, en presencia de debates civiles, los Jueces no pueden salirse de esta órbita limitada del debate, y deben circunscribirse a definir la verdad relativa que resulte de los hechos acreditados por las partes. La facultad de investigar, de buscar la verdad intrínseca, es ajena a este procedimiento, que tiene únicamente, como se ha dicho, a fallar de conformidad con la severa verdad procesal que hayan construido los interesados en el litigio.

Pero si este es el principio dominante en el Derecho Privado, no ocurre lo mismo en el Derecho Público, bajo cuyo amparo el funcionario que interviene tiene obligación de buscar la verdad intrínseca, investigando en la forma que le parezca más acertada, y, en general, construyendo por su propia cuenta, sin consideración de partes, todo el probatorio, que es, por su naturaleza, inquisitivo. La razón de esta modalidad estriba en que, no existiendo partes entre el Estado —que se empeña en hacer constar una determinada situación real— y el particular que, por cualquier concepto aparece mezclado a esa situación, las leyes han querido dar a aquél plena amplitud para inquirir la verdad de las cosas, sin sujeción a contradicción ninguna, pues que no existe interés de ninguna naturaleza en definir cuestión distinta de la ocurrencia que se quiere sancionar o definir. En el Derecho Privado, en cambio, cada parte tiene marcado interés en presentar al juzgador determinadas situaciones jurídicas, cuya certidumbre no puede producirse en el ánimo del Juez sino previo un debate contradictorio.

Con fundamento en estas consideraciones, es obvio que, en el procedimiento fiscal, en que el Estado no puede tener interés distinto del esclarecimiento de los hechos, si debe dárseles valor probatorio a los testimonios recibidos, sin citación del cuentadante, como se otorga suficiente mérito a las declaraciones recibidas en el procedimiento penal, sin que intervenga el reo. Por ello, las declaraciones que sirvieron de base a la Contraloría para deducir este alcance, no pueden desecharse en la forma en que lo quiere el apoderado de la contraparte.

El otro argumento, consistente en que las nóminas constituyen una verdad fiscal que no puede destruirse sino por otra verdad fiscal, es

en cierto modo exacto, sólo que, en concepto del Consejo, las declaraciones y el proceso de esclarecimiento de que se ha hablado, constituyen una verdad fiscal también, desde luego que tuvo como fundamento una investigación encaminada a destruir la verdad formal o aparente que existía en las nóminas.

La circunstancia de que el Pagador Clement no tuvo culpa alguna en lo ocurrido, por razón del inmenso radio de acción en que le tocaba actuar, puede ser un motivo de exculpación, susceptible de ser debatido en un proceso de exoneración, pero en ningún caso razón suficiente para libertarlo de la responsabilidad fiscal que le compete por todas estas irregularidades.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se dejará como alcance en contra del responsable, por este concepto, la cantidad de \$ 3.700.10, con deducción del valor de los jornales de los señores Rubén Rodríguez Montaña, Joao Alves, Manuel Da Costa, Miguel Amorini, Eiseo Calcante, Anquises Dezouza, Gregorio Da Silva, Joao Perera, Agostino Perera, Marcelino Aguera, Manuel Cacau, Vergolino Cordeiro y Heladio de Oliveira, que aparecen en las listas de declarantes, pero que no figuran en las planillas, lo cual indica que, con relación a ellos, no hubo fraude alguno en los respectivos meses. Como los jornales de estos señores, por el concepto dicho, ascienden a la suma de \$ 226.30, el alcance que se deduce en contra de Clement será de \$ 3.473.80.

4^a *Falta de las firmas reglamentarias en las respectivas cuentas de pago o nóminas.* Esta glosa comprende las siguientes partidas:

Combustible	\$ 801.41
Alimentación	2.432.45
Compras en Manaos	917.79
Compras en Tarapacá	529.96
Reparaciones del remolcador <i>Barbosa</i>	227.20
Total	\$ 4.908.81

Fuera de estas partidas, también aparece glosada, por falta de las firmas de control que exigen los reglamentos del Ministerio de Guerra, la suma total de la obra del Slip. Por tal razón, la glosa por falta de firmas alcanza a la cantidad de \$ 37.638.61.

Estriba el fundamento de esta glosa, como se ha dicho, en que las cuentas presentadas por Clement no tienen las firmas de las personas que, según el Reglamento del Ministerio de Guerra, y, según las disposiciones de la Contraloría, deben autorizar los respectivos gastos, a saber: el Comandante del Grupo, el Oficial de Detall y el Oficial de Administración.

El cuentadante alega como descargo la circunstancia de que las cuentas aparecen firmadas por el Comandante General de la Flotilla del Sur, por los Capataces e Inspectores de Trabajo y por otros funcionarios que intervenían en el pago respectivo; que las cuentas correspondientes a marzo y abril le fueron fenecidas por la entidad correspondiente, a pesar de que no tenían las firmas reglamentarias, razón que lo hizo creer que se ajustaban a los procedimientos normales de la Contraloría, y, por último, que las cuentas en la forma en que fueron presentadas se ajustaban "a las más autorizadas prácticas comerciales," de conformidad con los artículos 20 y 21 del Decreto-ley 911 de 1932.

Examinados los legajos de cuentas correspondientes a las glosas anteriores, se observa:

Combustible: Las cuentas glosadas por inversiones hechas en combustible, aparecen en el respectivo legajo, y, efectivamente, carecen de las tres firmas que han sido citadas, como reglamentarias, tanto de la Con-

traloría como del Ministerio de Guerra. Esas cuentas, sin embargo, tienen otras firmas que, en concepto del cuentadante, eran suficientes para hacer la respectiva erogación. Las cuentas de combustible aparecen, pues, con las siguientes firmas: la del Médico Jefe de la nave hospital a que se refería el combustible, la del Mayordomo de la nave, la del Maquinista, la del Contramaestre, y, en su mayoría del señor Emilio Santos, Comandante de la nave, cuando ésta no era la nave hospital, sino el remolcador *Barbosa*, comandado por el señor Santos. También aparece, con el respectivo "recibí," la firma del beneficiario de las cuentas.

Alimentación, compras en Tarapacá y Manaos: Las cuentas glosadas, por inversiones hechas en alimentación de la Flotilla del Sur, carecen, efectivamente, de las ya citadas tres firmas reglamentarias. Tienen otras firmas, a saber: a) Cuando se trata del remolcador *Barbosa*, tienen el visto bueno del Comandante señor Emilio Santos, el "recibí" del Despensero de la nave, y la firma del acreedor; b) Si es la nave hospital *Yamari*, tienen la firma del Médico Jefe de la nave; y c) Las relativas a naves o inversiones distintas de las dos naves anteriores, tienen las firmas del Comandante General de la Flotilla, Alfredo Triviño, del señor Abogardo Alvarez y del respectivo acreedor de cada cuenta.

Aparecen, sin embargo, algunas cuentas de alimentación y de compras en Manaos, que no tienen otra firma que la del comerciante de Manaos o Tarapacá que hizo la venta o que extendió la respectiva factura. Estas son cuatro facturas, del mes de mayo de 1935, que, en total, suman \$ 2,235.64.

Reparaciones del remolcador "Barbosa." Aparecen dos comprobantes por valor de \$ 227.20. Estos comprobantes tienen las siguientes firmas: las del señor Emilio Santos, Comandante del remolcador *Barbosa*, la del primer maquinista señor Ramón Brandao, precedida de un "recibí," y la del beneficiario de la cuenta.

Obras del Slip. Esta, que es la mayor glosa formulada por este concepto, tiene su cuenta presentada por el cuentadante, con las siguientes firmas: las cuentas de febrero y marzo, tienen las firmas del señor Alfredo Triviño, Comandante General de la Flotilla, la del Ingeniero de la Flotilla, doctor Jorge Navarro, y la del Capitán Jacobo Acris, precedida de la expresión "recibimos de conformidad"; las cuentas de abril y mayo tienen las firmas ya descritas, más la de Juan Ayala, quien firma en una como Inspector y en otra como Capataz; la cuenta de junio tiene las firmas del Comandante Triviño, del Ingeniero Navarro, del Inspector de Trabajos Antonio Jiménez R., y una segunda firma de éste, precedida de la frase "recibimos el pago de conformidad"; la cuenta de julio tiene las firmas del Comandante Triviño, del Ingeniero Navarro, del Apuntador Jacobo Acris y del Inspector de Trabajos Antonio Jiménez R., precedida de la misma frase "recibimos el pago de conformidad," y la cuenta de agosto tiene las firmas del Comandante Triviño, del Ingeniero Navarro, del Inspector de Trabajos Jacobo Acris, y una segunda firma de éste, precedida de la frase "recibimos de conformidad."

Formulada la glosa por falta de las firmas que exigen los respectivos reglamentos, el apoderado del señor Clement objeta la glosa en los siguientes términos:

"....La falta de las firmas de determinados funcionarios no invalida los comprobantes incorporados por Clement en sus cuentas, porque en su cambio tienen otras del mismo valor fiscal —si no mayor— como lo es por ejemplo la firma del Comandante General de la Base, quien actuaba sobre el terreno y quien ejercía tanto la fiscalización directa de los gastos de la Flotilla como la dirección administrativa del Grupo a su cargo. Además, no se pueden tachar de ilegales esos comprobantes, porque tienen una firma que respalda suficientemente las erogaciones.

que certifican el pago a los proveedores o a quienes habían prestado un servicio a la Nación y que ponen a ésta a cubierto contra toda clase de reclamos: esta firma es la de *recibo* del legítimo acreedor. Puedo afirmar, sin temor a equivocarme, que el señor Clement pagó a los acreedores las sumas que fueron materia de las glosas, y que lo mismo ocurrió con los pagos a que se contraen las glosas de los puntos anteriores, ni el señor Clement tomó para sí ninguna suma de dinero ni el Tesoro Nacional sufrió quebranto o menoscabo. Por lo tanto, el alcance relativo al punto cuestionado carece de consistencia legal, de justicia, y considero con plena convicción que debe ser igualmente levantado. Su mantenimiento sería una violación del principio universal prohibitivo del enriquecimiento sin causa....”

En su segundo alegato, presentado ante el Consejo, el citado apoderado se expresa así:

“...Por otra parte, no consta en el presente juicio que la Contraloría hubiera formulado glosas al responsable Clement en relación con la forma de los documentos o comprobantes que le sirvieron para efectuar los pagos, de manera que él hubiera podido evitar a tiempo las deficiencias extrínsecas que más tarde, cuando ya iba a hacer dejación de su empleo, le fueron observadas. Y como los memorados comprobantes se ajustan a las más autorizadas prácticas comerciales, es del caso aplicar lo que sobre esta materia estatuyen claramente los artículos 20 y 21 del Decreto-ley 911 de 1932....”

Y a continuación cita algunas doctrinas del Consejo sobre liberación de los responsables, por falta de requisitos adjetivos, cuando se establece plenamente que las inversiones se hicieron en beneficio de la Nación.

Las cuentas del Slip, que tienen la firma del Comandante General de la Flotilla, señor Alfredo Triviño, deben considerarse aceptables, porque su autoridad en el Sur, superior a la de los otros Oficiales, cuya firma exige la Contraloría, es suficiente para legalizar esas cuentas que habrían tenido suficiente mérito con la firma de los Oficiales inferiores. Las otras cuentas, visadas por los Comandantes de las respectivas unidades navales, con el “recibí” del respectivo Despensero o Mayordomo, y con la firma del acreedor no llenan, es cierto, formalmente los requisitos exigidos por la Contraloría y el Ministerio de Guerra. Pero, en casos similares, el Consejo de Estado, que tiene facultades de apreciación más amplias que las que la ley otorga a la Contraloría, puesto que su función en tales casos es impartir justicia administrativa, ha resuelto aceptar el mérito de dichas cuentas, porque estima que lo fundamental en ellas es que se haya operado el gasto en beneficio de la Nación, sin violentar normas u órdenes superiores. El Consejo estima que, si aparece plenamente establecido que se efectuó el pago, en beneficio de la Nación, para un servicio previamente ordenado por autoridades competentes, no sería equitativo deducir alcance a cargo del responsable, por cualquier deficiencia adjetiva o formal de las que, si bien es cierto pueden generar una glosa de la Oficina de Cuentas de la Contraloría, no pueden ser razón suficiente para que la justicia administrativa deseché los puntos de vista del cuentadante, con perjuicio real de éste y en beneficio de la Nación que, por tal causa, aparecería enriquecida sin causa justa.

En sentencia de abril 7 de 1938 (*Anales* números 266 a 268, página 456), analizando estas circunstancias, el Consejo de Estado dijo lo siguiente:

“...Si los gastos hechos por el Administrador, lo fueron por órdenes del Ministerio de Guerra, y si con ello se libró a la Nación de una obligación en su contra, no parecería equitativo dejar esa suma a cargo del que hizo el pago en tales circunstancias. Si al verificarlo dejó de cumplir

ciertas formalidades, podría haberse hecho acreedor por falta de previsión o de descuido a una sanción, que en este caso concreto no podría consistir en el deber de reintegrar al Tesoro Público lo que ha pagado en cumplimiento de obligaciones deducidas contra éste, pues que ello equivaldría a un enriquecimiento indebido por parte de la Nación, que además de haber utilizado en su beneficio los tubos de que se trata, recibiría por el mismo concepto las sumas que por ellos se pagaron.

“En los juicios de cuentas, ha declarado esta entidad, se persigue mantener intacto el haber del Estado. Los alcances deben ser créditos que la Nación tiene contra un responsable. Demostrado que su Tesoro está intacto en su contenido, el defecto formal no autoriza a cobrar lo que no se debe....”

Con relación a las cuentas que, por compra de alimentación hecha en Manaos, por la suma de \$ 2.235.64, aparecen sin otra firma distinta de la del comerciante que extiende la factura, y en general, con relación a las cuentas de mayo de 1935, debe aceptarse que se ajustan a los reglamentos respectivos del Ministerio de Guerra y de la Contraloría, ya que ellas están amparadas por el certificado que obra al folio 48 del expediente, expedido por los funcionarios de control señalados por el Ministerio, señores Oficial de Detall, Comandante del Segundo Grupo de la Flotilla y Oficial de Administración. El citado certificado dice así:

“La Enea, septiembre 11 de 1935.

“Los abajo suscritos: Comandante del II Grupo de la Flotilla del Amazonas; Oficial de Detall y Oficial de Administración, certificamos: que en junio del presente año se recibieron en esa Base las facturas de víveres y demás elementos que el Contador señor Francisco Clement adquirió en Manaos en el mes de mayo para este Grupo, en perfecto buen estado y a entera satisfacción, excepto dos tambores de pintura gris, que llegaron con una merma de cinco galones cada uno.

“(Firmado), *Jorge A. Tarazona*, Tte. Cdt. Engdo. II Grupo—*Felipe Neira Gómez*, Tte. Ofi. de Detall—*Alberto Tarquino*, Ofi. de Administración.”

(Hay un sello).

Con fundamento en estas consideraciones, el Consejo estima que debe levantarse el alcance deducido por falta de las firmas del control reglamentario.

Segunda glosa.

Consiste en que el responsable dejó de pagar parte de los jornales de Puerto López, en los meses de julio y agosto de 1935, según consta en declaraciones rendidas por los mismos interesados. Como el responsable acepta este cargo, se deja en su contra por la cantidad de \$ 117.60.

Tercera glosa.

Esta tercera glosa, formulada por \$ 1.186.20, quedó definitivamente en el auto de feneamiento por la cantidad de \$ 886.20. Se funda este alcance en que el responsable giró esa cantidad a Manaos, a órdenes del Comandante del Remolcador *Barbosa*, como “avance,” y hasta la fecha no se ha legalizado esta cuenta, es decir, no se han presentado por el que recibió el avance, los comprobantes de que se hicieron los respectivos gastos. La Contraloría sí autoriza hacer avances, para compras de útiles necesarios para el servicio, pero mientras el que recibió el dinero no presente al Pagador los comprobantes de la inversión, la suma entregada se le carga al Pagador, de conformidad con la Circular número 2 de 1929, de la Contraloría.

En el presente caso existe la prueba de que el Contador de Florencia depositó la citada cantidad a órdenes del Consulado General de Manaos, y aparece el recibo firmado por la Tesorería General de la República

sobre esa cantidad. No aparece, sin embargo, la prueba de que el destinatario de esta suma que, según la Contraloría y según el interesado lo era el Comandante Santos, hubiera presentado los comprobantes de la respectiva inversión. Está, pues, acreditado que el interesado entregó el dinero, en forma recta, y que sólo faltan en el expediente los comprobantes de la inversión, comprobantes que no está obligado a presentar Clement, por dos razones: 1ª Porque quien debe presentarlos es la persona que recibió el dinero; y 2ª Porque esa persona, de haberlos presentado ya, no se los podía entregar a Clement, que ya no era Contador, sino a su sucesor.

Por estas consideraciones, aunque la circular interna de la Contraloría establezca ese sistema de control, como un freno para los avances inmoderados, no puede deducirse alcance alguno contra quien entregó una suma, fundado en prácticas oficiales autorizadas por la Contraloría. De ahí que el alcance, por este aspecto, no pueda sostenerse. Fuera de esto, conviene observar que el depósito en Manaos lo hizo el Contador Mayor de Florencia y luego le hizo el cargo al Contador Clement, como fácilmente puede observarse del respectivo comprobante y como lo declaró expresamente el cuentadante al contestar el aviso de observaciones, en que dice lo siguiente:

"...De acuerdo con las normas de la Contraloría, se me cargó la suma de \$ 1.186.20, que el Contador Mayor de Florencia giró a Manaos al señor Emilio Santos, Comandante del remolcador *Barbosa*, para que cuando este señor me enviara los comprobantes correspondientes descargara de 'Avances' esa suma y lo cargara a 'Gastos presupuestales,' pero al entregar yo la Contaduría, el señor Santos no me había enviado los documentos...."

Cuarta glosa.

Se refiere ésta a la cantidad de \$ 2.689.51, que el responsable dejó de entregar a su sucesor. Alega Clement que esta suma no la entregó, porque había servido para comprar viveres en Manaos. No presentó, sin embargo, los comprobantes que legalizaran esas cuentas y, por consiguiente, se le dedujo esa suma como alcance en su contra. En el expediente aparecen facturas de Manaos por la cantidad de \$ 2.093.46. Estas cuentas no tienen firmas ningunas que aseguren la existencia de la erogación, por lo cual podían desecharse. Mas, como en el folio 31 aparece el oficio número 36, del Contador Mayor de Florencia, en que se dice que hay un depósito a favor de Clement por la cantidad de \$ 2.689.51, que "corresponde al valor de varios viveres que Clement compró en Manaos con destino a varias guarniciones," y que dice además que los Jefes de estas guarniciones no pudieron devolver ese dinero a Clement por falta de comprobantes, se observa claramente que Clement sí hizo las compras, pero no envió a las guarniciones los respectivos comprobantes para que le entregaran el dinero de cada guarnición.

Como ahora presenta unas cuentas de Manaos por la cantidad ya dicha, lo que envuelve el respectivo comprobante del gasto, se descuenta esa suma del monto total de esta glosa, y se le deduce el resto, o sea la cantidad de \$ 596.05 por no haber presentado comprobante alguno, hasta que lo presente en debida forma. Aunque estos comprobantes no tienen las firmas reglamentarias, dada la certeza que hay de que sí efectuó la inversión, el Consejo levanta parcialmente este cargo, con fundamento en las consideraciones de equidad que impiden el enriquecimiento sin causa, ya que realmente no hay crédito ninguno de la Nación, por este aspecto, a cargo de Clement, ni ha existido menoscabo del Tesoro Nacional, con ocasión del cargo a que se refiere la glosa cuarta.

Con fundamento en lo anterior, las cantidades que deben elevarse como alcance a cargo del responsable, son las siguientes:

Primera glosa:

Por suplantación de nombres en las nóminas del Slip .. \$ 3.473.80

Segunda glosa:

Haber dejado de pagar parte de jornales de Puerto López . 117.60

Cuarta glosa:

Suma que dejó de entregar y no legalizó posteriormente .. 596.05

Total \$ 4.187.45

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia número 872, de 29 de abril del presente año, dictada por la Contraloría General de la República, y en su lugar,

RESUELVE:

REFORMAR el auto de fenecimiento número 2476, de 19 de junio de 1936, de la misma oficina, en el sentido de deducir como alcance a cargo del responsable señor Francisco Clement la cantidad de cuatro mil ciento ochenta y siete pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 4.187.45).

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Límites provisionales

Consejero ponente, doctor

GONZALO GAITAN

Si las Asambleas tienen la facultad de aclarar en definitiva los límites dudosos entre dos Municipios, a fortiori la tienen para resolver provisionalmente las dificultades que se presenten y establecer un *modus vivendi*, aunque no se llenen los requisitos exigidos para la solución definitiva. De lo contrario, el grave perjuicio causado por la indeterminación de linderos se prolongaría por carencia de autoridad competente para resolverlo.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

En el año de 1821 se creó el que es hoy Municipio de Chinavita, en el Departamento de Boyacá, y el territorio de la nueva jurisdicción se formó, como era natural, de segregaciones de los distritos colindantes. De entonces para acá, y dada la manera vaga o imprecisa de los linderos a que se refiere el acta de fundación, surgió un conflicto de límites, principalmente con el Municipio de Ramiriquí, conflicto que desde el año de 1911 la Asamblea del Departamento ha pretendido solucionar por medio de ordenanzas, pero que hasta la fecha no ha recibido una solución definitiva. Así, la Ordenanza número 25 de 1911 dijo:

“Artículo 1º Nómbrase una Comisión compuesta de los Prefectos de Márquez y Neira, y de un miembro nombrado por la Asamblea, para que, teniendo en cuenta los documentos, declaraciones, etc., que se les presenten, fijen la línea divisoria entre los Municipios de Tibaná, Chinavita, Ramiriquí y Zetaquirá.

“Artículo 2º La línea así fijada necesita, para que adquiera el carácter de definitiva, la sanción de la Asamblea Departamental, para lo cual la Comisión nombrada someterá su decisión, por conducto del Gobernador del Departamento, a la consideración de la Asamblea en sus próximas sesiones ordinarias.”

Esta Ordenanza no llegó a tener cumplido efecto. Tampoco lo tuvo la Ordenanza 55 de 1912, por haberse referido ella a los linderos que constaban en el acta de la fundación de Chinavita, linderos éstos que por su vaguedad dieron origen a la disputa. La Ordenanza 47 de 1913 dispuso en su artículo 2º:

“La línea divisoria entre los Municipios de Ramiriquí y Chinavita, será precisamente la que resulte como límite hacia el norte del Municipio conforme al acta de fundación de dicho Municipio, que existe en el Archivo Histórico del Departamento, de modo que en la línea que se establezca como lindero definitivo entre los dos Municipios se asegure a Chinavita toda la extensión territorial que aparezca de dicha acta de fundación. Mientras se practica el deslinde servirá transitoriamente de línea divisoria entre los dos Municipios la fijada por la Comisión en el informe y en el plano que presentó.

"Parágrafo. Este límite se fijará definitivamente en diciembre próximo, por una comisión compuesta de los Presidentes de los Concejos Municipales de dichos Municipios, de los Personeros Municipales de los mismos y de un vecino honorable de cada Municipio, nombrado por el señor Gobernador.

"Parágrafo. El Ingeniero Departamental acompañará a la Comisión únicamente para determinar sobre el terreno puntos dudosos, trazar las líneas, levantar planos y fijar los límites que indique la comisión.

"Parágrafo. El plano definitivo de los límites conforme a esta Ordenanza, suscrito por los miembros de la Comisión y por el Ingeniero, se pasará al archivo del Departamento con el acta de la Junta delimitadora.

"Artículo 39 Los Municipios atenderán a los gastos que demande la concurrencia de sus respectivos comisionados a la Junta.

"Parágrafo. El Ingeniero Departamental recibirá del Tesoro del Departamento como viáticos de ida y regreso la suma de veinte pesos (\$ 20) oro.

"Artículo 40 Quedan derogadas todas las disposiciones de cualquiera naturaleza que sean contrarias a la presente."

La Comisión de que habla la Ordenanza que se acaba de citar, fijó estos linderos:

"Tomando como punto de partida la desembocadura de la quebrada 'Quechatoque', en el río Garagoa; ésta, aguas arriba, hasta su nacimiento entre los cerros de 'Los Toyos' y 'Alto Redondo'; de ésta, línea recta al punto más alto de la serranía de 'Las Lajas'; siguiendo toda esta serranía, hasta caer a la hoya en que corre la quebrada 'Enalida', cortando la quebrada, se sigue en la misma dirección a buscar el punto más alto de la serranía, que lleva la misma dirección: toda la cuchilla hasta encontrar la quebrada de 'Tasajeras'; ésta, aguas abajo, hasta frente a un cerro redondo pelado (que lo atraviesa un camino que va para Chinavita), cerro que es el fin de los llamados de 'Los Monos'; sube por las crestas de estos cerros hasta el de 'El Calvario', que es el punto más elevado de la cordillera de Caguata, entre 'Los Monos' y Mundo Nuevo, siguiendo por la cresta de la serranía hasta donde muere en los nacimientos del río 'Rusa'".

Tampoco llegaron a adoptarse en definitiva los linderos anteriormente desritos.

Así las cosas, el doctor Miguel Anzola Cáceres, como apoderado del Personero Municipal de Chinavita, solicitó el día 19 de junio de 1919, a la Gobernación del Departamento de Boyacá, que dictara un decreto o resolución de carácter transitorio, para dar cumplimiento al artículo 29 de la Ordenanza 47 de 1913. La Gobernación, en providencia número 85, de 10 de junio de 1919, fijó los linderos ya mencionados, en forma transitoria. Dice así la parte resolutive de esta providencia:

"La demarcación civil entre los Municipios de Ramiriquí y Chinavita será la que se ha dejado transcrita en el numeral 3º de esta Resolución (los linderos que se acaban de transcribir en este fallo), la cual tiene el carácter de transitoria, hasta tanto que por la Asamblea Departamental se fije la línea divisoria."

Finalmente, el artículo 5º de la Ordenanza número 5 de 1939 dispuso:

"Autorízase al Gobernador del Departamento para que dentro de los treinta días siguientes a la sanción de esta Ordenanza, proceda a entregar provisionalmente al representante del Municipio de Chinavita los territorios que le correspondan de acuerdo con los límites fijados por la Comisión de que tratan la Ordenanza número 55 de 1912 y la Resolución número 85 de 1919, dictada por el Gobernador del Departamento.

"Parágrafo. Los gastos que ocasione el cumplimiento del anterior artículo serán de cargo del Tesoro Departamental, y se autoriza al Gobernador para que haga los traslados necesarios."

Este artículo ha sido objetado de nulidad por el doctor Francisco Márquez Acevedo, mayor y vecino de Tunja, quien obra en su propio nombre, y en el del Municipio de Ramiriquí, y ejercita la acción pública y la privada.

Los hechos en que el actor funda su derecho se hallan así expuestos en el libelo:

"1º Desde fines del siglo pasado existió diferencia entre el Municipio de Chinavita y los Municipios adyacentes con relación a los linderos intermunicipales, y, consecuentemente, a los terrenos que habían de caer bajo la jurisdicción de cada Municipio. Estas diferencias dieron lugar a que se expidieran varias ordenanzas, entre las cuales se hallan la 25 de 1911, la 55 de 1912 y la 47 de 1913, Ordenanza esta última que dispuso en forma clara y nítida la manera como debían establecerse los límites entre Chinavita y Ramiriquí.

"2º La Comisión de que trata la Ordenanza 47 fue creada, realizó su trabajo, estableció la alinderación exacta entre los dos Municipios, como consta en acta que se halla protocolizada en el archivo histórico del Departamento, y que oportunamente se agregará al juicio.

"3º Terminada en esta forma toda diferencia, la Gobernación expidió en 1919 una resolución, ignorando seguramente la existencia de la Ordenanza mencionada, y del acta a que me he referido, en la cual se variaba la alinderación ya hecha, creando una provisional. Esta resolución quedó sin efecto.

"4º En la Asamblea Departamental de 1939 se presentó un proyecto fijando como límites los señalados en la resolución dicha, y el Gobierno Departamental, con muy buen acuerdo, lo objetó.

"5º La objeción del Ejecutivo Departamental se fundaba, entre otros motivos, en la existencia de una alinderación ya hecha y en la violación por parte de la Asamblea de los preceptos de la Ley 71 de 1917, que reglamenta la materia, ya que la nueva alinderación implicaba segregación de términos municipales. Esta objeción fue aceptada de manera unánime por la Asamblea.

"6º La misma Asamblea, probablemente sin caer en la cuenta de lo que se proponía, aprobó el artículo 5º a que se refiere esta demanda, lo cual implica una inconsecuencia con la aceptación de las objeciones.

"7º El artículo que acuso no sufrió los debates reglamentarios que la ley señala, tanto más obligatorios en el presente caso, cuanto que fue introducido como artículo nuevo en un proyecto que trataba de materia diferente, lo cual es a más de ilegal, irreglamentario.

"8º El artículo, tal como se halla concebido, implica segregación de términos municipales.

"9º La disposición acusada viola el derecho que Ramiriquí tiene a la administración de los territorios que le fueron señalados conforme a la Ordenanza de 1914, por la Comisión en la cual actuó un representante del Municipio de Chinavita."

Considera el actor que se han infringido por la Asamblea de Boyacá los artículos 101 y 108 del Código de Régimen Político y Municipal, por cuanto el artículo acusado sólo sufrió dos debates, ya que se introdujo durante el segundo debate de una ordenanza que trataba de materia diferente. Del propio modo, afirma el actor, que se violó el Reglamento de la Asamblea de Boyacá. Agrega que también se ha violado el artículo 7º de la Ley 71 de 1917 (debió citarse la 71 de 1916), por cuanto se pretermitieron las formalidades allí prescritas, y porque, so pretexto de

aclarar límites dudosos, en realidad hubo segregación de términos municipales.

A la demanda se le dio la tramitación correspondiente en primera instancia y en sentencia fechada el 7 de mayo de 1940 el Tribunal Administrativo de Tunja declaró nulo el artículo acusado.

De este fallo apeló el doctor Ulises Rojas, apoderado del Municipio de Chinavita, Municipio éste que se ha constituido en parte opositora a la demanda. Ante el Consejo los autos han soportado la tramitación legal. El Fiscal opina que el artículo acusado está "viciado de nulidad por exceso de poder", y pide que se confirme la sentencia apelada.

Para resolver, se considera:

A folio 34 del cuaderno número 6 figura un certificado, expedido el día 13 de octubre de 1926, por el Secretario de Gobierno del Departamento de Boyacá, en que se dice:

"Que en la Gobernación cursa un voluminoso expediente sobre límites entre los Municipios de Ramiriquí, Chinavita, San Rafael, Zetaquirá y Tibaná, en que se disputan varias veredas, entre ellas las de 'Mundo Nuevo' y 'Guayabal'; que, aunque la Gobernación ha dictado providencias de carácter transitorio, el asunto no ha sido resuelto definitivamente, porque alguno de tales Municipios ha pretermitido el cumplimiento de formalidades exigidas por la ley."

De consiguiente, el problema suscitado entre los Municipios de Ramiriquí y Chinavita no es el de agregación o segregación de términos municipales, a que se refiere el artículo 186 de la Codificación Constitucional, y el numeral 22 del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal, como equivocadamente lo entendió el Tribunal de primera instancia. Se trata únicamente de aclarar líneas dudosas limitrofes de estos dos Municipios, caso que contempla el numeral 23 del artículo 97 del Código que acaba de citarse. Estas disposiciones fueron adicionadas por la Ley 71 de 1916, que en su artículo 7º exige algunos requisitos previos, tales como petición a la Asamblea por los Concejos de los Municipios afectados; estudio del punto en cuanto a límites por una comisión plural de ingenieros e informe del Gobernador.

Ciertamente, en el caso de autos, se echa de menos el cumplimiento de los anotados requisitos. Empero, la Ordenanza acusada no pretendió solucionar el problema en forma definitiva. Factores de diferente orden, principalmente de hecho, han influido para que las soluciones propuestas no hayan tenido cumplido efecto. A la Asamblea de Boyacá se le presentó una compleja y grave situación, que dada la magnitud del problema, no podía solucionar definitivamente, y por ello ocurrió a una solución provisional o transitoria, autorizando al Gobernador para hacer las entregas provisionales. La indeterminación de los linderos entre los dos Municipios necesariamente ofrecía problemas tanto para el ejercicio de la jurisdicción civil, como para la penal, cobro de impuestos municipales, cuestiones electorales, etc., etc., y en estas condiciones, estima el Consejo, que las Asambleas si tienen la facultad de aclarar en definitiva los límites dudosos entre dos Municipios mediante el lleno de ciertos requisitos, *a fortiori* la tienen para resolver provisionalmente las dificultades que se presenten y establecer un *modus vivendi*, aunque no se llenen a cabalidad los requisitos exigidos para la solución definitiva. De lo contrario, el grave perjuicio causado por la indeterminación de linderos se prolongaría indefinidamente por carencia de autoridad competente para resolverlo siquiera provisionalmente. Y no se alegue que en casos como el presente debe respetarse el *statu quo* o las posesiones de los diferentes Municipios, porque si esto es así en principio, en el caso de autos no se encuentra un *statu quo* definido, precisamente porque las líneas divisorias apenas están trazadas imaginaria-

mente, sin haberse materializado en el terreno por medio de hitos o mojones u otras señales que las hagan ostensibles.

Alega el actor que el artículo acusado no sufrió los debates reglamentarios porque fue introducido como artículo nuevo en un proyecto que trataba de materia diferente.

Dada la organización colombiana sobre el particular, el primer debate sólo tiene por objeto saber si la corporación quiere que se legisle sobre determinada materia, y en el segundo debate, se reglamenta ya la materia en sus pormenores, pudiéndose suprimir artículos del primitivo proyecto y agregar artículos nuevos, que por tanto, no sufrieron el primer debate, ni tenían por qué soportarlo, porque, se repite, sólo en el segundo debate caben modificaciones. Los tres debates se exigen para el proyecto en general, pero no para cada una de sus disposiciones. Es censurable que en proyectos que tratan de una materia se introduzcan disposiciones que regulan materias completamente diferentes, mas este proceder, como lo ha resuelto en repetidas ocasiones esta corporación, no entraña vicio capaz de anular el acto.

Igualmente, agrega el demandante que el artículo acusado violó el Reglamento de la Asamblea de Boyacá.

También ha dicho el Consejo de Estado que la violación del Reglamento de una Asamblea, producida por una ordenanza, no genera la nulidad de ésta, por la sencilla razón de que el Reglamento es también una ordenanza como cualquiera otra, y no una norma de carácter superior, cuya infracción conlleve la sanción de nulidad.

Lo dicho servirá para que la Asamblea de Boyacá afronte el problema, y con observancia de las formalidades legales, dé pronta y eficaz solución definitiva a la controversia.

Por lo expuesto, 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, REVOCA la sentencia apelada, y en su lugar RESUELVE:

NO ES NULO el artículo 5º de la Ordenanza número cinco (5) de 1939, expedida por la Asamblea de Boyacá.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo. Guillermo Peñaranda Arenas—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Pago de servicios

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

La incompetencia de un empleado o el mal desempeño de sus funciones son motivo para destituirlo, pero no para negarle el pago de sus dotaciones mientras esté desempeñando el cargo.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

En ejercicio de la acción pública el señor Fidel Murillo, mayor y vecino de Ibagué, demandó ante el Tribunal Administrativo de dicha ciudad la nulidad del artículo 1º de la Ordenanza número 45 de 1940, de la Asamblea del Departamento del Tolima, en cuanto reconoció a favor del señor Luis Antonio Pardo G. la suma de quinientos pesos "... por valor de su sueldo devengado como Visitador de Estadística de la Contraloría Departamental, durante la tercera década del mes de marzo y los meses de abril, mayo y junio de 1939, a razón de \$ 150 mensuales, de acuerdo con la Ordenanza número 14 de 1936."

Como fundamentos de hecho el actor adujo los siguientes:

"Con fecha 27 de enero de 1939 el honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Ibagué suspendió el Decreto número 87 de 9 de enero de 1939, dictado por el señor Contralor Departamental, y en virtud de la providencia del Tribunal el señor Luis Antonio Pardo quedó suspendido de sus funciones de empleado público. No siendo empleado en ejercicio de sus funciones no podía ni puede devengar sueldo del Tesoro Público por este concepto, y por lo tanto, es ilegal y arbitrario el reconocimiento hecho por la Asamblea del Tolima a favor del señor Pardo por medio de uno de los numerales o acápite del artículo 1º de la Ordenanza número 45 de 1940.

"Por sentencia de fecha 27 de mayo de 1939, el honorable Tribunal a quien me dirijo, decretó la nulidad del Decreto número 87 precitado, y habiendo sido declarado nulo mal podía el señor Pardo seguir devengando sueldo como empleado en los meses de abril, mayo y junio del mismo año, pues esto implica un desconocimiento de la Asamblea deliberada, a una sentencia ejecutoriada de autoridad competente, que tiene la autoridad de cosa juzgada.

"Es inexacto que la suma reconocida por el artículo 1º de la Ordenanza denunciada a favor del señor Pardo esté ajustada en derecho o de acuerdo con la Ordenanza número 14 de 1936, pues dicha Ordenanza contempla la existencia de tres Visitadores de Estadística Departamental, en su artículo 2º y no cuatro, como pretende el artículo ilegal que demandó. En el presupuesto de rentas y gastos departamentales para el año de 1938 a 1939 apenas figura partida para pagar los sueldos de tres Visitadores, según aparece de la Ordenanza número 45 de 1938, Departamento de Contraloría, capítulo 34, parágrafo 14, de la citada Ordenanza. En la Ordenanza 51 de 1939, sobre presupuesto de ingresos y gastos, sólo se votó partida para el pago de un Visitador de

Estadística Departamental, según aparece en el Departamento de Contraloría, capítulo 33, artículo único, de la citada Ordenanza. Siendo esto así, apenas se concibe que una Asamblea Departamental pueda consignar una falsedad de tal magnitud en un artículo de ordenanza como la de que el reconocimiento al señor Pardo se hace 'de acuerdo con la Ordenanza número 14 de 1936'. Para que esto fuera cierto se necesitaría que una ordenanza preexistente hubiera señalado partida para el pago de cuatro Visitadores de Estadística, y una ordenanza sustantiva hubiera creado tales cargos, pero no siendo esto así, es inexcusable lo hecho y dicho por la Asamblea. Los Visitadores apenas éramos tres, y respondían a los siguientes nombres: Antonio Salazar Trujillo, Antonio Barrios Montalvo y Fidel Murillo. En reemplazo de este último lo fue el señor Luis Antonio Pardo G., mientras su nombramiento no se declaró suspendido y posteriormente nulo por la autoridad competente. Una vez que esto ocurrió, volvió a ser Visitador Fidel Murillo por mandato de la ley y el señor Pardo dejó de ser empleado de estadística, y es a todas luces ilegal que no siendo empleado pueda reconocerse sueldo por este concepto."

En apoyo de su acción aduce el actor como fundamentos de derecho las disposiciones contenidas en los artículos 180 y 186 de la Constitución Nacional; 19 y 29 de la Ley 45 de 1931; 39 de la 80 de 1935; 1740, 1741 y 1746 del Código Civil; 110 del Código Político y Municipal y 52 del Código Contencioso Administrativo.

En la demanda solicitó el señor Murillo la suspensión provisional del acto acusado, pero tanto el Tribunal *a quo*, como el Consejo de Estado, negaron esta solicitud.

Surtido el debate probatorio y agotados los demás trámites procesales, el inferior finalizó el juicio mediante sentencia de 11 de octubre de 1940, cuya parte resolutive dispuso:

"Declarase nula la parte del artículo 19 de la Ordenanza número 45 de 1940, que dice:

"Luis Antonio Pardo G., por valor de su sueldo devengado como Visitador de Estadística de la Contraloría Departamental, durante la tercera década del mes de marzo y los meses de abril, mayo y junio de 1939, a razón de \$ 150 mensuales, de acuerdo con la Ordenanza número 14 de 1936 \$ 500.00."

De este fallo apelaron tanto el Fiscal del Tribunal como el apoderado del impugnador a la demanda.

Surtidos como están los trámites del recurso, se procede a fallar.

Sostiene el opositor a la demanda, señor Luis Antonio Pardo G., por conducto de su apoderado, doctor José Domingo Arias Bernal, que la acción pública no tiene cabida en el caso de autos, y que por este solo concepto debe rechazarse la demanda. Alega dicho opositor a la demanda que el demandante señor Murillo carece de interés jurídico para impugnar un pago que por reconocimiento de servicios prestados ordena la Asamblea que se haga a su favor.

Desde luego, la acción privada no sería de recibo en el presente caso, porque el reconocimiento ordenado a favor del señor Pardo en nada afecta los intereses del demandante Murillo, quien, por tanto, carece de interés para ejercitar esta acción, ya que la medida de las acciones la da el interés jurídico, conforme a la doctrina.

Empero, el señor Murillo no ejercitó la acción privada, sino la pública, y es manifiesto que, dada la esencia del acto acusado, esta acción es la única que tiene cabida. En efecto, todos los ciudadanos tienen interés jurídico abstracto en que los dineros públicos se inviertan en forma legal, aun cuando su patrimonio privado no sufra menoscabo con

inversiones ilegales. Precisamente es este el fundamento de la diferencia entre la acción pública y la acción privada, y el motivo que indujo al legislador a dar participación a los ciudadanos en la tutela del orden jurídico, mediante el saludable control que con el ejercicio de la acción pública o ciudadana ejercen los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Sentado lo anterior, procede el estudio de fondo.

Por medio del Decreto número 87 de 9 de enero de 1939, el Contralor del Departamento del Tolima declaró insubsistente el nombramiento recaído en el señor Fidel Murillo para el cargo de Visitador de Estadística de la Contraloría, y nombró en propiedad, para llenar la vacante producida, al señor Luis Antonio Pardo G. Este tomó posesión de su empleo el propio día 9 de enero de 1939.

Así las cosas, el señor Murillo demandó el citado Decreto 87 ante el Tribunal Administrativo de Ibagué, y pidió la suspensión provisional. El Tribunal suspendió el Decreto en auto que quedó ejecutoriado el día 9 de marzo siguiente, y con posterioridad dictó sentencia definitiva anulando el acto acusado, sentencia que quedó ejecutoriada el día 11 de junio de 1939 (véase certificado expedido por el Secretario del Tribunal Administrativo de Ibagué, folio 10 vuelto, cuaderno número 4). En esta sentencia se ordenó restablecer al señor Murillo en su empleo, y además, que se le pagaran los sueldos que dejó de devengar desde el día que fue suspendido de su cargo hasta cuando fuera restablecido en él.

En virtud de esta sentencia se le pagaron al señor Murillo las siguientes cantidades: \$ 355, por sus sueldos desde el 9 de enero hasta el 20 de marzo de 1939, a razón de cinco pesos diarios, para lo cual se abrió el correspondiente crédito en el presupuesto, y \$ 500 por la misma razón de pago de sueldos desde el 21 de marzo hasta el 30 de junio de 1939.

Estos pagos están demostrando que el señor Murillo sólo volvió a ocupar su puesto después del 30 de junio de 1939, pues de lo contrario, los pagos se le habrían hecho por décadas, según la costumbre del Departamento de que hay constancia en autos.

Mientras tanto, el señor Pardo continuó ejerciendo el cargo para que fue nombrado, no obstante la suspensión y posterior anulación del decreto de nombramiento.

Quiere decir lo anterior, que aunque en derecho el señor Pardo debió abandonar su empleo el 9 de marzo de 1939, en que se ejecutorió el auto que decretó la suspensión provisional del decreto que lo nombró, en el hecho continuó en desempeño de sus funciones hasta el 30 de junio del propio año de 1939.

En estas condiciones, y habida consideración de que el señor Pardo no era el obligado a hacer cumplir la sentencia del Tribunal, la Asamblea procedió bien y dentro de sus atribuciones legales al reconocerle el pago de los servicios prestados. Más aún: el señor Pardo no podía retirarse de su empleo intempestivamente, mientras no viniera el individuo que debía reemplazarlo, so pena de incurrir en la falta de abandono del puesto.

Si las providencias del Tribunal no se cumplieron en su oportunidad, culpa fue de los empleados departamentales, que pueden tener su responsabilidad para con el Departamento, pero no del señor Pardo, por las razones ya dadas.

Quizá el mismo señor Murillo tenga culpa en lo anterior, porque si él se presenta a encargarse de su empleo tan pronto como quedó en firme el auto de suspensión provisional, el Contralor no hubiera podido negarse a restablecerlo en el cargo.

Las declaraciones de testigos que se han traído para demostrar que el señor Pardo era incompetente para desempeñar sus funciones, que

no concurría a la oficina, etc., etc., nada valen. La incompetencia de un empleado o el mal desempeño de sus funciones son motivo para destituirlo del cargo, pero no para negarle el pago de sus dotaciones mientras lo esté desempeñando. En síntesis, aparece de autos con toda claridad que el señor Pardo continuó como empleado hasta el 30 de junio de 1939, a pesar de la sentencia que anuló el nombramiento, y de consiguiente, tenía derecho a que le pagaran sus asignaciones, que fue cabalmente lo que hizo la Asamblea del Tolima en el acto acusado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el señor Fiscal, REVOKA la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Ibagué el once de octubre de mil novecientos cuarenta, y en su lugar

RESUELVE:

NO ES NULA la parte del artículo primero de la Ordenanza número 45 de 1940, que dice:

“Luis Antonio Pardo G., por valor de su sueldo devengado como Visitador de Estadística de la Contraloría Departamental, durante la tercera década del mes de marzo y los meses de abril, mayo y junio de 1939, a razón de \$ 150 mensuales, de acuerdo con la Ordenanza número 14 de 1936\$ 500.00.”

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Contratos de explotación

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Si el Ministerio no era competente para decidir las oposiciones formuladas a una propuesta de contrato, por ser inconstitucional el reglamento que le atribuía jurisdicción, las oposiciones deben considerarse como no decididas aún legalmente, lo que lleva a concluir que, al celebrar el contrato sin haber llegado la oportunidad legal de proceder a su perfeccionamiento, el Ministerio no obró con sujeción a las normas legales.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

A la consideración del Consejo, y acompañado de todos sus antecedentes, ha venido del Ministerio de Minas y Petróleos el contrato fechado el 4 de febrero de 1939, celebrado entre el señor Ministro de la Economía Nacional y el señor Guillermo Camacho Montoya, mayor de edad y vecino de Bogotá, por el cual se ha concedido a este último el derecho de explorar y explotar los metales preciosos de las minas riberañas ubicadas en la margen izquierda del río Telembí, Municipio de Barbacoas, Departamento de Nariño, en un trayecto de 3.465 metros de longitud por 1.000 de latitud, comprendido entre la desembocadura de las quebradas “Majandón” o “Majandone” e “Iguambi”, en el citado río.

Al estudiar el contrato en sí mismo, se advierte que en él se han consignado todas las cláusulas y se han tenido en cuenta todas las previsiones que exige la legislación actual sobre la materia.

Empero, al considerarlo en el desarrollo de sus antecedentes se observa:

Formulada la propuesta por el señor Camacho Montoya, surgieron las oposiciones de los señores Rafael Lemos Q. y la Compañía Minera de Nariño, y Rafael Lemos Q. y José María Citeli, fundadas en títulos de dominio sobre las minas objeto de la concesión sobre que versa el contrato.

El artículo 1º de la Ley 13 de 1937 y el 1º del Decreto 1343 del mismo año, autorizan al Gobierno para celebrar contratos en orden a la explotación de las minas de aluvión de metales preciosos, de la reserva nacional establecida por la primera de las disposiciones citadas, ubicadas tales minas en las riberas de los ríos navegables. El Decreto citado establece la tramitación que deben seguir las propuestas de contrato que se presenten, y consagra el derecho de formular oposiciones a la celebración del contrato a que se endereza la propuesta. Por su parte, el artículo 24 del propio Decreto proveyó a atribuir al Ministerio la jurisdicción para la decisión de las oposiciones.

En la ocurrencia presente, fundado el Ministerio en la disposición que se acaba de citar, falló las oposiciones formuladas declarándolas in-

fundadas mediante Resolución número 54, de 23 de junio de 1938, y, en consecuencia, dispuso la celebración del contrato.

No obstante, el referido artículo 24 del Decreto 1343 de 1937 era contrario a la Constitución, como al efecto lo declaró luego la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de febrero del año en curso, en virtud de demanda que sobre su inexecutable fue presentada. Ahora bien: los funcionarios públicos están en la obligación de no aplicar las disposiciones emanadas de la potestad reglamentaria que tiene el Organó Ejecutivo cuando son contrarias a la Constitución, según lo preceptúa el artículo 12 de la Ley 153 de 1887; y por esta razón los actos que con fundamento en una disposición de esta naturaleza, así viciada, lleven a cabo, son inválidos. En estas condiciones, es manifiesto que el Ministerio carecía de jurisdicción para fallar las oposiciones puesto que el Decreto 1343 fue dictado en virtud de la potestad reglamentaria del Organó Ejecutivo, y por lo mismo, no debía aplicar el artículo 24, que estaba viciado de inconstitucionalidad; pero como precisamente tuvo como apoyo legal esa disposición, es claro que el fallo no tiene ningún efecto jurídico.

De lo dicho se sigue, que si bien el Ministerio es competente para admitir las oposiciones, no lo es para decidir las; por tanto, las formuladas en este proceso deben considerarse como no decididas aún legalmente; y ello, como es obvio, conduce en lógica rigurosa a concluir que no ha llegado la oportunidad legal de proceder al perfeccionamiento del contrato con el interesado señor Camacho Montoya. Y si ello es así, es también manifiesto que al celebrarlo, no se obró con sujeción a las normas legales.

En tal virtud, el Consejo de Estado, DECLARA que el contrato sobre exploración y explotación de metales preciosos, celebrado con fecha cuatro de febrero de 1939, entre el Ministerio de la Economía Nacional y el señor Guillermo Camacho Montoya, y de que se ha hecho mérito en esta providencia, no se halla ajustado a la ley, y considera que no debe perfeccionarse mientras no se hayan resuelto las oposiciones en forma legal.

El doctor Plinio Mendoza Neira es apoderado de la Compañía Minera de Nariño y de los señores Rafael Lemos Q. y José María Citeli, al tenor del memorial de sustitución de poder presentado por el doctor Miguel S. Uribe Holguin.

Cópiese y devuélvase.

Firmo con salvamento de voto, *Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Diógenes Sepúlveda Mejía—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas*—Con salvamento de voto, *Antonio Escobar Camargo*—Con salvamento de voto, *Gustavo Hernández Rodríguez—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores

**TULIO ENRIQUE TASCON,
GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ y
ANTONIO ESCOBAR CAMARGO**

Un fallo de inexequibilidad no afecta las ventajas adquiridas por los particulares de conformidad con el decreto que se declara inexequible, ni los hechos jurídicos consumados, ni las sentencias ejecutoriadas proferidas en litigios en que se aplicó la disposición inexequible. No es admisible declarar que no ha sido decidida una oposición, que fue declarada infundada por resolución ministerial ejecutoriada, dictada bajo el imperio de una disposición reglamentaria que aún no había sido declarada inexequible.

Aun cuando la ley no exige que se consignen por escrito las razones que tengan los Consejeros que disienten de la parte motiva o resolutoria de los fallos, para salvar sus votos, sino en las sentencias pronunciadas en los juicios contencioso-administrativos, considero, sin embargo, conveniente hacer constar en esta forma los motivos por los cuales me aparto de la mayoría del Consejo en la providencia que precede.

Por ella se declara que el contrato celebrado entre el Ministerio de la Economía Nacional y el señor Guillermo Camacho Montoya, sobre exploración y explotación de metales preciosos, en un trayecto del río Telembí, no se halla ajustado a la ley, por no haberse resuelto las oposiciones que por la vía administrativa formularon los señores Rafael Lemos Q. y la Compañía Minera de Nariño, y el mismo señor Lemos y el señor José María Citeli. Para así resolverlo, estima el Consejo que deben considerarse como no decididas aún legalmente las mencionadas oposiciones, por cuanto la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de 21 de febrero del año en curso, declaró inexequible el artículo 24 del Decreto número 1343 de 1937, que autorizaba al Ministerio respectivo para decidir las oposiciones que se formularan a las propuestas de contratos para la exploración y explotación de las minas de aluvión de metales preciosos de la reserva nacional de que trata la Ley 13 de 1937.

Obra en el expediente la Resolución número 54, de 23 de julio de 1938, por la cual el extinguido Ministerio de Industrias y Trabajo decidió las oposiciones de que se trata en la siguiente forma:

"19 Decláranse infundadas las oposiciones formuladas por la Compañía Minera de Nariño y Rafael Lemos Q., y por éste, José María Citeli y otros, por no haber acompañado las pruebas suficientes para acreditar la posesión regular de las minas 'Santa Ana' y 'Chapira', respectivamente. Quedan a salvo sus derechos para que los hagan valer ante la justicia ordinaria si así lo estimaren conveniente.

"20 En consecuencia, procédase a celebrar con Guillermo Camacho y Montoya el contrato respectivo. El proponente deberá allanarse a firmar dicho contrato dentro del término de treinta días, contados a par-

fir de la ejecutoria de esta providencia, entendiéndose que si así no lo hace quedará caducada su solicitud....”

El mismo Ministerio de la Economía Nacional, por Resolución número 121, de 30 de diciembre del mismo año de 1938, negó la reposición de los ordinales 19 y 29 de la Resolución número 54, transcritos.

Estas Resoluciones quedaron ejecutoriadas conforme al artículo 49 de la Ley 77 de 1931, que dice que las resoluciones que dicten los Ministerios del Despacho Ejecutivo sobre reconsideración o revocación de otra providencia de la misma índole, quedarán ejecutoriadas una vez que se notifiquen, y consta que el señor Burton, Gerente de la Compañía Minera de Nariño, y el señor Guillermo Camacho Montoya fueron notificados personalmente, y los demás interesados, por edicto que se desfijó el 17 de enero de 1939.

Siendo esto así, hay lugar a aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual las sentencias sobre inexecutable de las leyes y decretos objetados por inconstitucionales, sólo pueden obrar para lo futuro, porque si tuvieran efecto retroactivo y alcanzarían a anular las leyes o decretos desde su origen, ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día, de donde con mucha razón concluye el Relator de la Corte Suprema, doctor Fernando Garavito, que un fallo de inexecutable no afecta las ventajas adquiridas por los particulares, de conformidad con la ley o decreto que se declara inexecutable ni los hechos jurídicos perfectos o consumados, ni las sentencias ejecutoriadas proferidas en litigios en que se aplicó la disposición inexecutable.

El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha sentado la doctrina de que las resoluciones ministeriales causan ejecutoria para los efectos administrativos entre las partes que han intervenido en la actuación. Si, pues, una resolución ministerial, debidamente ejecutoriada, ha declarado infundada la oposición al contrato que se estudia, y si esa resolución fue dictada bajo el imperio de una disposición reglamentaria que aún no había sido declarada inexecutable, no es admisible declarar, como lo hace el Consejo en la providencia a que se refiere este salvamento de voto, que tal oposición no ha sido decidida, y que, en consecuencia, el contrato con el señor Camacho Montoya no debe celebrarse mientras la oposición esté pendiente.

Hay más: tengo otro motivo de orden constitucional para salvar el voto en la providencia aludida, y es que en ella no se toma en cuenta la disposición contenida en el artículo 110 de la Constitución de 1886 (artículo 105 de la Codificación), según la cual los Representantes al Congreso no pueden hacer por sí, ni por interpuesta persona, contrato alguno con la Administración, y es un hecho de pública notoriedad que el señor Guillermo Camacho Montoya es actualmente miembro de la Cámara de Representantes, de modo que el Gobierno no podría celebrar con él el contrato en cuestión sin violar la prohibición constitucional citada.

No se diga que dicho contrato fue celebrado por el Ministerio de la Economía Nacional con el señor Camacho el 4 de febrero de 1939, y aprobado por el Presidente de la República el 20 de junio del año en curso, cuando aún el señor Camacho Montoya no había tomado posesión del cargo de Representante; porque la verdad es que el contrato no se perfecciona —no tiene existencia legal— mientras no se haya cumplido la formalidad esencial de su revisión por el Consejo de Estado, para que lo declare ajustado a las autorizaciones legales; tanto es ello así, que, declarado por el Consejo que el contrato no se ajusta a las autorizaciones legales, carece de existencia jurídica, no puede producir efecto alguno. En cambio, si el Consejo lo declara ajustado a la ley, el contrato se entendería perfeccionado desde la fecha en que esta declaración se hiciera, es decir, que el Estado celebraría un contrato

con persona con quien la Constitución no le permite contratar en guarda de la independencia del Órgano Legislativo.

Por las precedentes razones, soy de opinión que el Consejo lo que ha debido es declarar que el contrato revisado no se ajusta a las autorizaciones legales, por el motivo constitucional últimamente expresado, y no por las razones aducidas por la mayoría de la corporación.

Tulio Enrique Tascón—Adhiero al anterior salvamento de voto, *Gustavo Hernández Rodríguez*.

Adhiero a la primera parte del anterior salvamento de voto. En cuanto a la segunda, estimo que la intervención del Consejo de Estado, de conformidad con los artículos 3º de la Ley 13 de 1935 y 3º de la Ley 77 de 1926, debe limitarse a decidir si el contrato celebrado se ajusta o no a las autorizaciones legales conferidas por la ley al Gobierno. La decisión del Consejo no es propiamente un perfeccionamiento del contrato sino la revisión del mismo, que tiene efecto retrospectivo, y que debe, por consiguiente, circunscribirse al momento de su celebración. Como en la fecha en que se celebró el contrato, y más aún, en la fecha en que se ejecutorió la resolución ministerial que decidió celebrarlo, el señor Camacho Montoya no era Representante al Congreso, juzgo correcta la providencia de la mayoría en cuanto no estudió la incapacidad constitucional que pudiera tener el interesado para contratar con el Gobierno.

Antonio Escobar Camargo—*Luis E. García V.*, Secretario.

establecer a la demandante en el puesto de Directora de la escuela urbana de niñas número 6, de Buga. Negó las otras peticiones de la demanda.

El actor interpuso recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, de la providencia cuya parte resolutive se ha transcrito, en cuanto por ella se le negaron las dos últimas peticiones del libelo distinguidas con las letras d) y e), o sean las relativas a pago de sueldos y costas y perjuicios.

Como el proceso ha sufrido ante esta corporación los trámites peculiares de la segunda instancia, es tiempo de resolver, y a ello se procede previas las consideraciones que en seguida se expresan:

Conforme lo establece el artículo 494 del Código Judicial, las apelaciones se entienden interpuestas únicamente en lo desfavorable al apelante; y como según aparece de la sentencia recurrida y no manifiesta el recurrente en su alegato presentado en esta instancia, aquélla sólo le fue desfavorable en cuanto negó las peticiones d) y e), a estos puntos únicamente, debe contraerse la intervención del Consejo en orden a la revisión del fallo apelado.

El Tribunal *a quo* negó la petición encaminada a que se condene al Departamento de Valle del Cauca a pagarle a la demandante o a quien sus derechos represente, los sueldos que le corresponden a su cargo de Directora de la escuela número 6 de Buga —urbana de niñas—, desde el primero de octubre de 1940 en que fue promovida o trasladada, hasta cuando sea restablecida en ella, porque no habiendo sido destituida sino trasladada, la demandante no quedaba privada de su sueldo, el cual podía seguir devengando, si se trasladaba a prestar el servicio en el nuevo puesto.

El recurrente alega que el decreto de traslación era nulo por ilegal, y la demandante no estaba obligada a aceptar situaciones ilegales.

Considera este Despacho que las razones aducidas por el Tribunal *a quo* son inobjetables, y por lo mismo, su resolución debe mantenerse firme.

En efecto, el Decreto por el cual se dispuso el traslado de la demandante a la dirección de otra escuela, no la privaba, por ilegal que fuera, de la posibilidad de seguir devengando el sueldo, ni menos de la acción para obtener la declaratoria de nulidad y hacerse restituir a su primitivo puesto. Por otra parte, no se ha demostrado la imposibilidad absoluta o siquiera relativa que la demandante tuviera para desempeñar el puesto a donde fue trasladada, al menos mientras ejercitaba su acción contra el decreto. Cosa distinta serían los perjuicios que por causa de la traslación sufriera la Directora, para cuya reparación la ley otorga acciones y vías de derecho adecuadas.

Por lo que atañe a las costas y a los perjuicios, como lo advierte el Tribunal, es manifiesto que no hay fundamento legal que permita hacer la condenación en las primeras por tratarse del Departamento, entidad que por disposición expresa de la ley no puede ser condenada en costas. Y en relación con los perjuicios, la acción respectiva no cae bajo la jurisdicción contencioso-administrativa. Ella debe ser ejercitada ante otras autoridades.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, en desacuerdo en parte 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 de que se ha hecho mérito en este fallo, proferida por el Tribunal Administrativo de Cali, con fecha veintidós de abril último, en cuanto es materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Restablecimiento del derecho

Consejero ponente, doctor

GONZALO GAITAN

No procede decretar a favor de una maestra el pago de los sueldos correspondientes al cargo que desempeñaba desde que fue trasladada a otro hasta que sea restablecida en el primero, porque el acto de promoción o traslado, no de destitución, no privaba a la maestra de su sueldo, que podía seguir devengando si concurría a prestar el servicio en el nuevo puesto.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto dos de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Antonio Atencio, obrando como apoderado de la señora Rosa María Soto de Alegría, en escrito de 7 de noviembre de 1940, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cali la nulidad de los siguientes Decretos, originarios de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca:

"a) Del Decreto número 694, de septiembre 23 de 1940—Dirección de Educación Pública—, por el cual se hacen los nombramientos de maestros para el Municipio de Buga para el año escolar de 1940 a 1941, en la parte en que se nombra Directora de la Escuela número 6, urbana de niñas de Buga, a la señorita Marta Corrales en el mismo cargo que había venido desempeñando Rosa María Soto de Alegría desde noviembre 7 de 1935, por haber suprimido, reemplazado, cambiado, removido en dicho cargo a la señora Rosa María Soto de Alegría, sin causa legal alguna.

"b) Del Decreto número 667, de 19 de septiembre de 1940 —Dirección de Educación Pública—, por el cual se hacen los nombramientos de maestros de escuela en el Municipio de Guacarí, para el año escolar de 1940 a 1941, en la parte en que se nombra a Rosa María Soto de Alegría Directora de la escuela rural alternada de 'Guacas'".

El actor pide, como consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad, que se decrete a cargo de la Gobernación la obligación de restablecer a Rosa María Soto de Alegría en su cargo de Directora de la escuela urbana de niñas número 6, de Buga, o de la escuela que venga a reemplazar a ésta. Y que se ordene al Departamento pagar a Rosa María Soto de Alegría, o a quien sus derechos represente, los sueldos que le corresponden a su cargo de Directora de la escuela número 6, antes citada.

El Tribunal *a quo*, en sentencia de 22 de abril del año en curso, decretó la nulidad del Decreto 667, de 19 de septiembre de 1940, expedido por la Gobernación del Valle del Cauca (originario de la Dirección de Educación), por el cual se hacen los nombramientos de maestros de escuelas oficiales del Municipio de Guacarí, para el año escolar de 1940 a 1941, en la parte en que se nombra a Rosa María Soto de Alegría Directora de la escuela rural alternada de "Guacas". Asimismo, la nulidad del Decreto número 694, de 23 de septiembre de 1940, de la misma Gobernación, por el cual se hacen los nombramientos de maestros para el Municipio de Buga, para el año escolar de 1940 a 1941, en la parte que nombra Directora de la escuela número 6, urbana de niñas de Buga, a la señorita Marta Corrales, en el mismo cargo que desempeñó Rosa María Soto de Alegría. El Tribunal condenó al Departamento del Valle a res-

Auxilio por accidente

Consejero ponente, doctor

GONZALO GAITAN

Cuando se trata de lesiones que impiden a la víctima de un accidente continuar trabajando o disminuyen su capacidad, hay razón para tomar en cuenta la cantidad equivalente a la alimentación y el alojamiento; pero cuando ocurre la muerte de la víctima, sería injurídico computar su valor en el auxilio a los deudos, a quienes sólo podían aprovechar directamente los proventos líquidos de la víctima.

Consejo de Estado—Bogotá, doce de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

La señora Dominga Sandoval v. de Vargas, mayor y vecina de Guayatá, por medio de su apoderado doctor Ramón Ignacio Avella, pide que, previos los trámites señalados por el Decreto 1664, de 15 de septiembre de 1938, reglamentario de la Ley 100 del mismo año, se determine por esta corporación:

1º La cuantía del auxilio que debe concederse a los deudos de Heliodoro Vargas, muerto a consecuencia del accidente aéreo ocurrido en el Campo de Santa Ana el 24 de julio de 1938;

2º La forma en que debe cubrirse tal auxilio;

3º Que el beneficiario es la demandante como madre legítima del extinto, por no haber dejado éste cónyuge, descendientes ni otro ascendiente.

Como elementos probatorios se acompañaron al libelo varias partidas de estado civil; sendas certificaciones del Juzgado 4º de Instrucción Criminal de esta ciudad y de la Oficina de Estadística del Hospital de San José de esta ciudad; dos declaraciones de nudo hecho, y un certificado del Alcalde de Guayatá.

Admitida la demanda, ésta recibió los trámites competentes, y se produjo la pericia de que trata el artículo 3º del citado Decreto 1664 de 1938.

El señor Fiscal en su vista de fondo conceptúa que la demandante tiene derecho a que se le reconozca el auxilio que impetra, el cual debe fijarse en una suma igual al salario de un año, o sea la de doscientos cuarenta pesos, que devengaba el extinto, suma que puede aumentarse proporcionalmente al número de personas que atendía la víctima.

Ha llegado, pues, la oportunidad de fallar y a ello se procede mediante las consideraciones que a continuación se apuntan.

El artículo 1º del Decreto ejecutivo 1664 de 1938, dictado en desarrollo de la Ley 100 del mismo año, concede derecho a un auxilio tanto a los que sufrieron lesiones en el siniestro del 24 de julio de ese año en el Campo de Santa Ana, como a los deudos de las personas fallecidas a causa de dicho accidente; y el artículo 2º *ibidem* atribuyó la competencia para conocer de las actuaciones correspondientes al Consejo de Estado.

En la ocurrencia presente, está acreditado que el menor Segundo Heliodoro Vargas Sandoval, hijo legítimo de Atanasio Vargas y Dominga Sandoval, falleció a consecuencia de las lesiones que recibió en el accidente aéreo del Campo de Santa Ana el 24 de julio de 1938 (partidas de matrimonio, bautizo y defunción, folios 2, 3, 4 y 5; certificados del Juez 49 de Instrucción Criminal y del Oficial de Estadística del Hospital de San José, folios 6 y 7, respectivamente).

Está comprobado igualmente, que Atanasio Vargas, padre de la víctima, falleció en 1932 (partida de defunción, folio 4).

Así, pues, de conformidad con el artículo 69 del Decreto 1664 de 1938, Dominga Sandoval v. de Vargas tiene derecho a percibir el auxilio como madre legítima del extinto Segundo Heliodoro Vargas S., ya que éste no dejó cónyuge ni descendientes y aquélla es su ascendiente más próximo.

Los artículos 39 y 49 del citado Decreto 1664 establecen la forma y señalan las circunstancias que se deben tener en cuenta para determinar la cuantía del auxilio.

Con los testimonios de Marco Tulio Gutiérrez y Daniel Hernández, rendidos ante el Juez Municipal de Guayatá, se establece que la víctima dejó además de la madre, dos hermanas legítimas menores; que estas personas recibían del extinto apoyo pecuniario; que aquél deven-gaba como salario libre de alimentación y vestido la suma de veinte pesos mensuales; asimismo, aseveran los testigos que las hermanas de Heliodoro Vargas tenían a la fecha de la muerte de éste, 8 y 12 años de edad, respectivamente; que tanto éstas como su madre son pobres de solemnidad y que Heliodoro era el único varón en la familia.

Los peritos, al rendir sus dictámenes, no estuvieron de acuerdo en la fijación del monto del valor del auxilio que deba otorgarse por la Nación a la demandante.

En efecto, el señor Procurador Delegado en lo Civil, fija ese valor en la suma de \$ 240, o sea el valor del salario libre de un año, tomando como base para ello la ley sobre indemnizaciones de los accidentes de trabajo.

El Jefe de la Oficina Central de Medicina Legal, siguiendo en principio el mismo criterio del Procurador, pero atendiendo al número de personas que dependían del extinto, según lo previsto por el ordinal b) del artículo 29 del Decreto 1664, fija en \$ 720 el valor del auxilio.

Finalmente, el perito tercero, tomando como base la vida probable de la demandante, el valor del salario de la víctima y las tablas de amortización de capitales, señala como valor del auxilio la suma de \$ 2.515,72.

En tales circunstancias, no es posible tomar el medio aritmético para hacer la fijación, ya que la diferencia entre los dos extremos excede de un cincuenta por ciento de la cantidad menor (artículo 721 del Código Judicial); y el Consejo, de acuerdo con esta disposición, debe proceder, como al efecto procede, a hacer la regulación que estime equitativa.

Preciso es partir del principio de que tanto la Ley 100 como el Decreto 1664 de que se viene hablando, establecen expresamente (parágrafo del artículo 19), que el auxilio que otorgan no implica reconocimiento, ni desconocimiento de derechos que los damnificados consideren que les asisten para exigir indemnización del Estado; pero que se imputará en favor de éste en caso de litigio, cualquier cantidad que reciban como auxilio.

Se trata en el presente caso, de la muerte de la víctima. En tal virtud, ¿cuáles normas de las que señala el artículo 49 del Decreto 1664 deberán tenerse en cuenta para determinar el auxilio? Sin duda, han de ser las que contienen los ordinales d) y e). ¿Y qué finalidad se propone el ordinal e) al disponer que se tenga en cuenta lo que establecen las leyes vigentes sobre indemnizaciones por accidentes de trabajo? No puede ser otra sino que cuando se trate de una persona de aquellas que están

comprendidas en la reglamentación de esas leyes, se tome como base para la determinación del auxilio, la cantidad precisa que ellas fijan, según el caso —en el presente por muerte—, como indemnización. Pero como es claro, esta base debe coordinarse con las circunstancias modificativas que contempla el ordinal d), según el “número, sexo, edad, estado civil, y demás circunstancias personales de los individuos que hasta el 24 de julio de 1938 dependían económicamente o recibían apoyo material de las personas fallecidas a causa del accidente del Campo de Santa Ana.”

En el caso en estudio, la víctima no puede catalogarse en el número de aquellas personas a que se refieren las leyes sobre accidentes de trabajo. Pero si está establecido que devengaba un salario determinado. En tales condiciones, tomando como base este salario y las circunstancias que contempla el ordinal d) del Decreto, debe fijarse la cuantía del auxilio demandado, ya que por voluntad expresa del Decreto cabe la analogía entre el asalariado y las personas que están favorecidas por la legislación sobre accidentes del trabajo.

Alega la demandante que debe tomarse en cuenta no sólo aquello que la víctima devengaba como salario libre, sino también la cantidad equivalente a la alimentación y el alojamiento. No obstante, es de observar que si hay razón suficiente para tomar en cuenta estos elementos cuando se trata de lesiones que sólo impiden a la víctima continuar trabajando o que disminuyen su capacidad, porque aquella sigue existiendo con las mismas necesidades que antes, las cuales podía satisfacer, y una vez ocurrido el accidente, no puede hacerlo por esa causa, o lo hace en forma deficiente; cuando ocurre la muerte, la víctima ya no requiere la satisfacción de esas necesidades de alimentación, vestido y alojamiento, y en tales condiciones, sería absurdo e injurídico computar su valor en la indemnización a los deudos a quienes sólo podían aprovechar directamente los proventos libres de la víctima.

Fácil es advertir que al otorgar el derecho que aquí se persigue, la ley no tuvo en mira precisamente que por este medio se diera una plena indemnización a las víctimas del accidente de Santa Ana, sino simplemente concederles la manera de obtener en forma sencilla y breve un auxilio, el cual puede ser o no aceptado por los demandantes como indemnización completa. Por esta razón, los elementos que se pueden tener en cuenta para determinar el auxilio en ocurrencias como la de autos, son limitados expresamente por la respectiva disposición legal: tales son, en relación con la víctima, lo que establecen las leyes vigentes sobre indemnizaciones por accidentes de trabajo (ordinal e) del artículo 49 del Decreto 1664); y respecto de los titulares del auxilio, el “número, sexo, edad, estado civil, y demás circunstancias personales de los individuos que hasta el 24 de julio de 1938 dependían económicamente o recibían apoyo material de las personas fallecidas a causa del accidente” (ordinal d), *ibidem*). Sobra decir, que la indemnización a que da derecho la ley por los accidentes de trabajo en caso de muerte de la víctima, en manera alguna puede considerarse como plena; ella es más que todo un auxilio, determinado de antemano en forma rígida y para cuyo otorgamiento no se tienen en cuenta las condiciones personales de los acreedores.

Lo dicho permite observar que el concepto del perito doctor Miguel Roa Medina, si bien se basa en un estudio muy interesante, tiende a establecer una indemnización estricta, tomando en cuenta elementos que bien podrían ser autorizados en litigio ordinario donde se persigue precisamente el restablecimiento completo del equilibrio jurídico patrimonial destruido o menoscabado, pero que en este procedimiento no están autorizados en la misma extensión, ya que sólo se permite por la ley modificar lo establecido para los casos de accidentes de trabajo

en vista de ciertas circunstancias personales de los acreedores del auxilio.

Por otra parte, si bien es cierto que se acepta como establecido que la víctima producía \$ 20 libres mensualmente, no hay razón que imponga aceptar que integralmente destinaba esa cantidad para atender a su madre y hermanas, pues fuera de un caso verdaderamente excepcional, consideradas las cosas con criterio simplemente humano y atendidas ciertas circunstancias, tales como la edad del extinto (15 años), el medio en que actuaba, etc., permiten con fundamento considerar que aquél deduciría alguna parte de su salario para satisfacer no ya necesidades estrictas de la vida, sino provocaciones o incentivos propios de su edad, como diversiones, etc., que ofrece la vida de la ciudad.

Así, pues, tomando el factor accidente de trabajo por lo que mira a la víctima, correspondería en rigor a los acreedores de la indemnización el valor de un año de salario. Y atemperando este rigor con las condiciones individuales de las personas que recibían apoyo económico de aquélla antes del accidente que le causó la muerte, hay lugar a sostener que se consultan en forma aceptable las necesidades y derechos de tales personas y el querer de la ley, otorgando a la demandante como auxilio el valor del salario de la víctima en un año, por cada una de las personas que recibían apoyo pecuniario de ésta. Es decir, la suma de \$ 720, por ser de tres el número de esas personas.

Finalmente, para dar cumplimiento al artículo 13 del Decreto 1664 de 1938, se distribuye la suma monto del auxilio, en doce cuotas mensuales de a \$ 60, para efectos del pago.

En tal virtud, 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,

RESUELVE:

1º Reconócese en favor de Dominga Sandoval v. de Vargas, en su carácter de madre legítima de Segundo Heliodoro Vargas Sandoval, muerto a causa del accidente aéreo del Campo de Santa Ana, el 24 de julio de 1938, y a cargo de la Nación, un auxilio por la suma de \$ 720 (setecientos veinte pesos).

2º Esta suma le será pagada a la favorecida en doce cuotas mensuales de a sesenta pesos (\$ 60) cada una, a partir de la ejecutoria de este fallo.

3º La interesada, al tiempo de recibir la primera mensualidad, deberá comprometerse, por escrito, a aceptar el auxilio como indemnización, o como parte de la misma, si judicialmente se condenare a la Nación a pagarla.

4º Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo, Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivalencia G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Adjudicaciones de baldíos

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Quando en el proceso obra una titulación que tiende a acreditar que los terrenos, demandados en adjudicación como baldíos, no tienen ese carácter, sino que son de propiedad privada, los títulos deben respetarse mientras no se invaliden por autoridad competente, y los terrenos no pueden adjudicarse como baldíos, porque se interpone una causa legal que lo impide.

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

Roque Calderón, mayor y vecino de Caicedonia —Departamento del Valle—, por medio de apoderado, en ejercicio tanto de la acción pública como de la privada, demanda la nulidad de la Resolución número 623, de 2 de agosto de 1939, proferida por el Ministerio de la Economía Nacional, por la que ese Despacho revocó la número 54, de 14 de julio de 1938, de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, en virtud de la cual se adjudicó provisionalmente al demandante, a título de cultivador, el lote de terreno denunciado como baldío, denominado “El Porvenir”, determinado en la misma providencia; asimismo, pide que como consecuencia de la declaración de nulidad, se confirme la Resolución número 54 aludida.

Señala como disposiciones legales violadas por la Resolución acusada, las siguientes: Ley 47 de 1926, artículos 19 y siguientes; Ley 34 de 1936, artículo 1º; Ley 71 de 1917, artículo 10; Ley 200 de 1936, artículo 4º; artículos 2673, 669, 673, 674 y siguientes del Código Civil; artículos 715 y siguientes, 724 y siguientes del Código Judicial; Código Fiscal, artículos 11, 18, 44 a 64, 65 y siguientes, y leyes complementarias y reformatorias o concordantes de todas las disposiciones citadas; y Constitución Nacional, artículos 115, regla 3ª, 26 y 52, y todos los decretos reglamentarios de los artículos citados.

Como hechos fundamentales el libelo expone:

- “a) Mi poderdante hace más de seis años que viene talando montaña, cultivando pastos, sembrando y mejorando el terreno baldío cuya adjudicación solicita, sin haber sido perturbado por nadie ni reconvenido por la opositora, ni por sus apoderados.
- “b) A la solicitud presentada ante la Gobernación del Valle se le dio la tramitación legal del caso, y de conformidad con el artículo 69 de la Ley 47 de 1926 se verificó la entrega correspondiente del lote adjudicado, y hecho esto se remitió el expediente en tiempo oportuno al Ministerio de la Economía Nacional.
- “c) Llegado el expediente al Ministerio, éste se abstuvo de resolver dentro del término legal de diez días, de que trata el artículo 79 de la Ley 47 de 1926, sobre la confirmación o revocación de

la Resolución número 54 de la Gobernación del Valle del Cauca, de fecha 14 de julio de 1938.

- “(d) Vencido el término de diez días de que trata el punto anterior, el Ministerio de la Economía Nacional recibió un telegrama ordinario sin autenticar, del señor Temístocles Vargas Sicard, quien, diciéndose apoderado de la señora Emilia Caicedo de Gutiérrez y Arango, manifestaba que se oponía a la adjudicación solicitada por el señor Roque Calderón.
- “(e) No obstante las anteriores irregularidades y sin facultad legal alguna, el Ministerio aceptó la oposición formulada, y por auto de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, ordenó al opositor que presentara dentro del término de diez días los documentos que respaldaran su oposición, ‘con la advertencia de que si transcurriere ese plazo sin la presentación de dichos documentos, se continuará la tramitación de la solicitud sin tener en cuenta la oposición.’
- “(f) El opositor no presentó dentro del término de diez días fijados por el Ministerio los documentos pedidos. Sin embargo, el Ministerio, en vez de continuar la tramitación de la solicitud, sin tener en cuenta la oposición, dictó un nuevo auto determinando las pruebas precisas que el opositor debía traer a los autos, y fijó nuevo término para su práctica y presentación.
- “(g) En esta última providencia y con violación del artículo 4º de la Ley 200 de 1936, se ordenó traer a los autos un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito respectivo, necesario —dice el Ministerio— para probar la suficiencia de los títulos, de conformidad con el artículo 635 del Código Judicial, y se dispuso la práctica de una inspección ocular.
- “(h) En desarrollo de la comisión conferida por el Ministerio, el Alcalde de Caicedonia recibió irregularmente unas declaraciones, a las cuales el Ministerio les asignó el carácter y el reconocimiento (sic) el valor de inspección ocular.
- “(i) Al conceder un nuevo término para practicar las pruebas que el Ministerio había exigido en un primer auto, fue violado el artículo 372 del Código Judicial, que no permite la reposición de término sino en casos determinados y a petición de parte interesada.
- “(j) No obstante haberse estimado como peritos a quienes con tal carácter concurren a la llamada inspección ocular, no se corrió traslado de lo que el Ministerio llama dictamen, con lo cual se violaron los artículos 719 y 720 del Código Judicial, invalidándose la prueba, ya que mi poderdante no tuvo ocasión de comprobar que los actos ejecutados por el Alcalde de Caicedonia carecían de todo valor legal, así como el dictamen de los peritos.
- “(k) En la Resolución del Ministerio, a que me refiero, se estimó como prueba testimonial la deposición de algunos testigos, cuya declaración carece de valor legal, en relación con un documento que el opositor llevó a las diligencias como prueba de que Roque Calderón era arrendatario de los terrenos de ‘El Porvenir’.
- “(l) El Ministerio consideró como prueba de que el lote cuya adjudicación se solicita es de propiedad privada, títulos que no pueden ser tenidos como prueba por Juez ni funcionario alguno, ni se refieren en ninguna forma a los terrenos de ‘El Porvenir’, denunciados como baldíos por mi mandante.
- “(ll) Los terrenos de ‘El Porvenir’, alinderados en la indicada Resolución número 54 de 1938, de la Gobernación del Departamen-

to del Valle del Cauca, tantas veces citada, no son ni han sido nunca de propiedad privada, y solamente han sido poseídos por el señor Roque Calderón, en su calidad de colono cultivador de terrenos baldíos.”

Al libelo se acompañó un ejemplar debidamente autenticado del número 24172 del *Diario Oficial*, en que aparece publicada la Resolución acusada.

Admitida la demanda, el actor, en tiempo oportuno, solicitó como pruebas, se hiciera venir al juicio el expediente contentivo de la actuación que ante el Ministerio de la Economía Nacional provocó para que se le adjudicaran como baldíos los terrenos de “El Porvenir”, y que se ratificaran los testimonios de Francisco Rivera, Bernardino Quiceno y Pastor Murcia. Estas pruebas fueron decretadas y se practicaron. Igualmente, se allegó a los autos como medio probatorio por parte del demandante, un ejemplar del número 2155 de la *Gaceta Departamental del Valle*, debidamente autenticado, que contiene el informe de fecha 26 de julio de 1933, rendido a la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca por el Jefe de la Sección de Industrias de la Gobernación, referente a la ocupación de tierras por los colonos en dicho Departamento.

En oportunidad las partes presentaron sus alegatos escritos, y como el proceso se encuentra en estado de proferir sentencia, a ello se procede, previas las consideraciones que se apuntan en seguida.

Se trata de una adjudicación de baldíos de menor cuantía, que fue tramitada en la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, conforme a las disposiciones legales vigentes sobre la materia (artículos 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 47 de 1926), y despachada favorablemente mediante la Resolución número 54 ya mencionada, por la cual se adjudicó el terreno denunciado al solicitante Roque Calderón, y en consecuencia, se le hizo la entrega respectiva.

Remitido el expediente al Ministerio de la Economía Nacional para los efectos del artículo 7º de la Ley 47 de 1926, y antes de que se pronunciara por ese Despacho la correspondiente resolución de fondo, el doctor Temístocles Vargas Sicard, diciéndose apoderado de la señora Emilia Caicedo de Gutiérrez, mediante memorial dirigido telegráficamente al Ministerio, manifestó a nombre de aquélla, oponerse a la adjudicación pedida por Roque Calderón; en vista de la oposición, el Ministerio, en providencia de 29 de noviembre de 1938, dispuso que dentro del término de diez días, el opositor debía presentar los documentos en que se apoyara, con advertencia de que si en ese plazo no se cumplía lo dispuesto, se seguiría la tramitación sin tener en cuenta la oposición; al expediente se allegaron las declaraciones de nudo hecho rendidas por Guillermo Jaramillo, Francisco Piedrahita y Hormuldo Mora ante la Inspección Permanente de Policía y Tránsito de Sevilla (V.); copia de la escritura 540, de 25 de diciembre de 1938, pasada en la Notaría de Caicedonia, de protocolización de un documento privado; copia de la escritura 182, de 17 de febrero de 1936, de la Notaría 2ª de Manizales, contentiva del poder general otorgado por la señora Emilia Caicedo v. de Gutiérrez, al doctor Temístocles Vargas Sicard; copia expedida por el Notario 2º de Manizales, de la parte correspondiente a la hijuela de adjudicación de gananciales a la cónyuge sobreviviente, señora Emilia Caicedo de Gutiérrez, en el juicio de sucesión del doctor Daniel Gutiérrez y Arango, copia en que no se expresa el número ni la fecha de la respectiva escritura de protocolización; y, finalmente, copia de la escritura 582, de 20 de septiembre de 1911, de la Notaría 2ª de Manizales, que contiene la adjudicación que el Gerente de la Em-

presa de Burila hace al doctor Daniel Gutiérrez y Arango del inmueble que allí se expresa.

Así las cosas, el Ministerio, en auto de 20 de febrero de 1939, dispuso que antes de resolver en el fondo, la parte opositora presentara un certificado de registro para acreditar la suficiencia de los títulos allegados al proceso, y que una vez cumplido esto, se practicara una inspección ocular en asocio de peritos para establecer si en realidad el terreno pedido en adjudicación como baldío se encuentra comprendido o nó, en todo o en parte, dentro de los linderos del terreno que determina la hijuela de adjudicación a la opositora, y si éste forma parte de los adquiridos por el doctor Daniel Gutiérrez y Arango por la escritura 382 mencionada.

Presentados los certificados respectivos y practicada la diligencia después de algunos incidentes que no es el caso relatar ahora, el Ministerio profirió la Resolución número 623, cuya nulidad se demanda.

Cuatro son, en síntesis, los defectos fundamentales que en concepto del actor, hacen ilegal y lesiva de los derechos civiles la Resolución acusada. Ellos se expondrán y estudiarán a continuación.

Primero. No haber resuelto el Ministerio dentro del término de diez días que señala el artículo 7º de la Ley 47 de 1926, sobre la confirmación o revocatoria de la Resolución del Gobernador.

Este reparo, aun cuando en el hecho aparece en autos, no acarrea, por sí solo, ningún vicio capaz de afectar en el fondo la legalidad de la Resolución. En efecto, los términos que la ley señala a los funcionarios públicos para que dentro de ellos cumplan determinadas actividades procedimentales o pronuncien los fallos en los juicios, sólo tienen por finalidad obtener que la justicia se administre con la mayor prontitud posible, en orden a que los intereses de los ciudadanos no sufran mengua por estar sus derechos pendientes de la litis. Con tal fin, las mismas disposiciones que señalan los términos, establecen sanciones para los funcionarios morosos. Pero ello no quiere decir que si un fallo, v. g., es proferido fuera del término que la ley señala, quede afectado por este solo hecho de algún vicio que lo invalide; porque en primer lugar, no puede haber dos sanciones por una infracción, y en segundo lugar, porque el derecho que se ventila en los procesos judiciales o administrativos depende de la ley que lo consagra y de haber sido oportunamente demandado y probado por quien lo persigue; y en ningún caso de la actitud diligente o morosa del funcionario encargado de reconocerlo o declararlo. En la ocurrencia de autos, si el Ministerio no profirió la resolución dentro del término que la ley señala, puede la persona que lo desempeñaba merecer alguna sanción por este hecho, pero la demora en nada afecta la esencia misma del fallo.

Segundo. Que el Ministerio, después de vencido el término que tenía para resolver, dio curso a la oposición formulada por Temístocles Vargas Sicard a nombre de la señora Emilia Caicedo de Gutiérrez, ordenando oficiosamente que el opositor presentara dentro de diez días los documentos para respaldarla, lo que no se cumplió oportunamente, a pesar de lo cual, en lugar de dictar la resolución de fondo, dispuso practicar otras pruebas.

Ciertamente, en la tramitación de las solicitudes de adjudicación de baldíos de menor cuantía, la ley no exige que se dé conocimiento especial al público, de la demanda, ni tampoco contempla expresamente el caso de posibles oposiciones, ni menos señala término dentro del cual puedan formularse, como si ocurre en la secuela de las adjudicaciones de mayor cuantía. Empero, el artículo 4º de la Ley 46 de 1926 faculta al funcionario que conoce del negocio para practicar "las diligencias que juzgue convenientes para el mejor conocimiento de los hechos a que se refiere la solicitud del interesado". Y el artículo 5º *ibidem*, señala la oportunidad para decretar la adjudicación "si no hubiere causa

legal que la impidiere". Lo previsto en estas disposiciones de la ley quiere significar que el funcionario puede encontrar dudas o defectos en el proceso, los cuales pueden surgir o de insuficiencia de la documentación creada por el interesado, o de la intervención de terceros que se oponen. De una u otra circunstancia, puede resultar una causa legal que impida la adjudicación, puesto que si el funcionario por su propia iniciativa puede investigar para el mejor conocimiento de los hechos y como resultado encontrar una causa legal que impida la adjudicación, no hay razón para no admitir que esa causa legal pueda resultar de la intervención de terceros que se oponen.

Se explica la brevedad del procedimiento en las adjudicaciones de menor cuantía por la poca importancia pecuniaria del asunto; y por lo mismo, se explica que la ley en este caso no contemple expresamente la posibilidad de oposiciones, ni a éstas les señale el procedimiento que establece para las de mayor cuantía que deben ventilarse ante la justicia ordinaria. Pero esa misma brevedad del procedimiento, autoriza para sostener y aceptar que mientras la cuestión no se haya resuelto en definitiva, los terceros interesados pueden intervenir para oponerse a la adjudicación. Y es manifiesto, que si la ley prevé que el funcionario que conoce de la solicitud puede negarse a decretar la adjudicación por encontrar causas legales que la impidan, es porque éste es quien debe resolver si en vista de las oposiciones que se puedan presentar decreta o no la adjudicación, o lo que es lo mismo, es él quien debe resolver esas oposiciones.

De lo dicho se concluye, que no puede sostenerse que haya ilegalidad porque antes de resolverse en definitiva la solicitud de adjudicación de baldíos de menor cuantía, los funcionarios decreten oficiosamente las pruebas que consideren convenientes para el esclarecimiento del asunto, ni porque admitan y decidan oposiciones de terceros.

Finalmente, se observa, que la expuesta ha sido doctrina ya aplicada por el Ministerio y refrendada por el Consejo de Estado en ocasiones anteriores.

Tercero. Que el Ministerio dio valor a la inspección ocular y a la pericia que decretó, las cuales se practicaron irregularmente.

En verdad, aparece que en la diligencia de inspección ocular que en asocio de peritos practicó el Alcalde Municipal de Caicedonia el 20 de junio de 1939 por comisión del Ministerio, no se recorrieron todos los linderos de que tratan los títulos (escritura 582, de 20 de septiembre de 1911, de la Notaría 2ª de Manizales, e hijuela que obra a folios 45 del cuaderno del juicio surtido ante el Ministerio), y los certificados de registro traídos a los autos. No obstante, dos de los peritos manifestaron que ellos conocían perfectamente todos los linderos, y que ese conocimiento les era suficiente para rendir su dictamen, en el cual concluyeron éstos unánimemente que el lote pedido en adjudicación está comprendido dentro de los linderos que rezan los títulos y certificados aludidos. Por su parte, el funcionario inspector de la diligencia dejó constancia en el acta respectiva, de que los linderos y mojones del lote pedido en adjudicación sí fueron identificados en asocio de los peritos y fueron hallados conformes con los que relata la diligencia de entrega del mismo lote al solicitante Calderón; asimismo, que este lote está íntegramente comprendido dentro de los linderos que determinan los títulos aludidos antes, o sean, la escritura 582, de 20 de septiembre de 1911, de la Notaría 2ª de Manizales, y la hijuela de la señora Emilia Caicedo v. de Gutiérrez. Así, pues, aunque en la diligencia de inspección hubo la deficiencia atrás anotada, y el dictamen de los peritos no se perfeccionó porque no se cumplieron respecto de él las ritualidades que exige el artículo 719 del Código Judicial, es lo cierto que aparece un hecho que siendo materia de inspección, fue observado directamente por el Juez; ese hecho consiste en que a la vista del inspector

apareció que el lote pedido por Calderón en adjudicación como baldío, está comprendido dentro de los linderos de los terrenos de que dan cuenta los títulos presentados por la parte opositora. Y sabido es, que conforme al artículo 730 del Código Judicial, “el acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez”. Debe, en consecuencia, tenerse como plenamente probado el hecho en cuestión.

Cuarto. Que el Ministerio ha debido considerar el caso de autos como comprendido en el artículo 49 de la Ley 200 de 1936, y no aceptar, como aceptó, con valor de pruebas de propiedad privada del terreno denunciado como baldío, títulos y testimonios que no pueden ser admitidos como tales, ni se refieren a dichos terrenos.

Conviene advertir, en primer lugar, que los terrenos sobre que se puede adquirir título de propiedad por adjudicación que haga el Estado al solicitante que se pretende colono o cultivador, SON LOS BALDÍOS (artículos 19 de la Ley 47 de 1926, 19 de la Ley 34 de 1936, 44 y 46 del Código Fiscal, y 29 de la Ley 200 de 1936). Por tanto, si en el expediente en que se tramita una solicitud de adjudicación de baldíos de menor cuantía a título de colono o cultivador del interesado, se establece que el terreno solicitado no es baldío, surge una causa legal que impide la adjudicación y ésta no puede decretarse según lo dispone el artículo 59 de la Ley 47 de 1926.

Ahora bien: en la ocurrencia presente obra en el proceso una titulación que tiende a acreditar que los terrenos demandados en adjudicación como baldíos, no tienen ese carácter, sino que son de propiedad privada; esos títulos deben ser respetados mientras no se invaliden por autoridad competente; en consecuencia, aquellos terrenos no pueden ser adjudicados al peticionario como baldíos porque se interpone una causa legal que lo impide.

En efecto, de los elementos probatorios que obran en autos resulta establecido que el terreno de “El Porvenir”, que pretende el señor Calderón en adjudicación como baldío, estaba poseído por particulares. Así aparece del documento privado otorgado en Caicedonia el 26 de octubre de 1935, debidamente reconocido ante el Notario del mismo lugar el día 4 de noviembre del propio año, documento según el cual, Roque Calderón celebra con el representante de los herederos del señor Daniel Gutiérrez y Arango un contrato de aparcería y administración de un lote de terreno perteneciente a la hacienda de “Burila”, terreno que tiene 5.700 matas de café, que debe administrar en compañía Calderón, y en el cual debe plantar por cuenta de su cocontratante cuatro mil matas más, con su correspondiente sombrío de guano o churimo y plátano. Es indiscutible que este documento así reconocido ante funcionario competente hace plena prueba contra los otorgantes en relación con los hechos que surjan de su contenido (artículo 637 del Código Judicial). Por su parte, no cabe duda que Calderón al contratar en la forma dicha, reconoció dominio distinto al del Estado, es decir, de particulares, o por lo menos posesión sobre el terreno a que el contrato se refería, y por lo mismo, ocupó o se estableció a título precario. Igualmente, la letra del contrato está diciendo y así lo acepta Calderón en ese documento, que el terreno, lejos de estar inculto, en absoluto, tenía 5.700 matas de café. Ahora bien: conforme al artículo 19 de la Ley 200 de 1936, “se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica...” Así, pues, si el predio materia del contrato de que se viene hablando, estaba cultivado con plantaciones de café, estaba poseído por particulares (los herederos del señor Daniel Gutiérrez y Arango), de

cuyo representante confiesa Calderón en el documento haber recibido el terreno de que habla el contrato. En consecuencia, mal podía luego alegar el señor Calderón la condición de baldío sobre ese terreno para solicitar su adjudicación como tal, sin destruir la presunción.

Pero alega la parte demandante, que el terreno de que trata el documento tantas veces aludido, no es el lote de "El Porvenir", cuya adjudicación como baldío ha demandado. No obstante, ningún elemento probatorio ha aducido tendiente a demostrar su aserto, es decir, la no identidad de tales predios. En cambio, la parte opositora sí ha presentado tres testimonios que unánimemente exponen que el lote pedido por Roque Calderón en adjudicación como baldío, está comprendido en su totalidad en la hacienda de "Burila", que fue de propiedad de don Daniel Gutiérrez y Arango — hoy de sus herederos—, la cual determinan perfectamente por sus linderos; asimismo, que el lote pedido en adjudicación por Calderón, el cual también singularizan por sus linderos, es precisamente el mismo a que se refiere el documento contentivo del contrato de que tanto se ha hablado en esta providencia, celebrado entre Roque Calderón y el doctor Temístocles Vargas Sicard, como representante de los herederos del señor Daniel Gutiérrez y Arango.

Cierto es que la parte demandante alaca los testimonios de que se ha hablado, motejándolos de estar extendidos por un mismo tenor literal y de no explicar la razón de sus dichos los testigos. Empero, este reparo que podría hacerse aún más acentuado respecto de los testimonios presentados por el demandante para fundar su solicitud de adjudicación, puesto que también presentan un exacto tenor literal, no siempre es una falta que invalide o mengüe el valor del testimonio por sí sola. Tal circunstancia puede en ocasiones ser un elemento que aunado a otro u otros, contribuya a formar en el juzgador la sospecha o aun la convicción de que el testigo no dijo la verdad; pero esos elementos deben ser tan manifiestos, tan vehementes y de tal calidad, que sean capaces de producir en el Juez una convicción racional acerca de la falta de veracidad en el testimonio. En la ocurrencia presente de los testimonios atacados, faltan esos elementos sugerentes que concurran a restarles valor o a eliminárselo. Los testigos declaran manifestando que lo hacen por conocimiento personal y directo, y a ciencia cierta, lo que indica que conocen los terrenos de que hablan por haberlos visto, pues de otro modo no se adquiere en esta materia conocimiento personal y directo; asimismo, ello quiere significar que tuvieron conocimiento perfecto del contrato a que se refiere el documento y del terreno al cual se vincula. El hecho de que la declaración sobre unos mismos hechos emitida por varios testigos, se extienda bajo un mismo tenor literal, se explica por la ley del menor esfuerzo y la economía de tiempo que generalmente persiguen los funcionarios, máxime si en casos como el presente encuentran acuerdo perfecto en lo fundamental de la exposición de los testigos, lo cual no puede ser motivo de sorpresa ni de sospecha cuando los hechos son sencillos y han podido ser observados igualmente por los deponentes. Verdad es, que esta prueba aunque plena, no es perfecta y completa por no haberse producido con citación de la parte contraria, pero unida al hecho aceptado por Calderón en el documento de que el terreno sobre que contrata pertenece a la finca "Salina de Burila", y no haberse producido ningún elemento probatorio positivo por el demandante para establecer la falta de identidad que alega, así como el hecho altamente sugestivo de que en ninguna de las diligencias practicadas por los funcionarios que han intervenido en estas actuaciones, inclusive la inspección ocular llevada a cabo por orden del Ministerio para esclarecer la cuestión, ni los funcionarios, ni las partes hayan siquiera mencionado la circunstancia de que Roque Calderón ocupe o haya ocupado otro lote de terreno distinto del pedido en adjudicación, sobre el cual verse el contrato de que habla

el documento,* resulta un conjunto de elementos de convicción que autorizan para dar a esa prueba el valor completo para establecer la verdad de acuerdo con lo que estatuye el artículo 594 del Código Judicial, que dice:

“Una prueba calificada de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho, pero dos o más constituyen plena prueba si cada una está debidamente establecida y si son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado.”

Es, pues, preciso concluir que el terreno pedido en adjudicación por el demandante Calderón es el mismo que según el documento tantas veces aludido, fue materia del contrato de administración y aparcería con el representante de los herederos del señor Daniel Gutiérrez y Arango, sobre el cual, en esas circunstancias, no puede aceptarse que haya establecido el demandante ocupación sin reconocer posesión de particulares ni dominio distinto al del Estado.

Además de lo expuesto, ocurre que en autos obran títulos de dominio allegados por la parte opositora, según los cuales el señor Daniel Gutiérrez y Arango adquirió la finca “Salina de Burila”, ubicada en el Distrito de Zarzal, Departamento del Valle, por escritura 582, de 20 de septiembre de 1911, de la Notaría 2ª de Manizales, por adjudicación que le hizo el representante legal de la Empresa de Burila, según consta en dicho instrumento. La suficiencia de este título se halla establecida con el certificado de registro que exige el artículo 635 del Código Judicial; y ya se ha visto cómo según lo comprobado por el funcionario que practicó la inspección ocular ordenada por el Ministerio, dentro de los linderos de la finca de “Salina de Burila” está comprendido el terreno de “El Porvenir”, pedido en adjudicación por el señor Calderón a título de baldío. Asimismo, se ha presentado copia de la hijuela otorgada en el juicio de sucesión del señor Gutiérrez y Arango a su cónyuge señora Emilia Caicedo v. de Gutiérrez, conforme a la cual se le adjudicó a esta señora, a título de gananciales, la finca “Salina de Burila”, de la que, según el certificado de registro, la adjudicataria ha vendido varios lotes, inclusive dos al señor Roque Calderón. Esta titulación comprende un período de tiempo mayor de veinte años de posesión inscrita, que es lo que exige la Ley 50 de 1936 para la prescripción extraordinaria.

Por su parte, el Jefe de la Sección de Industrias de la Gobernación del Valle, en su informe referente a la ocupación de tierras por colonos, documento que en forma auténtica hizo llegar la parte demandante a los autos, expresa que la titulación de las tierras de “Burila” arranca del año 1641, en virtud de mercedes que hizo el Rey de España a los señores Juan Francisco y Juan Jacinto Palomino.

El demandante arguye que los títulos antes aludidos no se pueden tener en cuenta porque la hijuela de la opositora señora Caicedo de Gutiérrez no está debidamente registrada.

Efectivamente, la hijuela en cuestión fue registrada en Manizales, lugar donde se siguió el juicio mortuario, como al efecto correspondía hacerlo. Pero al registrarla en el lugar de ubicación de los inmuebles adjudicados, no se registró en el Libro de Causas Mortuorias como ordena la ley, sino en el Libro Número Primero. No obstante, esta circunstancia en nada modifica la situación en favor del demandante para dar en tierra con la resolución ministerial acusada. En efecto, por una parte, esa falta de registro puede ser subsanada en cualquier momento por la interesada con sólo presentar la escritura para que se registre debidamente. Y por otra, sólo querría decir, que el dominio aún no se ha traspasado por el medio legal de la tradición, de la cabeza del causante de la herencia al adjudicatario; que la nueva inscripción que debe hacerse no ha cancelado la anterior. Pero ello no quiere decir que no aparezca comprobado que los respectivos bienes figuran en el patrimonio

nio de particulares en virtud de una titulación que no puede desconocerse mientras no haya sido invalidada por tribunales competentes, pues en último caso tales bienes corresponden al patrimonio de la mortuoria representada por los herederos. Así, pues, esto mismo conduce a concluir que tampoco puede, en este caso, decirse que la adjudicataria, señora Caicedo de Gutiérrez, carece de personería para oponerse, como pretende el demandante, porque mientras el dominio de los bienes de la mortuoria no se vincule en forma legal a los adjudicatarios respectivos, aquélla puede ser representada por éstos.

Finalmente, corresponde establecer que en el asunto en estudio no es el caso de aplicar el artículo 49 de la Ley 200 de 1936, como pretende el demandante, sino el parágrafo del artículo 10 de la Ley 71 de 1917.

En efecto, el artículo 2º de la Ley citada establece la presunción de que son baldíos los predios rústicos no poseídos en la forma que determina el artículo 1º *ibidem*; el artículo 3º fija la manera de desvirtuar esa presunción, cual es la presentación de títulos inscritos otorgados con anterioridad a la ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término de prescripción extraordinaria. Y el artículo 4º *ibidem* estatuye:

“Lo dispuesto en el artículo 3º no perjudica a las personas que con des años de anterioridad a la vigencia de esta Ley se hubiesen establecido, sin reconocer dominio distinto al del Estado y no a título precario, en terreno inculto en el momento de iniciarse la ocupación....”

Ya se ha visto atrás, cómo está comprobado en el proceso que el demandante ocupó el terreno demandado en adjudicación, precisamente a título precario, y reconociendo dominio distinto al del Estado. Además, en el momento de iniciarse la ocupación el terreno no estaba totalmente inculto, pues así lo declaran paladina y unánimemente los testigos que el propio demandante presentó para llenar las formalidades de la solicitud de adjudicación: “... ocupándolo cuando aún estaba inculto en parte;...” dicen las declaraciones. De esta suerte, es claro que la prueba para justificar la oposición no tiene que ser indispensablemente de aquellas que exige el artículo 49 de la Ley 200 de 1936. De consiguiente, tampoco por este aspecto violó la ley la resolución acusada.

De lo expuesto se concluye, que la opinión del señor Agente del Ministerio Público, según la cual por virtud de la irregularidad o falta de registro de la hijuela de la opositora, la demanda de nulidad de la resolución ministerial que se abstuvo de confirmar la adjudicación, debe prosperar, no tiene fundamento legal suficiente, y por lo mismo, no puede ser acogida.

En tal virtud, 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,

RESUELVE:

NO ES NULA la Resolución acusada número 623, de 2 de agosto de 1939, proferida por el Ministerio de la Economía Nacional, de que se ha hecho mérito en este fallo. En consecuencia, SE NIEGAN las peticiones de la demanda.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Diógenes Sepúlveda Mejía—El Conjuez, Federico A. Daza—Luis E. García V., Secretario.

Concepto de incapacidad

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Para los efectos del numeral 6° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913, el fenómeno de la incapacidad debe individualizarse, contemplarse en relación con la persona que lo alega, atendiendo a las condiciones de edad, sexo, medio social y económico, etc.

Consejo de Estado--Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

La señorita Ramona Delia Uribe, mayor y vecina de Cúcuta, demandó ante el Tribunal Administrativo de esa ciudad, el reconocimiento en su favor de una pensión vitalicia a cargo de la Nación, por sus servicios como maestra de escuelas oficiales durante un lapso mayor de 20 años y por reunir las demás condiciones que exige la Ley 114 de 1913.

Como hechos fundamentales, el libelo expone los siguientes:

“Primero. He sido maestra de escuelas oficiales durante un período mayor de veinte años, durante los cuales me he conducido con honradez y consagración, según certificación de la Dirección de Educación Pública de este Departamento y documentos análogos levantados para comprobar el servicio en el año de 1926;

“Segundo. No tengo cincuenta años de edad, pero me siento profundamente afectada por novedades de salud, que me están ocasionando graves perjuicios. Estas novedades de salud estuvieron a punto de interrumpir mi carrera, pues por poco tengo que hacer dejación del cargo de maestra de escuela para entregarme al reposo y a un tratamiento largo y cuidadoso. Las declaraciones de dos médicos distinguidos, graduados y de larga práctica, declaraciones que fueron recibidas ante el Juez Civil de este Circuito, con intervención del señor Personero Municipal, comprueban que se trata de novedades de salud que revisten gravedad y que exigen el descanso total. Si no fuera así seguiría al servicio de la educación hasta completar la edad de 50 años, exigida por la Ley 114 de 1913;

“Tercero. No tengo ni he disfrutado de pensión nacional, ni he recibido ninguna recompensa de dicho Tesoro, como lo acredito con la certificación del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público;

“Cuarto. No pago impuesto sobre la renta, es decir, no tengo sueldo alguno ni renta que haya permitido hacerme contribuyente a dicho impuesto, lo cual compruebo con certificación del señor Administrador de Hacienda Nacional de este Departamento, y

“Quinto. Observo conducta satisfactoria, lo cual se halla demostrado con declaraciones de dos personas honorables, recibidas de conformidad con las normas de la Ley 114 de 1913.”

Al libelo se acompañaron varios elementos probatorios que luego se analizarán.

Llegado el momento oportuno, el Tribunal *a quo*, con fecha 28 de mayo último, pronunció la sentencia definitiva por la cual, en des-acuerdo con el concepto del Fiscal, negó las peticiones de la demanda.

Contra ese fallo, tanto el Agente del Ministerio Público como la parte actora, interpusieron apelación, recurso que fue otorgado, y por virtud de ello vinieron los autos a esta corporación. Surtida como se halla aquí la tramitación ritual de la segunda instancia, se procede a resolver, previas las consideraciones que se apuntan a continuación.

La Ley 114 de 1913 (artículo 19), consagra el derecho a obtener pensión de jubilación vitalicia en favor de los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años. El artículo 29 *ibidem*, establece la cuantía de la pensión; el 39 la manera de computar el tiempo, y el cuarto, los requisitos que deben cumplirse para poder gozar de la pensión.

El fallador de primera instancia encontró probado el tiempo de servicio prestado por la demandante, según lo exige la ley, lo que así es en efecto, según las certificaciones expedidas por el Director de Educación Pública del Departamento de Santander del Norte. Asimismo, que ha observado buena conducta, que ha desempeñado sus empleos con honradez y consagración; que es persona pobre; que no recibe ni ha recibido pensión ni recompensa de carácter nacional, ni es contribuyente al impuesto sobre la renta. También es verdad que todas estas circunstancias se hallan establecidas según lo acreditan los testimonios de Néstor M. Lemus y Martín Quintero, y las certificaciones expedidas por la Administración Nacional de Hacienda del Norte de Santander y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Pero no encuentra de igual modo satisfechas las exigencias del numeral 6º del referido artículo 4º de la Ley 114 antes citada, porque no se ha comprobado que la demandante sea mayor de cincuenta años, o que se halle en incapacidad por enfermedad u otra causa para ganar lo necesario para su sostenimiento.

Efectivamente, en autos no figuraba la prueba respectiva sobre la edad de la demandante; y si luego se presentó, de ella resulta que apenas cuenta hoy la señorita Uribe la edad de cuarenta y seis años. Así, pues, por este concepto no podría prosperar la acción.

Al estimar la incapacidad que alega la actora, el Tribunal considera que aquella no es la que contempla la ley, porque en su sentir, el concepto de los facultativos doctores Carlos Quintero Hernández y Ramón Cabrales Pacheco, apenas “se basa sobre conjeturas futuras con fundamento en posibilidades neurológicas hereditarias”. Y continúa: “No afirman los facultativos de manera categórica que la señorita Ramona Delia Uribe padezca una enfermedad tal que la incapacite para ganar lo necesario a su sostenimiento....”

En primer lugar, se advierte, que los facultativos mencionados sí afirman categóricamente que la señorita Uribe está incapacitada de por vida para cualquier trabajo intelectual. En efecto, al exponer el resultado del examen que practicaron en dicha señorita se expresan unánimemente: “...se encuentra afectada de *agobio* cerebral, por el debilitamiento general producido por el exceso de trabajo desde joven, y de cuya afectación puede desarrollarse una neuropática o enajenación mental... estando, por consiguiente, incapacitada de por vida para continuar ejerciendo el magisterio o cualquiera otro empleo en que tenga que trabajar intelectualmente.” Ciertamente, del concepto médico expuesto no se concluye que la dolencia de la señorita Uribe haya llegado ya o haya de llegar necesariamente a la completa enajenación mental. Pero sí exponen con certeza que se halla en estado de *agobio* cerebral, estado que según su ciencia y conocimiento les permite pronos-

ficar que la continuación de cualquier ejercicio mental puede conducir a la paciente a la enajenación total de la mente.

Ahora bien: la incapacidad de que habla la ley, ¿deberá ser una incapacidad absoluta, total, o bastará que sea relativa, v. g., una incapacidad profesional? Este Despacho considera que en esta materia el fenómeno incapacidad debe individualizarse, es decir, debe contemplarse en relación con la persona que lo alega, atendiendo a las condiciones de edad, sexo, medio social y económico, etc. Así, un varón que a los 20 o 25 años se halle en incapacidad de ganarse la vida mediante un trabajo que requiera ejercicio mental, y que, por otra parte, tenga un organismo físicamente íntegro y por lo menos de mediana fortaleza, fácilmente puede dedicarse a un oficio o profesión distintos que le permitan ganar lo necesario para su sustento. Aunque afectado de una incapacidad relativa, no está en incapacidad de ganarse lo necesario para su sustento. Pero es obvio, que una mujer de cuarenta y seis años de edad, que ha gastado más de veinte en una profesión como es la de maestro de escuela, con un organismo débil, en inminente peligro de llegar a la pérdida total de las facultades mentales, habituada a un medio social y económico que han hecho ya su vida, es una persona que al tener que abandonar su profesión, por incapacidad mental, queda indudablemente en un estado de incapacidad para ganarse lo necesario para su sustento, pues muy difícil le será emprender de nuevo una profesión distinta o un oficio, que al menos en parte sustituyan la profesión que hubo de abandonar. Tal es el caso de la demandante, que a los cuarenta y seis años de edad se ve obligada a dejar su profesión de maestra de escuela por causa de una dolencia mental ocasionada sin duda por el mismo trabajo que ha desempeñado en más de veinte años. Es preciso, pues, concluir que se halla en el caso que contempla el numeral 6º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913, de incapacidad por enfermedad.

Por otra parte, tanto el señor Fiscal del Tribunal, en la primera instancia, como el señor Fiscal de esta corporación, opinan que la demandante es acreedora a la pensión que solicita por hallarse en incapacidad para ganarse lo necesario para su sostenimiento.

Cuanto a la cuantía de la pensión que debe decretarse, en autos está acreditado con el certificado del Colector de Hacienda de Ocaña que la actora devengó en el año de 1939 un sueldo de \$ 55, lo mismo que en el primer semestre de 1940; y que en el segundo semestre de este último año devengó sueldo de \$ 60.

Por tanto, aplicando lo prescrito en el artículo 2º de la Ley 114 de 1913, le corresponde una pensión mensual de \$ 28.75.

En tal virtud, 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, REVOCA la sentencia apelada, de que se ha hecho mérito en este fallo, proferida por el Tribunal Administrativo de Cúcuta el 25 de mayo último, y en su lugar

RESUELVE:

RECONOCESE en favor de Ramona Delia Uribe y a cargo de la Nación, una pensión de jubilación vitalicia mensual de veintiocho pesos con setenta y cinco centavos (\$ 28.75), que deberá pagársele desde la fecha de la sentencia revocada.

Ejecutoriada la sentencia, comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Ejercicio de las autorizaciones

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Contraría manifiestamente la norma superior el decreto de un Gobernador, por el cual se aumenta la asignación de un empleado departamental, cuando las autorizaciones dadas por la Asamblea se contraen a la facultad de suprimir o refundir empleos o reducir las asignaciones de los existentes. Refundir o reducir excluyen el término aumentar.

Consejo de Estado—Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El señor Julio Bahamón, ciudadano colombiano, mayor y vecino de Neiva, en libelo presentado al Tribunal Administrativo de esa ciudad el 3 de julio postrero, demanda la nulidad del Decreto número 113, de fecha 1º del mes citado, expedido por la Gobernación del Departamento del Huila, y la suspensión provisional del mismo Decreto.

El Tribunal, en providencia de 18 del citado mes de julio último, decretó la suspensión provisional demandada en cuanto el Decreto acusado aumenta el sueldo del Jefe de la Sección de Hacienda y Rentas. Contra ese fallo, el señor Fiscal del Tribunal interpuso apelación y por virtud de ello vino el proceso a esta corporación. Como es oportuno, se procede a definir el recurso.

El ordinal d) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913 autoriza la suspensión provisional de los actos denunciados, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.

Como lo advierte el Tribunal *a quo*, la jurisprudencia administrativa ha admitido que ese perjuicio puede considerarse en relación con los intereses de particulares o bien con los de la moral y de la ley. Por otra parte, ha de aparecer *prima facie*, de suerte que para notarlo baste la sola presentación del asunto sin que sean necesarios profundos razonamientos o disquisiciones que se requerirían para un fallo de fondo. Así, pues, una violación o contradicción ostensible y manifiesta de la ley o en general de normas superiores por el acto acusado, debe estimarse como un perjuicio notoriamente grave inferido a las instituciones que como manifestación de voluntad soberana rigen la vida de los ciudadanos. En consecuencia, demandada la suspensión provisional de un acto que se halle en esas condiciones, debe decretarse,

En la ocurrencia presente, se hace al Decreto acusado el cargo de que viola o contraría de modo manifiesto la Ordenanza número 23 del año en curso, expedida por la Asamblea Departamental del Huila, en cuanto por dicho Decreto se aumenta el sueldo del Jefe de la Sección de Hacienda y Rentas.

La referida Ordenanza 23, “por la cual se fija el personal de empleados del Departamento con sus respectivas asignaciones y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 1º —Sección de Hacienda y Rentas—, crea el cargo de Jefe de Sección, con una asignación mensual de \$ 160, entre otros.

El artículo 5º de la propia Ordenanza establece:

"Autorízase al Gobernador del Departamento para reorganizar el personal de sus dependencias, suprimiendo o refundiendo empleos o reduciendo la asignación de los existentes. Igual facultad corresponde al Contralor del Departamento dentro del personal de su dependencia."

La copia auténtica de la Ordenanza obra en autos.

Como es manifiesto, estos actos están perfectamente dentro de las atribuciones que a las Asambleas confieren las disposiciones de los artículos 186 de la Codificación Constitucional y 97 del Código de Régimen Político y Municipal.

Por su parte, la Gobernación del Departamento del Huila, con apoyo en la autorización que le fue otorgada por el artículo 5º de la Ordenanza 23, antes transcrito, dictó el Decreto número 113 ya aludido, que en copia auténtica se encuentra en el proceso, "por el cual se reorganiza el personal de algunas dependencias de la Gobernación". Dicho Decreto, en su artículo 1º —Sección de Hacienda y Rentas—, establece:

"Un Jefe de Sección, con \$ 210.00 mensuales...."

A primera vista se advierte que la autorización de la Asamblea al Gobernador, en ningún caso lo faculta para aumentar las asignaciones a aquellos empleos que la propia Ordenanza creó directamente, y a los cuales les fijó de modo expreso sus asignaciones. La autorización se contrae a la facultad de suprimir o refundir empleos o reducir la asignación de los existentes. Es decir, que cuando ocurra la fusión de empleos en uno solo la asignación no se modifica en el subsistente, pues no otra cosa quiere indicar la segunda parte de la disyuntiva. Refundir o reducir, excluyen el término aumentar.

De lo expuesto hay que concluir, que el Decreto acusado al aumentar la asignación del Jefe de Hacienda y Rentas, de \$ 160 que le fijó la Ordenanza, a \$ 210, sin autorización, contraria manifiesta y abiertamente la voluntad y las normas establecidas por ésta. Y por lo mismo, esa violación de la norma superior constituye un perjuicio notoriamente grave inferido al orden jurídico positivo, y en consecuencia, la demanda de suspensión del acto violador debe prosperar.

En tal virtud, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo apelado, de que se ha hecho mérito en esta providencia, proferido por el Tribunal Administrativo de Neiva, con fecha diez y ocho de julio del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gatlán—Antonio Escobar Camargo, Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Retiro de aviadores

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Como la propia ley lo autorizó para señalar en el decreto reglamentario las causales de retiro de los aviadores, el Gobierno, al determinar esas causas, no obra únicamente en ejercicio de la potestad reglamentaria, sino en virtud de la facultad especial que le otorgó el legislador.

Consejo de Estado—Bogotá, veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Pedro Alejo Rodríguez, ciudadano colombiano, mayor y vecino de esta ciudad, en ejercicio de la acción pública, demanda la declaratoria de nulidad de los siguientes pasajes del Decreto ejecutivo número 1706, de 9 de septiembre de 1940, así:

- “a) La parte del numeral 1º del artículo 1º, en donde a la causal de retiro, consistente en el llamamiento del Gobierno a calificar servicios, se agrega el requisito de ‘cuando el aviador ha efectuado dentro de los ocho años señalados en la ley, un minimum de dos mil quinientas (2.500) horas de vuelo’;
- “b) La parte del numeral 2º del artículo 1º, en donde a la causal de retiro, consistente en el llamamiento a calificar servicios por solicitud del aviador, se agrega el requisito de ‘cuando el peticionario ha efectuado dentro de dichos ocho años un minimum de tres mil (3.000) horas de vuelo,’ y
- “c) El párrafo del artículo 1º en su totalidad.”

Como hechos fundamentales el libelo expone:

“Primero. La Ley 6ª de 1936, que sólo del artículo 4º en adelante es de facultades extraordinarias, otorgó en su artículo 1º un derecho a pensión de retiro para los aviadores colombianos, militares o civiles, incorporados en el Ejército; y en materia de servicios fijó únicamente el haberlos prestado, en esa Fuerza, durante más de ocho años.

“Se encarga la misma Ley de hacer ver que en dicha parte no es de autorizaciones, cuando dispone que el retiro no se decretará sino por las causas que determine el Gobierno *en el decreto reglamentario*. Mal podría aludir el legislador a la potestad reglamentaria si su propósito hubiese sido revestir *pro tempore* al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias.

“Segundo. Por vía de reglamentación de la citada Ley 6ª, el Ejecutivo ha dictado el Decreto número 1706 de 1940, en cuyo artículo 1º determinó las causas del retiro de los aviadores, haciendo consistir la primera en el llamamiento puro y simple del Gobierno a calificar servicios, y la segunda, en el llamamiento del Gobierno a la calificación de servicios a solicitud del aviador.

“Pero ocurre que en ese punto del Decreto, dentro de las causas de retiro se involucró otro factor que la Ley de 1936 ni previó ni autorizó al Gobierno para establecerlo, y es el de un mínimo de vuelo tasado en

dos mil quinientas horas para la causal primera, y en tres mil respecto de la segunda.

“Tercero. En el párrafo del artículo 1º, con ambigüedad inaudita, el Decreto 1706 previene que ‘el retiro del aviador, fuera de las dos causales anteriores, no incluye el derecho a la pensión de retiro que establece el artículo 1º de la mencionada Ley 6ª’. No se sabe si esa peregrina fórmula sobre privación del derecho de los aviadores haga relación a las causales propiamente dichas del artículo 1º, esto es, a los retiros obligados o voluntarios que llegaren a verificarse sin llamamiento a calificar servicios, o a retiros sin cumplimiento del requisito ejecutivo de las horas de vuelo.”

El demandante señala como disposición violada por el Decreto acusado, el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936.

A la demanda se acompañaron debidamente autenticados sendos ejemplares de los números 23095 y 24460 del *Diario Oficial*, donde se hallan publicados la Ley 6ª de 1936 y el Decreto 1706 de 1940.

Admitida que fue la demanda y resuelto negativamente el incidente de suspensión provisional, en el término de alegatos el señor Fiscal emitió su concepto de fondo, en el cual opina que la demanda no puede prosperar.

Como ha llegado la oportunidad de pronunciar la correspondiente decisión final, a ello se procede previas las consideraciones que en seguida se exponen.

Como se ha visto, el demandante moteja de ilegal el Decreto 1706 de que se ha hablado en los pasajes que determina la demanda, por ser violador del artículo 1º de la Ley 6ª de 1936 y contrario a ella, pues en su concepto dicho Decreto, so pretexto de reglamentación de la Ley, la adiciona estableciendo cuestiones que escapan al radio de acción de la potestad reglamentaria que la Constitución confiere al Órgano Ejecutivo.

Por su parte, el señor Fiscal sostiene que el Decreto no está afectado de ilegalidad, pues en su sentir, se trata “de una autorización especial y expresa, de carácter ordinario, de aquellas que el Congreso puede conceder al Gobierno en virtud del numeral 8º del mismo artículo (artículo 69 de la Codificación Constitucional), ‘para ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.’”

El citado artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, se expresa así:

“Los colombianos que hayan servido a la República como aviadores militares o civiles durante un lapso mayor de ocho años, y que estén incorporados en el Ejército, tendrán derecho a una pensión de retiro igual al 80 por 100 del sueldo que estén devengando en el momento en que se les concede retiro, el cual no podrá decretarse sino por las causas que determine el Gobierno en el decreto reglamentario de esta Ley.”

Como es ostensible, la propia Ley expresamente autoriza al Gobierno para señalar las causales de retiro mediante el decreto reglamentario de la ley. De esta suerte, es claro de toda claridad, que el Gobierno al determinar las causas de retiro no obró únicamente en ejercicio de la potestad reglamentaria, sino en virtud de la facultad especial que le otorgó el legislador. Por lo demás, este procedimiento, como lo expresa el señor Fiscal, ha sido aceptado y puesto en práctica, no sólo por la legislación y la jurisprudencia francesa, sino que ya en Colombia existen también antecedentes del mismo género, aceptados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El Decreto gubernamental acusado se expresa así en su artículo 1º:

“Para que los aviadores a que se refiere el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936 puedan ser retirados por el Gobierno con derecho a la pensión de que allí se trata, se determina taxativamente cualquiera de las dos causas siguientes:

"1ª Llamamiento del Gobierno a calificar servicios, cuando el aviador ha efectuado dentro de los ocho años señalados en la ley, un minimum de dos mil quinientas (2.500) horas de vuelo.

"2ª Llamamiento del Gobierno, por solicitud del aviador, a calificar servicios, cuando el peticionario ha efectuado dentro de dichos ocho años un minimum de tres mil (3.000) horas de vuelo.

"Parágrafo. El retiro del aviador, fuera de las dos causales anteriores, no incluye el derecho a la pensión de retiro que establece el artículo 1º de la mencionada Ley 6ª".

Bien se advierte, que un aviador no puede obtener retiro con pensión mientras no haya cumplido los años de servicio que establece la ley, aun cuando tenga en su registro de horas de vuelo una cantidad mayor de la que requiere la disposición del Decreto. Pero esta ordenación estableció como causal de retiro con pensión por el desempeño de horas de vuelo dentro de los ocho años de servicio del aviador, un minimum determinado. De esta suerte; si se acepta, como es preciso aceptar, que el Gobierno podía legalmente señalar las causales de retiro, es lógico que el acto por medio del cual cumplió esa función, no puede estar afectado de ilegalidad. No puede decirse que sea contrario a la norma que expresamente lo autorizó, ya que para determinar esas causas de retiro no se le fijó ninguna limitación por la ley.

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

RESUELVE:

NO ES NULO el Decreto ejecutivo número 1706, de 9 de septiembre de 1940, reglamentario del artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, en los pasajes o puntos en que ha sido acusado mediante la demanda que ahora se resuelve.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

• Concepto de renta

Consejero ponente, doctor

GONZALO GAITAN

La renta, para el sujeto a quien se atribuye, debe ser algo real, percibido, capaz de aumentar su haber de modo efectivo. En un contrato gratuito, en que uno de los contratantes recibe beneficio o utilidad y el otro no, para el último no se ha producido una renta, como si se ha producido para el primero.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Ismael López Barbosa, mayor y vecino de esta ciudad, reclamó ante el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, de la liquidación del impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1939, que le fue hecha por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, por cuanto no se le dedujo la suma de \$ 600 a que tenía derecho como exención por dos hijos legítimos a su cargo.

El Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, en Resolución número R-1370-H de 1940 (septiembre 10), aceptó la solicitud formulada por el contribuyente doctor López, pero rehizo o rectificó además la liquidación efectuando un estimativo del arrendamiento de la casa de la carrera 9ª, número 23-30, cedida por el reclamante a uno de sus hijos para habitarla gratuitamente. Para tal fin, el Jefe de Rentas tomó como base la suma de \$ 70, por la cual había estado arrendada la casa con anterioridad. De esta suerte, la liquidación nueva arrojó un exceso sobre la anterior, de \$ 4.23, que el Jefe de Rentas ordenó cobrarle al contribuyente doctor López.

De la nombrada Resolución 1370, el doctor López recurrió en reposición, pero este recurso, que fue resuelto por la número R-1685-H, de 31 de octubre de 1940, fracasó.

Así las cosas, el doctor Ismael López, en libelo presentado el 14 de noviembre último, y corregido por el de fecha 19 del propio mes, demandó ante el Tribunal Administrativo de esta ciudad, la nulidad de las ya mencionadas Resoluciones del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, números R-1370-H y R-1685-H, de 10 de septiembre y 31 de octubre de 1940, respectivamente, en cuanto por ellas dice el demandante—“el señor Jefe de Rentas resolvió, sin base legal, que yo debo pagar impuesto de renta sobre la suma de \$ 666.33, que yo no recibí... puesto que, según documento que presenté con mi declaración de renta, la casita número 23-30 de la carrera 9ª, a la que el Jefe de Rentas atribuye esa suma como valor de arrendamientos, puesto que esa casita la cedí gratuitamente a mi hijo Herman B. López para vivir con su esposa Mrs. Ruth Downs de López y sus dos pequeños hijos Víctor y Eduardo.”

Al proceso se trajeron sendos ejemplares de las resoluciones acusadas, los dos memoriales dirigidos por el doctor López al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, de fechas 26 de agosto y 10 de octubre de 1940, el documento suscrito por Herman B. López y su esposa Ruth de López el 20 de marzo de 1939, el aviso de la liquidación del impuesto sobre la

renta y patrimonio dirigido por la Administración Nacional de Hacienda al doctor López, correspondiente a 1939, y el recibo del pago del impuesto sobre la renta en lo relativo al exceso que arrojó la nueva liquidación.

La demanda fue admitida, y surtidos los trámites competentes del juicio en la primera instancia, el Tribunal *a quo*, en sentencia de fecha 18 de marzo postrero, negó las declaraciones impetradas en la demanda. Contra ese fallo el actor interpuso apelación, y por virtud de ello vino el proceso al Consejo de Estado. Agotada como se halla aquí la tramitación del recurso, se procede a resolver.

Está aceptado, y ello no ha sido materia de discusión, que el doctor Ismael López, en virtud del contrato que consta en el documento fechado en esta ciudad el 20 de marzo de 1939, dio a su hijo Herman B. López y a la esposa de éste, Mrs. Ruth de López, la casa número 23-30 de la carrera 9ª para habitarla gratuitamente, con obligación para los habitantes de hacer los gastos por mejoras o reparaciones necesarias en la casa, sin derecho a exigir indemnización por ellas al doctor López.

Toda la cuestión está en definir si la posibilidad de que la casa produjera renta efectiva para su dueño el doctor López, debe considerarse o no como objeto gravable para efectos del impuesto sobre la renta. Porque si se resuelve que es materia de imposición conforme a la ley, la tesis del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales y la del Tribunal *a quo* y su Fiscal, deben prevalecer, y como consecuencia, también las resoluciones acusadas, y el fallo que se revisa en grado de apelación. Pero si se llega a la conclusión contraria, las pretensiones del actor deben ser acogidas, y en consecuencia, deben caer la sentencia apelada y las resoluciones del Jefe de Rentas.

Tanto el señor Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales como el Tribunal *a quo* y su Fiscal, sostienen que lo hecho por el contribuyente doctor Ismael López al dar la casa a su hijo para habitarla, equivale a una donación del valor de los arrendamientos, y que ésta no se halla exenta del impuesto sobre la renta.

Por su parte, el señor Fiscal de esta corporación conceptúa que el problema ha sido resuelto erróneamente, pues el contrato gratuito que el demandante doctor López tiene celebrado con su hijo respecto de la casa de que se viene hablando, no ha sido fuente de ningún ingreso que lo haya hecho más rico, faltando, por consiguiente, la característica de la renta para que sea gravable, que es su realización. Por lo mismo, opina que debe revocarse la sentencia apelada para rehacer la liquidación sin tomar en cuenta el aumento por el valor de los arrendamientos de la mencionada casa.

En primer lugar, se debe tener presente que el concepto de renta en sentido genérico es todo beneficio o utilidad provenientes ya sea del ejercicio de una actividad personal o de un bien material. Así, pues, la renta para el sujeto a quien se atribuye, debe ser algo real, percibido, capaz de aumentar su haber de modo efectivo. De esta suerte, en un contrato gratuito en que uno de los contratantes recibe el beneficio o utilidad y el otro nó, es claro que para el último no se ha producido una renta como si se ha producido para el primero, desde luego que no ha habido reciprocidad de beneficios o utilidades; v. gr., un profesional que resuelve no cobrar por sus servicios, un dueño que da en comodato sus muebles o semovientes que antes arrendaba, o que gratuitamente constituye un derecho de uso o habitación sobre un inmueble que también arrendaba, no obtienen una renta. En cambio, si la obtienen los beneficiados.

Estos conceptos están de acuerdo con el que la ley colombiana ha adoptado como norma para gravar la renta de los ciudadanos. Según él, es condición para que las operaciones o actividades de éstos sean materia de imposición, que se lleven a cabo con miras de lucro; y que

cuando en realidad haya provento, la renta que éste constituye sea *recibida* por el contribuyente dentro del año gravable.

En efecto, el artículo 19 de la Ley 78 de 1935 se expresa así:

“El artículo 19 de la Ley 81 de 1931 quedará así:

‘1º La renta líquida es la renta bruta del contribuyente, menos las deducciones concedidas por esta Ley.

‘La renta bruta comprende ganancias, beneficios y rentas provenientes de salarios, jornales o compensaciones por servicios personales de cualquier clase pagados en cualquier forma, o de profesiones, oficios, ocupaciones, negocios, comercio, o de ventas o transacciones sobre propiedades raíces o muebles, así como también de intereses, arrendamientos, dividendos, seguridades u operaciones de cualquier clase de negocios, llevados a cabo con miras de lucro, y las rentas provenientes de cualesquiera fuentes, con inclusión de ganancias, beneficios o rentas que provengan de capitales que hayan ingresado al patrimonio del contribuyente a título de donaciones, herencias, legados, fideicomisos, loterías o rifas, ya sea que se hayan recibido cuotas distribuidas o por distribuir. El monto de tales cantidades será incluido en la renta bruta correspondiente al año gravable en que sean recibidas por el contribuyente.’”

Según la letra de esta disposición, es preciso también no confundir el impuesto de donaciones con el impuesto sobre la renta, que puedan afectar el objeto de la donación. El segundo es de cargo del donatario, quien recibe la utilidad o beneficio, para quien puede constituir renta la donación, ya mediata ya inmediatamente. Pero en todo caso, es preciso que la renta se *reciba* por el contribuyente.

En la ocurrencia de autos, el doctor Ismael López dio gratuitamente su casa al hijo para que la habitara con su familia y dejó de percibir arrendamientos; vale decir, dejó de recibir renta. Falta, por consiguiente, por este aspecto, uno de los elementos que la ley señala como condiciones para que haya renta, como es el de que se *reciba* por el contribuyente un beneficio o utilidad. Por otra parte, en relación con el doctor Ismael López, el negocio sobre la casa con su hijo Herman, no lo hizo o *no lo llevó a cabo con miras de lucro*. Por tanto, según la expresión manifiesta de la ley, tan poco puede ser gravada su operación con el impuesto sobre la renta.

Finalmente, es ostensible que el impuesto sobre la renta que pueda pesar sobre el valor de los arrendamientos de la casa habitada por el señor Herman B. López y su familia, no puede afectar a quien no recibió la utilidad o beneficio, o sea al dueño doctor Ismael López, sino a lo sumo a quien recibió el beneficio, que fue para quien pudo constituir renta el hecho de habitarla. De lo contrario, si este último hubiera de denunciar la renta, se daría el caso inaceptable de una doble imposición; a él por haber sido a quien benefició la renta de la casa; y al dueño doctor López por haber cedido el derecho de habitarla aun cuando no recibió renta.

De otro lado, si se trata de una donación del derecho de habitar la casa, es claro que una cosa es el impuesto de donaciones y otra bien distinta el impuesto sobre la renta, que para el beneficiado pueda ocasionar el objeto de la donación, o sean los arrendamientos que la ley obliga a estimar de la casa en que se habita.

Por lo demás, como lo observa el señor Fiscal, las reparaciones que el señor Herman B. López se obligó a efectuar en la casa sin derecho a exigir al doctor Ismael López indemnización, no constituyen renta para ésta, desde luego que la misma ley permite deducirlas. Y si de mejoras se trata, entonces éstas no se reputarían como renta gravable sino cuando se estableciera que el habitador incorporó realmente el respectivo valor como compensación. Pero de este evento no se trata ahora.

Y no se diga que con lo que aquí se ha expuesto, se abre el camino al fraude por la posibilidad de que se simulen actos o contratos semejantes al que se ha contemplado, porque las Administraciones de Hacienda Nacional disponen de amplios medios de investigación y de control.

En tal virtud, 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, REVOCA la sentencia apelada, de que se ha hecho mérito en este fallo, proferida por el Tribunal Administrativo de Bogotá, con fecha diez y ocho de marzo último, y en su lugar

RESUELVE:

1º SON NULAS las Resoluciones del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales distinguidas con los números R-1370-H y R-1685-H, de 10 de septiembre y 31 de octubre de 1940, respectivamente, en cuanto por ellas se rectificó o rehizo la liquidación del impuesto sobre la renta, correspondiente al año de 1939, que grava al doctor Ismael López Barbosa, hecha por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, tomando en cuenta el valor de los arrendamientos que a razón de \$ 70 mensuales produjera la casa de propiedad del contribuyente marcada con el número 23-30 de la carrera 9ª de esta ciudad, en el tiempo en que gratuitamente la dio a su hijo Herman B. López para que la habitara con su familia, o sea desde el 20 de marzo de 1939 hasta finalizar dicho año.

2º La liquidación queda así:

Renta.

La declarada	\$	24.398.01	
Suma la renta	\$	24.398.01	
Menos: deducciones solicitadas	\$	2.198.69	
Exenciones		1.800.00	3.998.69
Renta gravable	\$		20.399.32

Patrimonio.

El determinado como gravable en primera instancia..	\$	242.257.26	
Impuesto sobre la renta	\$	786.96	
Impuesto patrimonio			751.29
Suma el impuesto	\$		1.538.25
Pagó	\$	1.627.97	
Debe devolversele		89.72	
Sumas iguales	\$	1.538.25	1.538.25

3º Como consecuencia de la liquidación hecha en el numeral anterior por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, debe devolversele al contribuyente doctor Ismael López Barbosa la cantidad de ochenta y nueve pesos con setenta y dos centavos (\$ 89.72), que pagó de exceso por su impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1939.

4º Queda así resuelto el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo.
Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Funciones de los Contralores

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Es inconstitucional e ilegal una ordenanza que disponga que el Contralor Departamental no apruebe los acuerdos de gastos que expida la Gobernación, mientras no se haya incluido en el acuerdo determinado gasto y girándose las cuotas correspondientes. Semejante disposición invierte al Contralor de atribuciones que, conforme a la Constitución y a las leyes, corresponden a los Gobernadores. La técnica, además, contraindica que deba darse a los Contralores una atribución que los convertiría de fiscalizadores en administradores.

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

El señor Fiscal del Tribunal Administrativo de Neiva, en libelo presentado ante dicho Tribunal el 26 de julio postrero, demanda la nulidad del artículo 29 de la Ordenanza número 6 de 1941, expedida por la Asamblea del Departamento del Huila en sus sesiones ordinarias, y la suspensión provisional del mismo artículo.

El Tribunal, en providencia de 11 de agosto último, negó la suspensión provisional demandada. Contra esa decisión, el señor Fiscal interpuso apelación, y por virtud de ello vino el proceso al Consejo de Estado. Como es oportuno, se procede a resolver.

El ordinal d) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913 autoriza la suspensión provisional de los actos denunciados, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.

La jurisprudencia administrativa ha adoptado como doctrina que ese perjuicio de que habla la ley en la disposición citada, puede considerarse en relación con los intereses de particulares o bien con los de la moral y de la ley. De otra parte, ha de aparecer en forma ostensible y manifiesta, de suerte que para notarlo sea suficiente la sola presentación del asunto sin que sean necesarios profundos razonamientos o disquisiciones que se requerirían para sostener un fallo de fondo. De esta suerte, cuando del acto acusado no aparezca una violación o contradicción ostensible y manifiesta de la ley o en general de normas superiores, no podrá sostenerse que causa un perjuicio notoriamente grave al orden jurídico, o a los intereses particulares si en la misma forma no se advierte un agravio a éstos.

En el caso presente, se hace a la disposición acusada el cargo de que viola el artículo 51 de la Ley 89 de 1888, el Decreto ejecutivo nacional número 429 de 20 de enero de 1893, 491 de 3 de junio de 1904 y el artículo 110 del Código de Régimen Político y Municipal.

La Ordenanza número 6 citada, en su artículo 1º, concede un auxilio de \$ 5.000 para la terminación de la carretera Altamira-Tarqui, suma que se ordena incluir en la próxima vigencia.

El artículo 2º *ibidem*, que es el acusado, es del tenor siguiente:

"El auxilio de que trata esta Ordenanza será pagado por el Departamento al Tesoro Municipal de Tarqui, en cuotas de quinientos pesos (\$ 500) mensuales, a partir del mes de julio próximo en adelante. El Contralor Departamental no aprobará los acuerdos de gastos mientras este artículo no se cumpla y las cuotas no se hayan girado conforme aquí se determina."

Sostiene la demanda que al establecer esta disposición que el Contralor no aprobará los acuerdos de gastos mientras aquella no se cumpla, establece una preferencia en las órdenes de pago que debe hacer la Administración Pública, con lo cual, en su concepto, se violan el artículo 51 de la Ley 89 de 1888, que manda que "las cantidades que las Asambleas y los Concejos Municipales destinen al sostenimiento de la instrucción pública, *deberán ser pagados de preferencia* a cualquier otra erogación del Tesoro respectivo", y los Decretos ejecutivos ya citados, que consagran la misma disposición.

Es claro, como lo observa el Tribunal *a quo*, que no puede sostenerse que en la disposición acusada aparezca de manifiesto una violación de aquella norma legal, que cause un perjuicio notoriamente grave al orden jurídico. En efecto, tal disposición no establece explícitamente un orden de prelación o preferencia conforme al cual deba cumplirse el renglón presupuestal que implica. Lo que ordena es que no se apruebe por el Contralor el acuerdo de gastos si no se incluye tal renglón y se giran las partidas correspondientes. Pero si se diera el caso extremo de que en el Tesoro no hubiera más dinero que el indispensable para atender a ese gasto, esto tampoco impondría necesariamente la preferencia sobre otros privilegiados por la ley. Lo que ocurriría si, al no aprobarse por el Contralor los acuerdos de gastos, es que se dejaría a la Gobernación sin modo de cumplir la obligación que le impone el artículo 51 de dicha Ley 89, de pagar preferentemente las sumas necesarias para el sostenimiento de la instrucción pública, y aun de cualesquiera otros servicios.

Pero hay que tener en cuenta que el demandante acusa también la Ordenanza por violación del artículo 110 de la Ley 4ª de 1913, que declara nula toda ordenanza contraria a la Constitución y a las leyes, y encuentra esta violación en el artículo 2º en cuanto dispone que el Contralor Departamental no aprobará los acuerdos de gastos en general mientras tal artículo no se cumpla.

Esta disposición viola el ordinal 2º del artículo 192 de la Codificación Constitucional (artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910), que atribuye al Gobernador el dirigir la acción administrativa en el Departamento, dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración, así como el ordinal 3º del artículo 54 del mismo Acto legislativo número 3 (artículo 186 de la Codificación), que atribuye a las Asambleas el organizar las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos y nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes, sin que la Constitución hable de que los Contralores puedan ejercer funciones distintas de las correspondientes a un Contador o Tribunal de Cuentas.

En concordancia con estos preceptos, dispone el artículo 123 del Código de Régimen Político y Municipal que en cada Departamento habrá un Gobernador, que será Jefe de la Administración seccional y Agente del Poder Ejecutivo, y el 127 de la misma obra, que son atribuciones de los Gobernadores: cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento, la Constitución, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos municipales y las órdenes del Gobierno, y dirigir la acción administrativa en el Departamento, dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración.

Resulta así inconstitucional o ilegal toda ordenanza que disponga que el Contralor Departamental no apruebe los acuerdos de gastos que expida la Gobernación mientras no se haya incluido en el acuerdo respectivo determinado gasto y girádose las cuotas correspondientes, porque con semejante disposición se inviste al Contralor de atribuciones que conforme a la Constitución y a las leyes corresponden a los Gobernadores, como son las de dirigir la acción administrativa de los Departamentos y de cumplir y hacer que se cumplan las ordenanzas, acordando los gastos que deben hacerse cada mes y ordenando la ejecución de las obras o pago de auxilios, como sucede en el caso contemplado.

No hay ninguna disposición de orden constitucional o legal que requiera la aprobación del Contralor para que la Gobernación pueda acordar los gastos que deban hacerse, y antes bien, la técnica contraindica que tal atribución deba darse a los Contralores, porque entonces se convertirían en administradores y no en funcionarios encargados de fiscalizar la Administración.

Aun tratándose de la Contraloría General de la República, la Ley 42 de 1923 y el Decreto-ley número 911 de 1932, que modificó aquella, no le dan al Contralor General facultad para aprobar o improbar los acuerdos de gastos que expida el Gobierno, y sus funciones son: las de llevar las cuentas generales de la Nación, prescribir los métodos de contabilidad y manera de rendir los informes financieros, vigilar y procurar por todos los medios adecuados la recaudación y efectividad de las deudas a favor del Estado, etcétera, es decir, medidas todas de fiscalización, pero no de administración.

Sería inadmisibles que los Contralores Departamentales, cuya creación ha autorizado la Constitución como simples contadores, según ya se vio, pudieran tener atribuciones mayores que las concedidas por la ley a la Contraloría General de la República, sin que esas atribuciones derivaran de una autorización legal sino de una ordenanza, autorización que, por otra parte, no podría darse con menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los Gobernadores.

Por lo expuesto, se revoca el auto apelado y en su lugar se decreta la suspensión provisional del artículo 29 de la Ordenanza número 6 de 1941, expedida por la Asamblea Departamental del Huila.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Acción de restablecimiento

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

La acción de restablecimiento del derecho violado debe intentarse como consecuencia de la contencioso-administrativa, y es preciso, además, que se haya ejercitado la acción privada. En el caso de reclamarse el restablecimiento del derecho mediante un nuevo juicio, éste no podría ya ventilarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ante la justicia ordinaria.

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

El doctor Oswaldo Rengifo, hablando como apoderado de los señores Avelino Paz, Jesús María Correa G., Daniel Vinasco, Ramón Rodríguez, Arturo Franco, Rafael Giraldo y Angel María Arciniegas, mayores y vecinos de Popayán, en libelo presentado al Tribunal Administrativo de dicha ciudad, en ejercicio de la acción privada, pide que se hagan las siguientes declaraciones:

“Primera. El Departamento del Cauca está obligado a reintegrar el exceso cobrado de impuesto de tabaco a los ciudadanos que se mencionan en seguida y que no tenía derecho a exigir, así:

- “a) A Jesús Correa, comerciante de Puerto Tejada, ochocientos ocho pesos noventa y dos centavos (\$ 808.92).
- “b) A Ramón Rodríguez, comerciante de Puerto Tejada, ochenta y cinco pesos doce centavos (\$ 85.12).
- “c) A Daniel Vinasco, comerciante de Puerto Tejada, cuatrocientos treinta y cinco pesos setenta y cuatro centavos (\$ 435.74).
- “d) A Arturo Franco, comerciante de Puerto Tejada, sesenta y dos pesos seis centavos (\$ 62.06).
- “e) A Rafael Giraldo ciento setenta y siete pesos sesenta y seis centavos (\$ 177.66), es comerciante de Puerto Tejada.
- “f) A Angel María Arciniegas, comerciante de Puerto Tejada, ciento ocho pesos con sesenta y cuatro centavos (\$ 108.64).
- “g) A Avelino Paz, comerciante de Popayán, ciento setenta y dos pesos noventa centavos (\$ 172.90).

“Segunda. Las sumas mencionadas deberán ser pagadas por el Departamento a las personas citadas seis días después de ejecutoriada la sentencia que así lo ordene.”

Como hechos fundamentales el libelo expone:

- “1) La Asamblea del Cauca, de 1938, ejercitando facultades constitucionales y legales, expidió la Ordenanza 48 de ese año, y ‘por la cual se dictan algunas disposiciones sobre la renta de tabaco.’
- “2) Esa Ordenanza fija en los numerales c) y h) del artículo primero la manera como debe cobrarse el impuesto sobre ciertas especies de tabaco. En efecto, fija para el kilogramo de ciga-

rrillos cuyo precio de venta por cajetilla sea de siete centavos hasta quince un impuesto de un peso con ochenta centavos (\$ 1.80), y, para el kilogramo de tabaco cuyo precio exceda de un peso con veinte centavos (\$ 1.20), un impuesto de un peso con treinta centavos (\$ 1.30).

- "3) El artículo 46 de la Ordenanza citada autorizaba a la Gobernación para bajar y subir las tarifas de impuesto sobre el tabaco.
- "4) Ejercitando esta facultad el Gobierno Departamental dictó el Decreto número 13, de 5 de enero de 1939, estableciendo en los numerales c) y g) tarifas distintas para las especies de tabacos mencionadas, así: c) Cigarrillos cuyo precio de venta por cada cajetilla sea de seis centavos, sin exceder de quince centavos, dos pesos (\$ 2.00) el kilogramo.... g) Cigarros cuyo precio exceda de un peso con veinte centavos (\$ 1.20) el ciento, un peso con cincuenta centavos (\$ 1.50) el kilogramo.
- "5) El artículo 46 de la Ordenanza 48 de 1938 y los numerales c) y g) del Decreto 13, de enero 5 de 1939, fueron anulados por el Tribunal Contencioso Administrativo de Popayán en sentencia de 30 de septiembre de 1939, teniendo por tanto vigencia de nueve meses, es decir, de enero de 1939 a septiembre del mismo año.
- "6) Durante el tiempo antes citado, es decir, durante los nueve meses de vigencia del Decreto se cobró un exceso de impuesto, así:
"En el kilogramo de cigarrillos cuyo precio sea de seis centavos hasta quince, veinte centavos, y en el kilogramo de cigarros cuyo precio de venta exceda de un peso veinte centavos el ciento, veinte centavos por kilogramo.
- "7) Todos los expendedores de tabaco en cigarros y cigarrillos, de las condiciones aludidas debieron pagar ese exceso de impuesto y mis mandantes lo hicieron así:
(Aquí los demandantes, por medio de su apoderado, hacen relación pormenorizada del tabaco que introdujeron y del impuesto que pagaron, con detalle del exceso. (Folios 6 y 7).
- "8) Las anteriores deducciones se desprenden de los certificados expedidos por la Contraloría Departamental y en los cuales constan las cantidades de cigarros y cigarrillos introducidos en kilogramos y las sumas de dinero cobradas de conformidad con el Decreto número 13, de 5 de enero de 1939, y que fue anulado por sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- "9) Como esos impuestos fueron cobrados en forma ilegal, puesto que no había fundamento para ello, y los contribuyentes lo pagaron, asiste a éstos un derecho para solicitar el reintegro de las cantidades pagadas en exceso."

En derecho se funda la acción en los artículos 89, 90 y 91 de la Ley 130 de 1913, en concordancia con los artículos 54 a 63 *ibidem*, 4º de la Ley 85 de 1935, 14 de la Ley 25 de 1928, y demás disposiciones legales y constitucionales pertinentes.

La demanda fue admitida, y surtidos los trámites procedimentales de la primera instancia, el Tribunal *a quo* pronunció fallo definitivo el 19 de mayo postrero, por el cual negó las peticiones primera y segunda de la demanda, que fueron el objeto de la sentencia. Contra ésta, la parte demandante interpuso apelación, y por virtud de ello vino el proceso al Consejo de Estado. Agotada como se halla la tramitación peculiar de la segunda instancia, se procede a resolver.

Al examinar este proceso, bien pronto se advierte que él adolece de algunos defectos, de los cuales basta citar uno fundamental que por sí sólo es capaz de ocasionar el fracaso definitivo.

Tal defecto consiste en la inconducencia de las acciones propuestas por la falta de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de ellas.

En efecto, conforme al artículo 19 de la Ley 130 de 1913, que determina los fines primordiales de la jurisdicción contencioso-administrativa, ésta tiene por objeto "la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley." Bien claro se advierte, de la simple lectura de las peticiones de la demanda, que mediante ésta no se persigue la revisión de ningún acto administrativo. En ella sólo se impetra la declaración de obligaciones a cargo del Departamento del Cauca y en favor de los demandantes. Por consiguiente, la materia del litigio que se mueve, no cae bajo la jurisdicción contencioso-administrativa sino que pertenece al dominio de la justicia ordinaria, que es la encargada de reconocer los derechos e imponer las obligaciones correlativas de carácter patrimonial.

Verdad es que, según el artículo 49 de la Ley 80 de 1935, en los asuntos contencioso-administrativos, cuando se ejercite la acción privada, las autoridades respectivas deberán determinar con precisión la manera como "deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso, y siempre que así se haya solicitado." Empero, es manifiesto que la acción de restablecimiento del derecho violado debe intentarse como consecuencia de la contencioso-administrativa, y es preciso además, que se haya ejercitado la acción privada. Este procedimiento que autoriza la ley, está muy puesto en razón y es un desarrollo y aplicación del conocido y acertado principio de la economía procesal que tiende a obtener el máximo del reconocimiento del equilibrio jurídico-patrimonial con el mínimo de costo y de procesos. Este principio se ve igualmente admitido y aplicado en el proceso penal, donde se acepta el ejercicio de la acción civil en orden a la reparación del daño patrimonial ocasionado por el delito. Pero así como debe ejercitarse la acción civil ante la justicia ordinaria cuando no se ejerció en el proceso penal, debe aplicarse la misma regla cuando en el proceso contencioso-administrativo no se ejerció o no pudo ejercitarse la acción privada para el restablecimiento del derecho privado vulnerado. Como es obvio, debiéndose iniciar entonces un nuevo juicio para el solo efecto del restablecimiento del derecho privado, que es función propia de la justicia ordinaria, sería desde todo punto de vista injurídico y descaminado, dejar de lado las normas comunes y adecuadas establecidas por la ley, para tomar en su lugar un procedimiento inusitado y no autorizado por aquélla.

En la ocurrencia presente, según aparece de la copia de la sentencia de 30 de septiembre de 1939, proferida por el mismo Tribunal Administrativo de Popayán, documento traído al proceso, fue declarada la nulidad de la Ordenanza y del Decreto en la parte a que se refería la demanda, o sea en lo relativo a los impuestos de que habla el libelo que dio origen a este juicio. Pero en el proceso respectivo no se ejerció la acción privada, y por ello no hubo lugar a que por la jurisdicción contencioso-administrativa se proveyera al restablecimiento del derecho que hubiera sido violado a los particulares. Así, pues, en consonancia con lo expuesto antes, en el caso de reclamar luego, como al efecto se ha intentado, el restablecimiento del derecho privado, mediante un nuevo juicio, éste no podía ya ventilarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa sino ante la justicia ordinaria.

En consecuencia, el Tribunal *a quo* era incompetente para conocer de la demanda. Por lo mismo, su fallo, que fue negativo, debe mantenerse, pero no por las razones que en él se expresan sino por las que aquí

se han expuesto. Dedúcese igualmente de lo dicho, que no hay lugar en este fallo a estudiar en el fondo las peticiones de la demanda.

En tal virtud, el Consejo de Estado, oído el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de que se ha hecho mérito en este fallo, proferida por el Tribunal Administrativo de Popayán el 19 de mayo del año en curso.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo. Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Diógenes Sepúlveda Mejía—Con salvamento de voto, Gustavo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

El estar mal intentada la demanda, en que se solicita la devolución de una suma que se cobró por razón de un impuesto, porque ha debido pedirse la nulidad del acto administrativo que ordenó cobrarlo, no significa que la competencia sea de la justicia ordinaria. La sentencia ha debido concluir negando las peticiones del actor, porque pidió como principal la reposición del derecho, siendo ella una consecuencia de la nulidad del acto.

Con mucho respeto me aparto de la parte motiva como de la resolutive de la sentencia anterior, por las consideraciones siguientes:

Dice el fallo:

“Bien claro se advierte, de la simple lectura de las peticiones de la demanda, que mediante ésta no se persigue la revisión de ningún acto administrativo. En ella sólo se impetra la declaración de obligaciones a cargo del Departamento del Cauca y en favor de los demandantes. Por consiguiente, la materia del litigio que se mueve, no cae bajo la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que pertenece al dominio de la justicia ordinaria, que es la encargada de reconocer los derechos e imponer las obligaciones correlativas de carácter patrimonial.

“Verdad es que según el artículo 4º de la Ley 80 de 1935, en los asuntos contencioso-administrativos, cuando se ejercite la acción privada, las autoridades respectivas deberán determinar con precisión la manera como ‘deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso, y siempre que así se haya solicitado.’ Empero, es manifiesto que la acción de restablecimiento del derecho violado debe intentarse como consecuencia de la contencioso-administrativa, y es preciso además, que se haya ejercitado la acción privada.”

Según esta transcripción que expresa una consecuencia de la revisión de la actividad administrativa, o sea reponer el derecho, la acción cambia de naturaleza, según la forma como se ejercite, ya sea en la misma demanda o en otro acto separado.

El derecho a que se devuelva una suma que se cobró por razón de un impuesto, tiene estas etapas:

1º Debe existir una regla objetiva que autorizó el cobro del impuesto, como la ordenanza en este caso; si se pide la nulidad de esta regla objetiva no cabe la reposición del derecho, porque ahí no hay contencioso de plena jurisdicción, sino de anulación, puesto que la plena jurisdicción hace relación a la violación del derecho subjetivo. En el caso que se estudia, en la demanda para la nulidad de la ordenanza se pidió la reposición del derecho, y naturalmente le fue negada tal reposición.

2º Nulidad del acto administrativo por medio del cual se realizó la regla objetiva dada en la ordenanza: la liquidación del impuesto para proceder a cobrarlo.

3º Como consecuencia de la nulidad de ese acto, que si lesiona el derecho subjetivo, la reposición del derecho, es decir, que se devuelva lo que se pagó.

En este caso especial ha sucedido lo siguiente: se demandó primero la nulidad de la ordenanza, regla que no puede herir el derecho de persona alguna en particular, sino al aplicarla. Se decretó la nulidad; y ahora, en otro juicio, se pide que se devuelva lo que se cobró por exceso por haber aplicado durante nueve meses la ordenanza sobre impuesto de tabaco que se declaró nula.

Es verdad que la demanda está mal intentada porque ha debido pedirse la nulidad del acto administrativo que ordenó cobrar determinadas cantidades, pero esto no quiere decir que la competencia sea de la Corte Suprema; la sentencia ha debido concluir negando las peticiones del actor porque pidió como principal la reposición del derecho, siendo ésta una consecuencia de la nulidad del acto que afectó el derecho subjetivo.

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

Gastos no deducibles

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Cuando el que recibe dinero en compensación de servicios no es gravable en Colombia, la deducción de la renta bruta del que paga no procede, porque el Estado dejaría de percibir un tributo a que tiene derecho. Esta doctrina ha sido aceptada en varios fallos del Consejo, con base en lo dispuesto en el ordinal 5° del artículo 76 del Decreto 818 de 1936.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

En virtud de apelación legalmente interpuesta y concedida procede el Consejo a revisar la sentencia de 6 de septiembre del pasado año, proferida por el Tribunal Administrativo de esta ciudad, y por medio de la cual se negaron las peticiones de la demanda que el doctor Manuel A. Alvarado, en nombre del Banco Francés e Italiano, inició sobre nulidad de las Resoluciones números R-286-H de 24 de marzo, y R-1500-H de 16 de noviembre, ambas del año de 1939.

Tres son las peticiones de la demanda, a saber:

“1º Que la cantidad de \$ 10.944,05, correspondiente a la pérdida que el Banco registró en el año de 1937, en la venta de bonos de deuda interna, es deducible de la renta bruta correspondiente al mencionado año;

“2º Que la cantidad de \$ 1.549,72 correspondiente a cancelación de deudas sin valor, cancelación que el Banco hizo en el propio año de 1937, es también deducible de su renta bruta;

“3º Que igualmente es deducible de la renta bruta del Banco, correspondiente al año de 1937, la partida de \$ 11.467,87, pagada por concepto de gastos de administración a la casa matriz de París, en el mencionado año de 1937.”

Como consecuencia de los pedimentos anteriores, que son los sustanciales, solicita el demandante que se practique una nueva liquidación y se le devuelva a la entidad que representa la suma de cuatro mil sesenta y tres pesos ochenta y cuatro centavos (\$ 4.063,84), o sea la diferencia entre la suma pagada por razón del impuesto y la que en concepto del demandante está obligado a pagar legalmente.

Los hechos en que se sustenta el derecho invocado se hallan expuestos así en el libelo:

“1º Dentro del giro ordinario de los negocios del Banco representado por mí, está la venta de títulos de crédito;

“2º En el año de 1937 el Banco registró una pérdida en venta de bonos de deuda interna, de \$ 10.944,05, pérdida que fue declarada como deducción de la renta bruta, por haberse sufrido en operaciones que constituyen negocio del Banco, y que la Jefatura de Rentas ha rechazado por considerar que la venta de títulos de crédito no está dentro del giro ordinario de los negocios del Banco, y que, por tanto, se trata de una pérdida de capital;

"3º En el año de 1936 el Banco en vez de pérdida registró una utilidad en esta misma clase de operaciones, utilidad que la Administración de Hacienda de Cundinamarca gravó como renta, negándose a aceptarla como deducción, por considerar que esta clase de operaciones estaban dentro del giro ordinario de los negocios del Banco;

"4º El Banco aceptó este punto de vista por ser legal, y pagó en consecuencia el impuesto correspondiente para 1936;

"5º En el año de 1937 el Banco canceló en sus libros deudas sin valor por valor de \$ 1.549.72, habiendo dada (sic) una explicación satisfactoria tanto a la Superintendencia Bancaria como a la Jefatura de Rentas Nacionales, sobre el descargo de tales deudas, lo que vale decir que justificó ese descargo;

"6º En el propio año de 1937 el Banco pagó a su casa matriz de París, por concepto de gastos de administración, la suma de \$ 11.467,87, habiendo indicado en su declaración el monto del pago y el nombre de la entidad que lo recibió;

"7º La casa matriz de París, que recibió el pago mencionado en el punto anterior, es una sociedad extranjera no domiciliada, pero que tiene representante legal en el país, y por conducto de ese representante legal formuló su respectiva declaración de renta y patrimonio correspondiente al mismo año de 1937, y en tal informe de renta y patrimonio declaró haber percibido de su sucursal en Bogotá, o sea, de la entidad representada por mí, los \$ 11.467,87, por concepto de gastos de administración y dirección;

"8º Los gastos de administración de que se viene tratando, pagados a la casa matriz del Banco que represento, en el año gravable de 1937, constituyen expensas ordinarias del negocio de este último, en Colombia, y

"9º La misma casa matriz, por conducto de su representante legal, declaró también como renta recibida en 1936, la suma de \$ 11.591,25, y en 1938 \$ 8.600,00, sumas que le fueron pagadas en esos años por su sucursal de Bogotá, por concepto de gastos de administración, y sobre esas sumas se le impuso gravamen y pagó impuesto."

Petición primera.

Dice el artículo 10 de la Ley 57 de 1931:

"Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con esta Ley, tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:.... 7º Comprar, poseer y vender toda clase de obligaciones que devenguen intereses, emitidas por el Gobierno de Colombia, por los Departamentos o por los Municipios, pero no podrá comprar tales obligaciones cuando los intereses de amortización de ellas estén atrasados;..."

Por manera que el Banco demandante está autorizado legalmente para negociar con bonos de deuda interna, salvo la limitación impuesta en la parte final del ordinal transcrito.

El artículo 40 del Decreto 818 de 1936 se expresa:

"Para los efectos del numeral 2º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, se considera que una persona natural o jurídica tiene el negocio de comprar, vender, cambiar o disponer de otra manera de papeles de crédito, cuando por sí o por medio de comisionistas compre *habitualmente* (se subraya) esa clase de papeles para venderlos a clientes o permutarlos con ellos con la mira de obtener ganancias y utilidades, sea que tenga o no un establecimiento de negocios regularmente dedicado a esta clase de operaciones."

Y, finalmente, el ordinal 2º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935 dispone:

"La ganancia obtenida o la pérdida sufrida por una persona o entidad, que directamente o por conducto de un comisionista, venda, cambio o de otra manera disponga de propiedades muebles o inmuebles, por valor mayor o menor del de costo de la propiedad de que se dispone, será considerada, para los efectos de esta Ley, como aumento o pérdida de capital, según el caso, y no como aumento o pérdida de renta. Pero las ganancias obtenidas y las pérdidas sufridas en las operaciones que se acaban de mencionar, serán consideradas como rentas sujetas al impuesto o como pérdidas deducibles de la renta bruta, cuando tales operaciones se lleven a efecto en propio nombre por una persona o entidad que tenga el negocio de comprar, vender, cambiar o disponer de otra manera de tales propiedades. Es entendido que las utilidades obtenidas por los comisionistas que negocian por cuenta ajena en la compra, venta, cambio o disposición de otra manera de bienes muebles o inmuebles, serán en todo caso consideradas como renta gravable."

Clara y lógica es la ley a este respecto, como se verá con un ejemplo: si un individuo ordinariamente se ocupa en el negocio de comprar y vender fincas raíces con el propósito, como es claro, de obtener utilidades, los proventos que obtenga forman parte de su renta, conforme a la definición que de renta da el artículo 19 de la Ley 78 citada; mas, si una persona vende la casa en que vive con la finalidad de comprar otra con el mismo destino, la ganancia que obtenga acrece a capital y no a renta, como es manifiesto según el concepto que de capital tiene la Ley 78 nombrada.

En consecuencia, el problema estriba en saber si el Banco contribuyente se ocupaba habitualmente en el negocio de honos de deuda interna o con mayor amplitud en el negocio de papeles de crédito. En caso afirmativo el demandante tiene la razón, y en caso negativo la tiene la Jefatura.

Afirma la Jefatura en las Resoluciones acusadas, que la venta de bonos en que sufrió pérdida el Banco fue una operación ocasional, de excepción, que de ordinario no estaba catalogada entre sus operaciones corrientes; que los bonos fueron recibidos por el Banco en pago de deudas. De su parte, el demandante sostiene lo contrario, o sea que el Banco si se ocupaba en esta clase de operaciones.

Así planteada la cuestión, todo se reduce a un simple problema de pruebas judiciales; a averiguar a quién corresponde la carga de la prueba.

En repetidas ocasiones ha dicho el Consejo que los actos acusados deben suponerse ajustados a la ley, porque de conformidad con los principios generales que gobiernan la materia probatoria es al actor a quien corresponde demostrar con plenitud los hechos en que funda su derecho, y en defecto de pruebas, según esos mismos principios, se impone la negativa de las peticiones de la demanda.

Ahora bien: en el caso de autos, el actor no ha demostrado que el Banco Francés e Italiano se dedicara habitualmente a esta clase de negocios. Una operación aislada no constituye hábito.

Y no se arguya que de conformidad con la ley esta clase de operaciones cabe dentro del giro ordinario de los negocios de banco, porque lo que se trata de averiguar no es si los bancos pueden negociar con papeles de crédito público, sino de inquirir, en cada caso concreto, si tal banco (en este caso el Francés e Italiano) negociaba habitualmente en esta clase de papeles. Muchas son las operaciones a que de conformidad con la ley pueden dedicarse los establecimientos bancarios, pero, como es claro, un determinado banco puede dedicarse a la explotación de determinados negocios autorizados por la ley, y no dedicarse a otros, también permitidos legalmente. Así, por ejemplo, hay bancos que tienen secciones fiduciarias y otros nó. Si, pues, un banco que

no tiene sección fiduciaria se encarga de administrar los negocios de determinada persona, no puede decirse que habitualmente se dedique a este negocio, aunque él encaje dentro del giro ordinario de los negocios de banco en general.

En el presente caso tan sólo se ha demostrado que el Banco recibió como dación en pago unos bonos de deuda interna en el año gravable, y esto no autoriza para sostener que el Banco negociaba ordinariamente en bonos.

También ha dicho el Consejo en varios fallos que cuando se trata de deducciones, es quien las pide el obligado a demostrar los hechos en que se funda el derecho a la deducción.

Lo expuesto es suficiente para negar la petición que se analiza.

La circunstancia de que en un año anterior se le hubiera gravado a la entidad demandante, como renta, la ganancia obtenida en un negocio de bonos, no desvirtúa lo dicho anteriormente, porque lo que se está revisando ahora es la liquidación correspondiente al año de 1937, en la cual no influyen los errores que se hayan podido cometer en el año anterior.

Petición segunda.

Cuanto a esta petición, son convincentes los siguientes razonamientos expuestos en la vista fiscal:

"Deducción por deudas sin valor.

"El segundo reclamo se refiere a la cantidad de \$ 1.549.72, correspondiente a la cancelación de deudas sin valor, que el Banco demandante estima como deducida de su renta bruta.

"Respecto de la deducción por deudas sin valor, dicen los expositores Alvarado y Raibreek (op. cit., p. 211):

"La ley colombiana, en el numeral 5º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, permite deducir de la renta bruta *las deudas que MANIFIESTAMENTE no tengan valor, y que se hayan descargado durante el año gravable, siempre que el contribuyente permita la inspección de sus libros para comprobar la efectividad y justificación del descargo. Cuando se establezca que una deuda es cobrable sólo en parte, podrá aceptarse como deducción la cantidad correspondiente a la parte no cobrable. Esta deducción no podrá reconocerse a los contribuyentes que no lleven libros, sino cuando se acompañe el comprobante de la cancelación de la deuda.*"

"El numeral 6º del mismo artículo permite también deducir de la renta bruta, a solicitud del contribuyente y a juicio del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, una cantidad razonable como reserva para deudas que se compruebe que son de dudoso o difícil cobro, y siempre que la mencionada reserva se haya contabilizado en los libros del contribuyente.

"De acuerdo con las disposiciones transcritas, las deudas sin valor pueden deducirse mediante uno de dos sistemas:

"1º Cancelando la deuda y solicitando una deducción igual al descargo correspondiente; o

"2º Dejándola viva pero apropiando una partida igual para respalدارla.

"Desde el punto de vista del comerciante, el Estado no puede hacer objeción ninguna ni a la forma ni a la cuantía de los respectivos asientos, pero como bien podría suceder que esos asientos no correspondieran a la realidad, sino que tuvieran por único objeto reducir la renta gravable, interviene el control oficial para exigir (subrayo) *en el*

primer caso, que se compruebe plenamente por el contribuyente no solamente la efectividad del descargo o condonación, sino su justificación; y en el segundo, para que se compruebe igualmente que las deudas que se trata de respaldar con reserva, tienen efectivamente la calidad de dudosas o de difícil cobro, bien en su totalidad o en parte.

“El segundo sistema a que se refieren los expositores citados exige la autorización previa de la Jefatura y el cumplimiento de los requisitos señalados en el Decreto 818 de 1936. De ahí que el Banco demandante hubiera desistido de la solicitud de deducción de la partida correspondiente a reservas (\$ 2.874,03) por no haberse solicitado previamente la respectiva autorización.

“El primer sistema, al cual se refiere la solicitud de deducción planteada en este juicio, exige, como vimos en el párrafo transcrito, dos requisitos esenciales:

- “a) Que se compruebe la efectividad del descargo en los libros del contribuyente, y
- “b) Que se justifique ese descargo.

“El primer requisito se cumple con la manifestación a que se refiere el inciso 79 del artículo 47 del Decreto 818 citado, de que para las deudas de que se trata no se ha autorizado reserva, quedando la Administración facultada para investigar sobre los libros. Y se demuestra así la efectividad del descargo porque esa manifestación está amparada según el mismo inciso por el juramento bajo el cual se hace la declaración de renta.

“Pero no basta comprobar la efectividad del descargo de las deudas, porque la ley exige también justificarlo, y la justificación de su *descargo* —dice el mismo artículo 47— deberá comprobarse en cualquiera de las siguientes formas:

- “a) Con copia autorizada de la sentencia de graduación o del convenio, en caso de quiebra o liquidación judicial;
- “b) Con una atestación judicial de que ni el deudor ni sus fiadores tienen bienes embargables;
- “c) Demostrando que la deuda no está garantizada, que se han agotado para el cobro todos los procedimientos ordinariamente usados en el comercio sin haber obtenido el pago total de ella, y que el empleo de nuevos procedimientos significaría un gasto mayor que el saldo insoluto, o
- “d) Demostrando que la deuda está garantizada, que han transcurrido más de cinco años a partir de su vencimiento y que se han intentado los procedimientos ordinarios de cobro sin haber obtenido el pago.”

“El texto del Decreto es, pues, terminante. Es verdad que, como dice el demandante, para este sistema no se exige autorización previa de la Jefatura en la forma en que sí se exige para la deducción de las reservas. Pero eso no quiere decir que el descargo no deba justificarse, porque el Decreto exigió esa justificación precisamente para el caso de deudas sin valor no respaldadas con reserva (distintas de las deudas de dudoso o difícil cobro, amparables con reserva). De otro modo, como muy bien lo da a entender el mismo expositor Alvarado, el fraude a la ley sería muy fácil.

“Ahora bien: como el Banco demandante no justificó el descargo de las deudas en la forma indicada, la segunda petición tampoco puede prosperar.

“Lo dicho por la Fiscalía sobre este punto está perfectamente de acuerdo con la doctrina sentada por el Consejo de Estado en la senten-

cia del 12 de diciembre de 1940 (ponente, doctor Rivadeneira. Actor, The Royal Bank of Canada), ya que en este caso sólo se ordenó la deducción de las deudas sin valor no respaldadas con reserva cuyo descargo se justificó en la forma pedida por el tantas veces citado Decreto 818."

Petición tercera.

Sostiene el apoderado del Banco demandante que la suma de \$ 11,467,87 pagada en razón de gastos de administración a la casa matriz de París, por concepto del año de 1937, es deducible de la renta bruta.

La Jefatura, en las resoluciones acusadas, no aceptó la deducción, por falta de discriminación de la partida y, principalmente, porque la expresada suma se invirtió en pago de sueldos a empleados extranjeros, sin domicilio en el país, no gravables en Colombia.

La tesis de la Jefatura ha sido aceptada ya en varios fallos por esta corporación, con base en lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 76 del Decreto 818 de 1936, que dice:

"No son deducibles: ... 5º Las sumas pagadas por servicios personales prestados en el Exterior no gravables en cabeza de quienes las reciben al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de este Decreto."

Es evidente, de conformidad con el citado artículo 27, que los sueldos pagados a los empleados de la casa matriz por los servicios prestados en la supervisión e inspección de su sucursal en Colombia no son gravables. De consiguiente, es de estricta aplicación el numeral 5º del artículo 76 del Decreto 818 de 1936, numeral éste que no puede tacharse de contrario a la ley orgánica del impuesto, como lo hace el demandante, porque él encuentra sólida base en el ordinal 1º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935.

Y la razón de estas disposiciones es muy clara: si una persona natural o jurídica paga a otra por servicios personales una suma determinada de dinero y esta última persona es contribuyente del impuesto sobre la renta, la deducción procede a favor de la que verificó el egreso, porque de lo contrario el Estado percibiría un tributo mayor del que le corresponde al gravar la renta del que percibió y al no deducir la suma respectiva de la renta bruta de quien hizo el pago.

Empero, cuando el que recibe dinero en compensación de sus servicios no es gravable en Colombia, la deducción de la renta bruta del que paga no procede, porque el Estado dejaría de percibir un tributo a que tiene pleno derecho conforme a la legislación tributaria.

Pero alega el demandante que la casa principal de París es contribuyente en Colombia y por tanto las argumentaciones anteriores caen por su base.

Es verdad que la casa matriz paga impuestos en Colombia, como lo demuestra el certificado de la Administración de Hacienda Nacional que obra en autos (folios 42). Al respecto dice dicho certificado:

"1º Que es cierto que la casa matriz del Banco Francés e Italiano para la América del Sud, sociedad anónima domiciliada en París, presentó por medio de su apoderado legal, oportunamente, su declaración de renta y patrimonio correspondiente a los años de 1936, 1937 y 1938.

"2º Es cierto que en las mencionadas declaraciones la casa matriz denunció, por concepto de gastos de administración, recibidos de su sucursal en Colombia, o sea, el Banco Francés e Italiano, las sumas de \$ 11,591,25, \$ 11,467,87 y \$ 8,600,00, respectivamente.

"3º Es cierto que la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca gravó como renta de la casa matriz los referidos \$ 11,591,25 y \$ 8,600,00 recibidos en 1936 y 1938, y cobró el impuesto correspon-

diente, impuesto que fue pagado por el representante de la mencionada casa matriz."

Mas la réplica es inválida en el presente caso. En efecto, se trata aquí del impuesto correspondiente al año de 1937, y en ese año no se gravó la casa matriz por razón de los \$ 11.467.87 que percibió de la sucursal en Bogotá, como resulta claro del punto 3º del certificado transcrito, según el cual el gravamen se le impuso por las sumas percibidas como gastos de administración en los años de 1936 y 1938, pero no en el de 1937, a que se refiere el presente juicio.

En mérito de 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, CONFIRMA la sentencia apelada, de que se ha hecho mérito en este fallo.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo. Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Valor de las mercancías

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Al tomar como valor de las mercancías existentes en un almacén, destruido por el fuego, la cantidad que la compañía aseguradora pagó al contribuyente por el respectivo seguro contra incendio, debe descontarse de este valor el de una maquinaria, si aparece satisfactoriamente comprobado que el monto del seguro comprendía no sólo las mercancías sino también la maquinaria dicha.

Consejo de Estado—Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y uno.

Por medio de la Resolución número 1027, de 10 de julio de 1940, reformatoria de la número 817, de 11 de junio anterior, a virtud del recurso de reposición, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales fijó en la cantidad de \$ 744,51 el impuesto de cargo del señor Angel Flórez, vecino de Girardot, por concepto de renta, patrimonio y exceso de utilidades del año de 1938, y de multa de \$ 100.

Mas comoquiera que la deducción del factor renta bruta no pudo hacerse sobre la base del inventario de las mercancías existentes el 31 de diciembre del año gravable, porque éste no se había hecho hasta el 3 de enero siguiente, fecha en que el almacén fue destruido por el fuego, sino que se tomó como valor de las existencias la cantidad de \$ 25.000,00, que pagó la Compañía Colombiana de Seguros por el respectivo seguro contra incendio, el contribuyente instauró demanda de nulidad de las resoluciones citadas y revisión de la liquidación del impuesto, ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, entidad que puso fin a la primera instancia con el fallo de fecha cuatro de marzo del corriente año, por el cual anuló las resoluciones, únicamente en cuanto por ellas se impuso la multa de cien pesos al señor Flórez, por irregularidades en la contabilidad.

Contra dicho proveído apelaron el señor Fiscal del Tribunal y el apoderado del actor, cada cual en lo desfavorable a su tesis, se entiende, y en esta virtud corresponde hoy al Consejo de Estado la decisión final o de última instancia del negocio.

Dijo la Jefatura:

“Con el objeto de efectuar un estimativo de la renta líquida obtenida por el contribuyente durante el año de 1938, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales consideró necesario solicitar al reclamante la presentación de sus libros de contabilidad, cuyo estudio no arroja luz alguna, toda vez que el libro Diario no fue llevado conforme a los dictados legales sobre la materia, por cuanto que en él se omitió el movimiento de parte considerable de las operaciones, o, más claro, el movimiento de los últimos meses del año.

“De acuerdo con el artículo 641 del Código de Comercio, ‘respecto del asegurado, el seguro es un contrato de mera indemnización y jamás puede ser para él ocasión de una ganancia.’ Este mismo principio se

halla consagrado y ampliado en los artículos 650 y 652 *ibidem*. Y el artículo 656 de allí mismo estatuye que 'no es eficaz el seguro sino hasta la concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, aun cuando el asegurador se haya constituido responsable de una suma que le exceda'. Estas consideraciones son más que suficientes para concluir que, si no exactamente, si por aproximación, la suma de \$ 25.000,00 representa el verdadero valor del objeto asegurado.

"Pero es más. El balance de pérdidas y ganancias que arrojan los libros es exactamente igual al declarado (§ 7.232,04) e igual también a la suma que se capitalizó según asiento que figura al folio 12 del Mayor. No prestan, pues, ni los libros ni el sistema contable base alguna para modificar la renta gravable, y por el contrario, los asientos que en aquéllos figuran confirman en un todo que la suma de \$ 7.232,04 fue la utilidad líquida obtenida durante el año de 1938, ya que de otra manera no se explica que tal cantidad fuera capitalizada."

El actor, por su parte, objeta la tesis de la Jefatura con argumentos como el de que el tres de enero, día del incendio, podía haber una existencia de mercancías mucho mayor que la del 31 de diciembre anterior, el de que el derecho a percibir el valor del seguro era apenas un derecho potencial, y el de que el seguro comprendía objetos distintos de las mercancías del almacén, o sea la maquinaria de un establecimiento de trilla de maíz.

El Consejo considera:

Los dos primeros argumentos enunciados del actor no tienen consistencia alguna; respecto de la posible mayor existencia, porque era de su cargo la demostración y no la intentó siquiera, y porque, a falta de tal demostración, la presunción lógica era la de que la existencia había disminuido en el monto de la poca o mucha realización de los tres días transcurridos desde el 31 de diciembre; y respecto del segundo, porque la pérdida de las mercaderías por incendio, cuando ellas están aseguradas contra este evento, equivale a una realización a crédito, al corto plazo indispensable para comprobarle a la compañía aseguradora el accidente, y el riesgo de este crédito se rige por las disposiciones relativas a las deudas perdidas o de difícil cobro, para el efecto del cómputo del impuesto sobre la renta, circunstancias que ni siquiera invocó la demanda.

Pero es concluyente el argumento de que el monto del seguro comprendía la maquinaria de trilla de maíz, y esta circunstancia aparece corroborada por el informe del señor Recaudador de Hacienda de Girardot, en la parte que dice: "Como al contribuyente se le quemaron las existencias de mercancías en el incendio que tuvo lugar el 3 de enero del año pasado, y para poder tener como información el valor aproximado de tales existencias, me dirigí a la Compañía Colombiana de Seguros, donde hicieron un estudio de esta cuenta, llegando a considerar un valor total de \$ 19.713,67 en existencias. . . . En todo caso, creo, de acuerdo con el informe anterior, que *lo más conveniente sería tomar como inventario la suma aproximada que tomó la Compañía de Seguros para el pago de las mercancías.*" Puesto que el cómputo de la Compañía no tiene otra explicación que la de que el mayor valor del seguro se imputó a la maquinaria de trilla.

El hecho de que tanto en los libros de contabilidad del contribuyente, como en su declaración de renta, se hubiera hecho figurar como utilidad líquida la misma que dedujo la Jefatura para sumarle después el valor de los gastos o pérdidas no deducibles para el efecto de la fijación del monto del impuesto, circunstancia que al parecer influyó mucho en el ánimo de la Jefatura, obedeció a que, como es sabido, el señor Flórez aceptó en un principio como cosa muy racional la indicación del

señor Recaudador de Hacienda de Girardot, de computar como valor de las mercancías el 31 de diciembre, el de los \$ 25.000 del seguro que iba a percibir como indemnización por pérdida de ellas en el incendio, lo que significa que el señor Flórez no sólo se ciñó a tal consignación en su declaración, sino que la adoptó también en sus libros, que a la fecha del incendio, y aun mucho después, según pudo constatarlo la Jefatura, no andaban al día.

De lo expuesto hasta aquí se deduce la ilegalidad del cómputo hecho en las resoluciones demandadas, del valor total del seguro como valor de la existencia de mercancías del señor Flórez en 31 de diciembre de 1938, y la consiguiente necesidad de anularlas en esta parte, para lo cual habrá de reformarse la sentencia de primer grado.

Mas como el factor que figura como valor de las existencias de mercancías en 31 de diciembre de un año gravable, es el mismo que debe figurar como existencia inicial del año siguiente, y es bien probable que en la declaración de renta del señor Flórez, correspondiente al año de 1939, se haya hecho figurar como existencia inicial la de \$ 25.000,00 que se hizo figurar como final de 1938, en lugar de la de \$ 19.713,67, que habrá de computarse en este fallo, queda de cargo de la Jefatura la modificación a que haya lugar en la liquidación de 1939, por la variación del factor de que se trata, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 15 de la Ley 81 de 1931.

Por lo que hace a la imposición de la multa, el Consejo ha resuelto invariablemente en multitud de casos, que las disposiciones del Decreto 818 de 1936, que imponen la obligación de llevar libros de contabilidad a las personas no obligadas a ello por el Código de Comercio, e imponen sanción por el incumplimiento del mandato, son ilegales, y por consiguiente, inaplicables a los casos concretos, en virtud del principio legal sobre preferencia de la ley sobre el reglamento ejecutivo; y que si no se trata ya de estos casos, sino de un comerciante que si llevaba libros, pero con algún descuido o falta de puntualidad en los asientos, como es el caso del contribuyente señor Flórez, no es siquiera el Decreto el aplicable, sino el Código de Comercio, que, por otra parte, atribuye la competencia para imponer la sanción correspondiente a la Cámara de Comercio, no a los funcionarios liquidadores del impuesto sobre la renta. Así, en sentencia de fecha 16 de mayo último, en el juicio promovido por el contribuyente señor Manuel M. Peraza, se dijo:

"Siendo esto así, el Decreto número 818 de 1936 no podía imponer penas a quienes no llevaran libros registrados, en los casos en que la ley no ha exigido llevarlos, aunque ya se vio que este Decreto *se refiere únicamente a los que por no ser comerciantes no están obligados a llevar los libros que señala el Código de la materia*. Si el señor Peraza, a pesar de ser comerciante, no arregló su contabilidad a las disposiciones legales, será el caso de imponerle las sanciones que establece el Código de Comercio, pero no de imponerle la multa de que trata el artículo 129 del Decreto 618 citado."

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, en cuanto declaró la nulidad de las resoluciones acusadas, en lo relativo a la imposición de la multa por deficiencias en la contabilidad del contribuyente señor Angel Flórez, y la reforma en el sentido de declarar nulo también el cómputo de la existencia de mercancías el 31 de diciembre del año gravable, en la cantidad de veinticinco mil pesos, valor del seguro contra incendio, en lugar de la cantidad de diez y nueve mil setecientos trece pesos sesenta y siete centavos, que era el valor probable de las mercancías según el informe del señor Recaudador de Hacienda Nacional de Girardot.

En consecuencia, se fija en la cantidad de ciento setenta y tres pesos cuarenta centavos (\$ 173,40) el monto del impuesto sobre la renta y

sus complementarios, a cargo del señor Flórez por el año de 1938, conforme a la siguiente liquidación:

Renta líquida computada por la Jefatura	\$	13.727,88	
Menos menor valor correspondiente a la existencia de mercancías en el valor del seguro contra incendio, por corresponder a la maquinaria de trilla	\$	5.286,33	
Menos exenciones personales		2.100,00	7.386,33
Renta gravable	\$	6.341,55	

Impuesto:

Sobre \$ 6.000,00	\$	110,00	
Sobre \$ 341,55 (3½%)		11,96	121,96

Patrimonio:

El mismo gravamen liquidado por la Jefatura, o sea el de \$		51,44	
Impuesto total	\$	173,40	

No hay lugar a la deducción de impuesto alguno por concepto de exceso de utilidades, toda vez que el cómputo de la renta gravable ha sido reducido en la cantidad de \$ 5.286,33 y la Jefatura sólo alcanzó a gravar como exceso la cantidad de \$ 2.339,70.

El señor Recaudador de Hacienda Nacional de Girardot reintegrará al señor Flórez, además de las cantidades cuyo reintegro ordenó la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en las resoluciones acusadas, la cantidad de quinientos setenta y un pesos once centavos (\$ 571,11), que es la diferencia entre el impuesto de \$ 744,51 deducido por la Jefatura, incluida la multa de \$ 100, y el impuesto de \$ 173,40, que se fija en el presente fallo.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Ejercicio de las autorizaciones

Consejero, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Aceptada la existencia de la autorización legal, cuando lo que se debate es si la extensión y la oportunidad de su aplicación por parte del Órgano Ejecutivo están o no de acuerdo con el espíritu que animó al legislador al dictarla, lo que equivaldría a un estudio a fondo del problema, propio del fallo definitivo, no aparece “prima facie” la violación de la norma superior, y, por consiguiente, no es procedente decretar la suspensión provisional del decreto acusado.

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

Admitese la anterior demanda, y en consecuencia, se dispone:

- a) Su notificación al señor Agente del Ministerio Público;
- b) La fijación del negocio en lista por el término común de seis días;
- c) Téngase al doctor Ricardo Sarmiento Alarcón como apoderado del doctor Nicolás Torres Niño y otros, en los términos y para los efectos de los poderes que obran en este expediente.

Para resolver sobre la suspensión provisional, solicitada en la demanda, se considera:

El Gobierno, fundado en la facultad ordinaria que le dio la Ley 87 de 1940, en su artículo 7º, redujo el sueldo de los Jueces de Tierras para el período que comenzaba con posterioridad al decreto que tal cosa dispuso.

Se ataca el acto del Gobierno con los siguientes fundamentos que se compendian así:

La facultad ordinaria otorgada por el legislador al Gobierno para disminuir los gastos públicos fue subordinada a la condición de que se comprobase un descenso en los ingresos fiscales. Esta comprobación no podía hacerse en febrero, porque apenas empezaba a correr el año fiscal.

Que la autorización condicionada se funda en el artículo 69, ordinal 8º, de la Constitución Nacional, o sea, simples facultades ordinarias “para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.”

La demanda razona así para sostener sus puntos de vista:

“La autorización condicionada en la Ley 87 conferida se funda en el artículo 69, ordinal 8º, de la Constitución Nacional; es decir, que se trata de simples facultades ordinarias, o sea de aquellas que el Congreso pueda válidamente otorgar al Gobierno “para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.”

“De acuerdo con este texto de la Carta, y en consonancia con la interpretación que se le ha dado tanto por el honorable Consejo de Estado

como por la Corte Suprema de Justicia, es incuestionable que el Gobierno podía y puede, mientras la ley en referencia esté vigente, realizar todos los actos para que está autorizado —disminución de gastos públicos, y, por consiguiente, rebajas de sueldos— en todas las dependencias administrativas, de la cual es el Presidente de la República autoridad suprema, según las voces de la Constitución Nacional. Pero es igualmente cierto que los organismos del orden judicial y del legislativo no pueden ser afectados por el ejercicio, de parte del Gobierno, de las autorizaciones contenidas en la Ley 87, ya que el Congreso hubiera extralimitado la 'órbita constitucional' al pretender llevar la acción de tales facultades a otras ramas del Poder Público distintas de la estrictamente administrativa. Los gastos de toda naturaleza para los servicios judicial y legislativo del Estado colombiano están determinados por la ley, y no podría el Congreso, sin violación manifiesta de la Constitución, modificar su régimen confiriendo al Ejecutivo autorizaciones de la naturaleza de las prescritas en el artículo 69, ordinal 89. En efecto, las facultades referidas sólo pueden operar en relación con la rama administrativa del Poder Público, sea para modificar y aun para derogar el régimen jurídico establecido por las leyes y sustituirlo por un ordenamiento distinto, producto de los decretos que el Gobierno dicta en desarrollo de aquellas autorizaciones. Es esta la única interpretación lógica y racional de la expresión constitucional del mencionado artículo, en cuanto establece que estas autorizaciones sólo habilitan al Gobierno para obrar dentro de la órbita constitucional, distinta de la de celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales, o sean funciones todas que el Ejecutivo ejerce como centro de la actividad administrativa del Estado. De ahí que, en uso de las facultades de esta índole, pueda el Gobierno, dentro de la más estricta ortodoxia constitucional, suprimir cargos existentes, crear otros nuevos, rebajar o aumentar asignaciones, cuando todos estos actos se refieren al Órgano Ejecutivo, o sea ejercer funciones que normalmente corresponden al Congreso (ordinal 69. . . . Artículo 69 de la Constitución), a fin de que éste pueda habilitar al Gobierno para que las realice. Pero sería inadmisibles que, con un pretendido ejercicio de facultades ordinarias —o sea con la simple base del texto tantas veces citado— pudiera el Gobierno modificar las leyes para rebajar el número de Magistrados y Jueces, o disminuir sus asignaciones. Igual cosa ocurre en cuanto a lo que a la rama legislativa del Poder se refiere. Para que el Gobierno pueda operar por medio de decretos en el orden interno legislativo o judicial necesita —es obvio— de facultades de un carácter distinto, o sean de las denominadas extraordinarias, previstas en el ordinal 99 del mismo artículo 69 de la Constitución.

"Ahora bien: habiendo el Congreso de 1940 concedido al Ejecutivo simples facultades ordinarias, puede concluirse, de acuerdo con las anteriores argumentaciones, que toda extensión en el uso de esas facultades por parte del Gobierno implica una violación expresa de la ley. Esta transgresión es mucho más notoria en el caso de mi demanda, desde luego que el Decreto número 396, acusado, pretende modificar un precepto de la Ley 200 de 1936, que señaló la asignación de los Jueces de Tierras, y es claro que este orden jurídico no puede ser alterado sino por una ley ordinaria o por un decreto-ley fundado en el ejercicio de facultades de carácter extraordinario, puesto que está destinado a operar en la rama judicial del Poder."

III

"La sola lectura del artículo 79 de la Ley 87 de 1940 pone de bulto que confiere facultades simplemente ordinarias, pero, si necesario fuere, alego además que él no atribuyó al Ejecutivo facultades extraordi-

narias, porque el texto de la norma carece de los atributos esenciales de acuerdo con la Carta, para la asignación de facultades de esta clase."

IV

"De otro lado, si se considera que funcionarios, que deben reunir todas las condiciones necesarias para que se les pueda atribuir las de Magistrados de Tribunal Superior de Distrito, quedan con asignaciones de Jueces de Circuito o de Jueces Superiores, y si se tiene en cuenta la excesiva rebaja, que no guarda proporción alguna con la reducción de asignaciones muy superiores, se llegará a concluir que, aun cuando el Ejecutivo hubiese estado investido de facultades aptas para decretar la disminución, habría incurrido en desviación del poder. La reducción se traducirá en el fenómeno, que pronto comenzaremos a ver, de la renuncia de casi todos los Jueces de Tierras y en la imposibilidad de reemplazarlos; es decir, en la muerte de la jurisdicción que la ley creó. No solamente ha sufrido la equidad, y con ella el derecho, que de equidad tiene que alimentarse, sino que por este otro aspecto el acto acusado está viciado de nulidad."

La demanda dice que se ejercita tanto la acción pública como la privada.

Para resolver la Sala Unitaria hace muy breves consideraciones para evitar tratar puntos de fondo que deben dejarse para el fallo definitivo.

La jurisprudencia uniforme del Consejo, en los casos de suspensión provisional, indica que solamente se debe examinar si hay una violación de norma superior que se presente *prima facie*; de lo contrario, habría que entrar a hacer análisis, interpretaciones, que exigirían un estudio completo, propio del fallo definitivo.

En el caso presente, la violación de norma superior no se presenta *prima facie* porque el Gobierno obró en virtud de una autorización otorgada por la Ley 87 de 1940 en su artículo 79. Si hay violación de norma superior, no sería por falta de autorización, sino por extensión de ella. Y para llegar a este convencimiento no es suficiente leer las disposiciones, confrontarlas, sino hacer un estudio interpretativo, por lo menos de dos disposiciones constitucionales (artículo 69, ordinales 8º y 9º), lo que equivaldría a estudiar el fondo del asunto.

El Consejo de Estado, en Sala de Decisión, al confirmar la no suspensión provisional del mismo Decreto, por haber rebajado los sueldos de los congresistas, se pronunció así, en auto de mayo 27 del corriente año:

"Antes de entrar al examen de esos puntos, es de conveniencia procesal recordar que en el auto de suspensión provisional, debe esquivarse el estudio a fondo del problema, que vendría a representar el fallo definitivo. La jurisprudencia constante del Consejo, exige que para que una suspensión provisional pueda prosperar, es necesario que aparezca, *prima facie*, violada una norma superior por el acto acusado; solamente la presentación manifiesta de esa violación lleva al estudio de los perjuicios.

"El actor no niega, ni hubiera podido negarlo, que existe una autorización, es decir, acepta que la norma superior existe, y tiene como contenido el poder disminuir gastos para no desequilibrar el presupuesto. No se trata, pues, de sostener que la norma ha sido violada, sino que su extensión y la oportunidad de su aplicación no están de acuerdo con el espíritu que animó al legislador al dictar aquella disposición.

"La observación de este aspecto de la cuestión, sería suficiente para sostener que no aparece, *prima facie*, la violación de norma alguna, puesto que no se discute la autorización que haya dado el legislador para disminuir gastos, sino que no ha llegado el momento de hacer esa disminución.

"Sin embargo, para abundar en razones, se entra al estudio de los medios que cree el actor que ha debido usar el Gobierno para ejercitar la autorización. Dice que ha debido comprobarse el descenso de las rentas. Es suficiente reproducir lo que dijo el Consejero sustanciador:

'La palabra comprobar, que emplea el texto legal, no está tomada en el sentido de que el Gobierno debiera producir pruebas, en sentido jurídico, para dictar el decreto, sino en uno mucho más amplio, como sinónimo de advertir, observar, notar, etc.'

"Si la interpretación fuera la que hace notar el actor, que el Gobierno, para asegurar el equilibrio del Presupuesto, debe esperarse a que el desequilibrio se haya consumado para poder levantar pruebas, las medidas serían inoperantes y el legislador no habría entregado al Gobierno un instrumento de defensa contra la baja de las rentas, sino habría dado una autorización sin sentido práctico.

"El segundo punto queda contestado también con lo ya dicho, como también el tercero, porque no necesita el Gobierno esperar a hacer el pago para saber que tiene más gastos, y situarse dentro de la realidad actual que indica que las rentas, en vez de subir bajaron, puesto que la guerra europea ha marcado el natural descenso en la renta de aduanas.

"Además, dice el actor, que el Gobierno no puede suspender leyes. Cabe observar sobre este particular que son los efectos fiscales de las leyes los que se suspenden cuando se suprime el gasto decretado, por esa ley, y no la misma ley, pues ésta puede servir en una vigencia posterior para hacer la apropiación debida en época de normalidad fiscal.

"Pero el mayor argumento no está en los autos sino en la vida no solamente colombiana, sino mundial. ¿Se podrá hacer la pregunta de si estaremos en prosperidad fiscal o no? O, por el contrario, ¿en todo espíritu está la impresión por la expectativa de días peores para las rentas nacionales?

"Seguramente esta situación determinó al legislador para dictar la autorización que hoy se ataca como inoportuna."

Las mismas consideraciones que hace la demanda y que fueron transcritas, sirven, con las consideraciones hechas, para afirmar que, *prima facie*, no se puede decir que haya violación de norma superior.

En atención a estas breves consideraciones, la Sala Unitaria no decreta la suspensión provisional solicitada.

Revalídese el papel común, de acuerdo con el artículo 351 del Código Judicial. Cúmplase.

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

Población de los Distritos

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

El acto del Congreso, por el cual se aprueba el censo, es acto sui generis; ley desde el punto de vista formal, no tiene, desde el punto de vista esencial del contenido, las características de las leyes. El censo debe expresar una realidad, y esa realidad es la que debe estimarse aprobada por el Congreso. Si la cifra de población de un Distrito, expresada por el censo, no está fundada en los elementos indispensables para conocer la verdad, esa cifra no debe tenerse como inmodificable dentro del proceso de creación de un Municipio, si en ese proceso se ha establecido lo contrario.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Nicolás Ramos Hidalgo, con poder del Municipio de Yotoco, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cali la nulidad de la Ordenanza número 49, de 23 de junio de 1939, que creó el Municipio de Calima.

En los hechos de la demanda se encuentra la historia completa del problema. Ellos son:

«1º Los Diputados a la Asamblea Departamental del Valle, señores Jesús M. Young, Roberto Quintero T. y Mario Lozano P., fundados en un memorial suscrito por vecinos del Corregimiento del Municipio de Yotoco, denominado El Darién, presentaron a la consideración del Cuerpo legislativo departamental un proyecto de ordenanza sobre creación del Municipio de Calima, segregando para ello el territorio del de Yotoco, cuya cabecera debería ser el poblado del Corregimiento de El Darién.

«2º El indicado proyecto de ordenanza sufrió los debates reglamentarios en los días 9 de mayo y 13 de junio de 1940, según se desprende de las anotaciones que aparecen al pie del original que sirvió para la discusión y de las actas de sesiones de la Asamblea Departamental.

«3º La comisión que estudió para segundo debate el proyecto de ordenanza, integrada por los Diputados A. Fernández B., Antonio Kuri y Rafael Navia Varón, dijeron en el informe que suscribieron, lo siguiente:

“Honorables Diputados:

“Venimos a rendiros informe sobre el proyecto de ordenanza *por la cual se crea el Municipio de Calima y se señala su cabecera*, proyecto presentado a la consideración de la Asamblea el 9 de mayo de 1940. Con el proyecto nos fue entregada una documentación que contiene:

“a) Un memorial dirigido al señor Presidente de la Asamblea, fechado así: *Darién, abril de 1939*. Este memorial tiene agregadas siete hojas que contienen 409 firmas. Se pide que se traslade la cabe-

cera del Municipio de Yotoco a la población de Darién, o en subsidio, que sea creado el Municipio de Darién;

- "b) Un memorial dirigido al Presidente de la Asamblea, con seis firmas, en el cual los firmantes, diciéndose vecinos de Mediacaño, en el Municipio de Yotoco, manifiestan que coadyuvan la petición de los vecinos de Darién para que se traslade a Darién la cabecera del Municipio de Yotoco. Este memorial tiene una sustanciación que indica que fue presentado a la Asamblea en mayo de 1938;
- "c) Un memorial dirigido al señor Gobernador del Departamento, con más de veinte firmas, en el cual los firmantes, diciéndose vecinos de Jiguales, en el Municipio de Yotoco, manifiestan que coadyuvan la petición de los vecinos de Darién para que se traslade a Darién la cabecera del Municipio de Yotoco;
- "d) Un memorial dirigido al Presidente de la Asamblea, con 56 firmas, en el cual los firmantes, diciéndose vecinos de Jiguales, en el Municipio de Yotoco, manifiestan que coadyuvan la petición de los vecinos de Darién, para que se traslade a Darién la cabecera del Municipio de Yotoco;
- "e) Un memorial dirigido al señor Gobernador del Departamento, con seis firmas, en el cual los firmantes, diciéndose vecinos de Mediacaño, en el Municipio de Yotoco, manifiestan que coadyuvan la petición de los vecinos de Darién para que se traslade a Darién la cabecera del Municipio de Yotoco;
- "f) Seis certificados expedidos por directores de establecimientos de enseñanza de Darién, sobre matriculas y asistencia de niños a esos establecimientos, desde 1921 hasta 1939;
- "g) Dos certificados expedidos por el Recaudador de Rentas Departamentales de Darién, en los cuales consta que las rentas departamentales produjeron: \$ 15.855,94, en 1936; \$ 14.363,35, en 1937, y \$ 15.013,33, en 1938;
- "h) Dos certificados expedidos por el Recaudador de Rentas Municipales de Darién, en los cuales consta que las rentas municipales en el Corregimiento de Darién, produjeron: \$ 4.029,10, en el año de 1935; \$ 5.474,09, en 1936; \$ 5.724,54, en 1937, y \$ 6.274,50, en 1938;
- "i) Un certificado expedido por el señor Cura Párroco de Darién, sobre nacimientos, confirmaciones, matrimonios y defunciones en la Parroquia de Darién, durante los años de 1935 a 1938;
- "k) Dos certificados expedidos por el Telegrafista Administrador de Correos de Darién, en el cual aparece el número de telegramas transmitidos y recibidos por esa Oficina, el valor de ellos, y un promedio relativo a la venta de estampillas de correo durante los años de 1936 a 1938;
- "l) Dos certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Buga, en los cuales aparecen datos sobre el registro de comercio en las poblaciones de Darién y Yotoco, en los años de 1936 a 1938; un certificado expedido por A. Aristizábal y Cia., S. A., sobre compra de 60.000 arrobas de café procedente del Corregimiento de Darién, en los años de 1935 a 1937;
- "m) Un certificado expedido por los señores G. Barreneche y Antonio Betancourt, sobre compra de 239.320 arrobas de café a vecinos de Darién, durante los años de 1935 a 1937;
- "n) Un certificado expedido por el Inspector de Policía Departamental de Darién, sobre la elección de una Junta para trabajar por la creación del Municipio de Darién;
- "ñ) Un certificado expedido por el Inspector de Policía Departamental de Darién sobre la existencia de una casa de dos pisos, en la plaza pública de la población de Darién, de propiedad

del pueblo, y otros edificios de propiedad particular debidamente acondicionados para escuelas y oficinas públicas;

- "o) Un certificado expedido por el Inspector de Policía Departamental de Darién, en el cual consta que la población de Darién tiene 215 casas de un piso y 37 de dos pisos, todas ocupadas;
- "p) Dos certificados expedidos por el Inspector de Policía Departamental de Darién, sobre movimiento de negocios en la Inspección, y sobre las actividades de la Inspección;
- "q) Un certificado expedido por el Gerente de la Seccional de Crédito Agrario Industrial de Buga, en el cual consta que esa entidad tiene establecida una Agencia en el Corregimiento de Darién;
- "r) Un certificado expedido por el Presidente de la Junta de Férias de Darién, en el cual aparece que desde julio de 1938 se establecieron ferias trimestrales en la población de Darién;
- "s) Catorce copias de vistas fotográficas;
- "t) Una copia de un informe dado al señor Gobernador del Departamento el 11 de mayo de 1938, en el cual aparece que el señor doctor Tulio E. Tascón se informó oportunamente de él;
- "u) Un cuadro-censo de los habitantes de la zona que comprenderá el Municipio de Darién. Este cuadro tiene 267 hojas, y no está fechado ni autenticado;
- "v) Un cuadro estadístico de la propiedad rural de la zona que comprenderá el Municipio de Darién. Este cuadro tiene veinte hojas, y no está fechado ni autenticado;
- "z) Un croquis aproximado de la región de Yotoco y el Darién."

"El artículo 1º de la Ley 49 de 1931, en lo pertinente, dice:

"En lo sucesivo, para que una porción de territorio pueda ser erigida en Municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones:

"1ª Que tenga por lo menos ocho mil habitantes, y que cada uno de los Municipios de los cuales se segrega, quede, cuando menos, con una población no menor de doce mil habitantes;

"2ª Que en cada uno de los tres años anteriores haya aportado a las rentas del Distrito de que se segrega, una suma no menor de seis mil pesos, y que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no sea menor de catorce mil pesos;

"3ª Que tenga una población en donde residan ciento cincuenta familias, por lo menos, y suficiente número de personas aptas para servir los destinos públicos municipales; que existan allí mismo locales adecuados para escuelas; casa municipal, cárcel y hospital; que en caso de no ser propios del Municipio que se va a crear, éste cuente con los recursos suficientes para construirlos;

"4ª Que la creación del Municipio sea solicitada por más de la mitad de los ciudadanos vecinos, y que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo Municipio. Las firmas de la solicitud deberán autenticarse ante el Juez de uno de los Distritos que sufran la segregación;

"5ª Que cada uno de los Distritos que sufren la segregación quede, cuando menos, con las dos terceras partes de su territorio."

"La documentación arriba apuntada, dice el Tribunal, no ha establecido la concurrencia de las condiciones necesarias para que la porción de territorio de que trata el proyecto de ordenanza pueda ser erigida en Municipio. Basten sobre el particular las siguientes breves consideraciones: *Número de habitantes.* El cuadro-censo de los habitantes de la zona que comprenderá el Municipio de Darién, indica 6,527 habitantes. Este cuadro no es un censo oficial, o parte de un censo oficial, y no tiene constancia alguna sobre su autenticidad. Conforme a la ley, la porción de territorio debe tener por lo menos 8,000 habitantes, y cada uno de

los Municipios de los cuales se hace la segregación debe quedar con una población no menor de 12,000. *Aporte de las rentas del Distrito.* Según los certificados expedidos por el Recaudador de Rentas Municipales, en el Corregimiento de Darién las rentas municipales produjeron: en el año de 1936, \$ 5,474.09; en el año de 1937, la suma de \$ 5,724.54, y en el año de 1938, \$ 6,274.60. La ley requiere un aporte a las rentas del Distrito o Distritos de los cuales se hace la segregación, de una suma no menor de \$ 6,000.00, en cada uno de los tres años anteriores. Además, que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto total anual no sea menor de \$ 14,000.00. *Solicitud para la creación del Municipio.* En el memorial dirigido al Presidente de la honorable Asamblea (fechado en Darién, abril de 1939), se pide en primer lugar, que se traslade la cabecera del Municipio de Yoloco a la población de Darién. Es subsidiario el pedimento sobre la creación del Municipio. Como el proyecto de ordenanza se refiere a la creación del Municipio, debe examinarse si ese memorial —para el caso de la creación del Municipio— llena las exigencias legales. El memorial tiene agregadas siete hojas con 409 firmas, éstas sin autenticación alguna. La ley impone que la creación de un Municipio sea solicitada por más de la mitad de los ciudadanos vecinos, y que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo Municipio; e impone además que las firmas de la solicitud se autentiquen ante el Juez de uno de los Distritos que sufre la segregación del territorio.

“En consecuencia de lo expuesto, honorables Diputados, proponemos:

“Suspéndase indefinidamente la consideración del proyecto de ordenanza por la cual se crea el Municipio de Calima y se señala su cabecera.”

“Cali, junio 5 de 1939.

“Vuestra Comisión,

“A. Fernández B., Antonio Kuri, Rafael Navia Varón.”

«4º No obstante lo expuesto por la Comisión, los Diputados interesados en la expedición de la ordenanza dieron los pasos consiguientes para que la Asamblea aprobara el proyecto en segundo y tercer debate.

«5º Aprobada la ordenanza se pasó al Gobernador para que le diera la sanción ejecutiva de conformidad con la ley, pero este funcionario devolvió la providencia legislativa con las siguientes objeciones:

“Corresponde a las Asambleas, de acuerdo con la facultad que les señala el artículo 186, numeral 4º, de la Constitución Nacional, ‘crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de la población que determine la ley.’ La disposición últimamente citada la reproduce literalmente, el artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal, cuando dice textualmente:

‘En lo sucesivo, para que una porción de territorio pueda ser erigida en Municipio, se necesita que concurren las siguientes condiciones:

‘1º Que tenga por lo menos ocho mil habitantes, y que cada uno de los Municipios de los cuales se segrega, quede, cuando menos, con una población no menor de doce mil habitantes.

‘2º Que cada uno de los tres años anteriores haya aportado a las rentas del Distrito o Distritos de que se segrega una suma no menor de seis mil pesos, y que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no sea menor de catorce mil pesos.

‘3º Que tenga una población en donde residan ciento cincuenta familias, por lo menos, y suficiente número de personas aptas para servir los destinos públicos municipales; que existan allí mismo locales adecuados para escuelas; casa municipal; cárcel y hospital; que en caso de no ser propios del Municipio que se va a crear, éste cuente con los recursos suficientes para construirlos.

“4ª Que la creación del Municipio sea solicitada por más de la mitad de los ciudadanos vecinos, y que residan dentro del límite que piden para el nuevo Municipio.... Las firmas de la solicitud deberán autenticarse ante el Juez de uno de los Distritos que sufren la segregación; y

“5ª Que cada uno de los Distritos que sufren la segregación quede, cuando menos, con las dos terceras partes de su territorio.”

“La porción de territorio que pretende erigirse en Distrito Municipal, segregándolo del que en la actualidad integra el de Yotoco, no reúne, a juicio de la Gobernación, los requisitos que exige la disposición antes copiada, como lo demuestra un ligero estudio de la documentación presentada por los interesados en la creación del nuevo Municipio, y que fue enviada a este Despacho con los antecedentes del proyecto a que se refieren las presentes objeciones.

“En efecto:

“19 Según el censo presentado con dicha documentación, la zona que comprenderá el nuevo Distrito Municipal de Calima tiene en la actualidad un total de 6.527 habitantes, distribuidos así: 1.405 en la zona urbana, y 5.122 en la rural. Este censo no es oficial y no ha sido presentado con alguna constancia de su autenticidad. Pero aun en el supuesto de que se admita sin reparo alguno, forzoso es concluir que el Distrito Municipal que se pretende crear, no reúne la primera condición apuntada en la disposición que se comenta, por cuanto en ella se exige un número no menor de 8.000 habitantes, cifra que es superior a la que indica el censo de que se habla. Por otra parte, entre los antecedentes del proyecto de ordenanza, no aparece el censo oficial del Municipio de Yotoco, y no es posible averiguar, por este motivo, si queda con el número de habitantes que exige la misma disposición;

“29 En los certificados expedidos por el Recaudador de Rentas Municipales consta que las rentas, en la zona que comprenderá el Distrito Municipal de Calima, durante los tres últimos años, han producido las siguientes cantidades: en 1936, \$ 5.474.09; en 1937, \$ 5.724.54, y en 1938, \$ 6.274.60. Tampoco se satisface, por este aspecto, la segunda de las disposiciones del mandato legal transcrito para la creación del nuevo Municipio, pues dicho proyecto exige que la porción de territorio que trata de erigirse en Municipio haya aportado a las rentas del Distrito de que se segrega, que en el caso presente es el de Yotoco, una suma no menor de \$ 6.000.00 en cada uno de los tres años anteriores. En la documentación estudiada tampoco existe constancia alguna que permita deducir que el nuevo Distrito Municipal de Calima quede en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no sea menor de \$ 14.000.00, que es, igualmente, requisito indispensable para la legalidad de su creación como Distrito Municipal;

“39 En la documentación estudiada no aparece acreditado que en el territorio que formará el nuevo Distrito Municipal existan locales adecuados para escuelas, cárcel y hospital, aunque es verdad, podría sostenerse, que el Corregimiento del Darién, el cual ha sido elevado a la categoría de cabecera del nuevo Distrito Municipal, cuenta con recursos suficientes para satisfacer estas necesidades;

“49 La disposición comentada estatuye también que la creación del nuevo Distrito Municipal sea solicitada por más de la mitad de los ciudadanos vecinos, y que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo Municipio. Los memoriales que sobre el particular tuvo en cuenta la honorable Asamblea Departamental, y que figuran en la documentación a que me he referido, no satisfacen la exigencia legal respecto a que las firmas de la expresada solicitud deberán autenticarse ante el Juez del Distrito que sufre la segregación;

“59 La porción de territorio que formará el nuevo Distrito Municipal de Calima ha sido tomada, en su totalidad, del que en la actualidad per-

tenece al Distrito Municipal de Yotoco, y no se ha acompañado el comprobante legal que permita sostener que éste queda, cuando menos, con las dos terceras partes de su territorio. Por último, que en el proyecto de ordenanza materia del presente estudio, se omitió la fijación de la cuota proporcional con que deberá contribuir el nuevo Distrito Municipal al pago de las deudas que tuviere el Distrito Municipal de Yotoco, del cual se segrega, fijación que debe hacerse al tiempo de la creación, de conformidad con lo prescrito por el parágrafo de la disposición tantas veces citada, y que se pretermitieron las formalidades de que tratan los artículos 148 y 149 del Código de Régimen Político y Municipal, disposiciones que regulan la expedición de actos de la naturaleza del aquí tratado.

“Por todas las anteriores consideraciones, estimo, salvo mejor opinión de esa honorable corporación, que el proyecto de ordenanza a que me refiero es violatorio de los artículos 186, numeral 49, de la Constitución Nacional, y 97, numeral 22, del Código de Régimen Político y Municipal, por cuanto no se han cumplido las condiciones que para la creación de nuevos Distritos Municipales requiere el artículo 19 de la Ley 49 de 1931, y se pretermitieron las formalidades que para ello indican los artículos 148 y 149 del Código de Régimen Político y Municipal.

“La Gobernación del Departamento, con fundamento en lo dicho, se ha abstenido de sancionar el expresado proyecto de ordenanza, etc.”

«6º Recibidos los ejemplares de la ordenanza por la Asamblea, con las objeciones del Gobernador, se pasaron a la consideración de una comisión para que estudiara y propusiera lo conveniente, con fecha 17 de junio, y al día siguiente, fecha de la clausura de la corporación, con la firma de los Diputados J. M. Ocampo, Mario Lozano P., José Antonio Juján, César T. Delgado, Alfonso Ramírez Torres y Jesús M. Young, se presentó la proposición que, aprobada por nueve balotas blancas, dice así:

“Preseindase del informe de la comisión a cuyo estudio pasó la nota de objeciones formuladas por el Gobierno a la ordenanza ‘por la cual se crea el Municipio de Calima y se señala su cabecera’, y decláranse por la Asamblea infundadas tales objeciones. En consecuencia, para los efectos legales y reglamentarios, transcribase esta proposición al señor Gobernador para que proceda a sancionar la ordenanza ‘por la cual se crea el Municipio de Calima y se señala su cabecera.’”

«7º El texto de la Ordenanza que se demanda es el siguiente:

“ORDENANZA NUMERO 49 DE 1939

(junio 23)

por la cual se crea el Municipio de Calima y se señala su cabecera.

“La Asamblea del Departamento del Valle del Cauca,

en uso de sus facultades legales,

“ORDENA:

“Artículo 1º Créase el Distrito Municipal de Calima, con cabecera en la población de El Darién.

“Artículo 2º El territorio del nuevo Municipio de Calima, cuya cabecera será la población de El Darién, quedará comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Oriente, una línea que, partiendo del *Alto del Oso*, pase por el *Alto de los Toros*, el *Alto de los Jiguales*, el *Alto del Páramo*, el *Alto de la Florida*, hasta el *Alto de la Concha*, en el li-

mite con el Municipio de Riofrio. Los demás límites, por el Occidente, el Norte y el Sur, continuarán siendo los actuales, señalados al Municipio de Yotoco con la Intendencia del Chocó y los Municipios de Riofrio, Dagua y Conto.

"Artículo 3º El Gobernador del Departamento dictará las medidas necesarias para la correcta organización del nuevo Municipio de Calima, y nombrará una junta provisional para que ponga en práctica dicha organización, y dictará también las disposiciones necesarias para que las próximas elecciones de Concejeros Municipales se verifiquen en el Distrito que se crea por esta Ordenanza, con arreglo a las prescripciones legales.

"Artículo 4º Los gastos que demande la creación del nuevo Municipio de Calima serán por cuenta de dicho Municipio.

"Artículo 5º Incluyase en el presupuesto de la próxima vigencia fiscal la partida correspondiente para atender al pago del sueldo del Alcalde.

"Artículo 6º Para los efectos electorales, el nuevo Municipio de Calima pertenecerá a la Circunscripción Electoral del Circuito del Norte.

"Artículo 7º Esta Ordenanza regirá desde su sanción."

Como primera observación, debe destacarse que el ataque que se hace a la Ordenanza se funda en que no se cumplieron los requisitos de la ley: es decir, que Calima no tiene ocho mil habitantes, ni las rentas ni las casas que exige la disposición legal. Cada uno de los requisitos exigidos debe ser examinado, dejando para último lugar el que hace referencia a los habitantes, y que ha sido el punto capital de la discusión. Los otros puntos también han sido motivo de réplicas y contrarréplicas, y así, el Gobernador, en las objeciones a la Ordenanza, dice, en el numeral 3º:

«En la documentación estudiada no aparece acreditado que en el territorio que formará el nuevo Distrito Municipal, existan locales adecuados para escuelas, cárcel y hospital, aunque en verdad podría sostenerse que el Corregimiento de Darién, el cual ha sido elevado a la categoría de cabecera del nuevo Distrito Municipal, cuenta con recursos suficientes para satisfacer estas necesidades.»

Como se ha podido apreciar por lo hasta aquí transcrito, la argumentación tiene como fundamento la negación de no llenar Calima las condiciones legales; las pruebas traídas a los autos, como es natural, tienen esa tendencia. Por tal circunstancia, el estudio detenido de las pruebas que ha presentado la parte actora, tan sólo sería pertinente, si examinadas las pruebas de la oposición que se orientan por la afirmación, es decir, a comprobar que las condiciones legales se han llenado, no fueren efectivas. Además, la inspección ocular es punto de vista fundamental para este fallo.

El Consejo, en la vista ocular, pudo constatar que el Municipio de Calima, creado por la Ordenanza, funciona ordenadamente y que está en crecimiento; que sus rentas son mayores de \$ 14.000,00 anuales; que tiene una construcción urbana con más de ciento cincuenta casas, y que cuenta con personas suficientemente aptas para desempeñar los cargos públicos; que funcionan todos los servicios sociales, y que hay holgura económica. En la clasificación municipal, Calima no ocuparía los últimos lugares por su riqueza territorial, valor de su presupuesto y su movimiento comercial. No está por demás agregar que hay allí un gran espíritu cívico y una verdadera mística por la conservación de su Municipio, que llegaría a constituir un grave problema social por la lucha de repulsión que se entablaría con Yotoco si se llegara a anular la Ordenanza.

Riqueza territorial, que sustenta la gran riqueza pecuaria, además de la riqueza que representa el café, y otras ramas de la agricultura, son factores que por sí solos inclinan a reconocer, dentro de un criterio

meramente realista, que Calima tiene derecho a subsistir como Municipio.

Hay otra circunstancia no despreciable y es la distancia que media entre una y otra localidad, que aun cuando es verdad que están unidas entre sí por carretera, no valoriza esta circunstancia vial el hecho de no existir comercio alguno entre Yotoco y Calima, porque éste tiene su mercado propio, de mayor capacidad comercial que el de aquél, lo que daría por resultado que el campesino, para el pago de impuestos, demandas, etc., tendría que recargar su vida con los transportes, únicamente por estos naturales menesteres de la vida social. Al valor del transporte habría que agregar el tiempo empleado, en tanto que el campesino que tiene un buen mercado en su Municipio, allí acude para la satisfacción de las actividades comerciales y otros menesteres, sin mayor recargo.

Condiciones son éstas que determinarían un estado permanente de rebelión del pueblo de Calima, si se encontrara obligado, por una circunstancia extraña a la necesidad real, a dividir su tiempo entre la actividad comercial y las obligaciones políticas, cumplidas, una y otras, en distintos lugares.

Queda por examinar el punto relativo a los habitantes. Según el censo de 1938, el gran total de Yotoco es de 13.066 habitantes. Dentro de esta cifra no puede cumplir el mandato legal, que desarrolla el constitucional, porque de ahí no se puede formar un Municipio con 8.000 almas y dejar en Yotoco 12.000.

• Pero ¿cuál es el valor del censo de 1938 en relación con Yotoco? Para que se pueda estimar violada la ley por no haberse atendido la cifra señalada para los habitantes, es necesario, para la lógica y para la realidad, que aparezca que el censo se levantó como una función regular del Estado; es decir, que los hechos que la misma ley señala para el efecto de la creación de Municipios, se hayan cumplido exactamente, pero si esos hechos antecedentes, como el empadronamiento, no se han cumplido, o se han cumplido con visible imperfección, no se podría afirmar que existe la realidad que el Estado busca con el levantamiento del censo para operar sobre esa realidad. Los habitantes de Calima tienen el convencimiento —observó el Consejo— de que el censo levantado en 1938 se hizo sin que se cumplieran los antecedentes necesarios para constatar el número de habitantes del antiguo Municipio de Yotoco.

Declaraciones fueron presentadas en la inspección ocular que hablan de todas estas irregularidades: los empadronadores fueron enviados de Yotoco, no llevaron los esqueletos necesarios y omitieron el empadronamiento de la mayor parte de los habitantes de Calima. Se puede oír a don Alberto Ochoa; dice así en su declaración:

“El día cinco de julio de 1938, en que se verificó el censo o empadronamiento de habitantes y habitaciones del entonces Corregimiento de Darién, ninguno de los empadronadores o censadores era vecino de dicho Corregimiento del Darién. Estos señores eran vecinos de la población de Yotoco, de donde fueron enviados. Los empadronadores pertenecían al Resguardo de Rentas Departamentales, lo cual me consta porque los individuos pertenecientes al Resguardo son muy conocidos, y además, porque todo el mundo se impuso en la población de que los empadronadores fueron los mismos celadores o guardas. . . . Leída, la aprobó. Al punto tercero: Es cierto que dichos empadronadores o censadores no levantaron el censo del entonces Corregimiento, hoy Municipio de Calima, con la corrección, imparcialidad y honorabilidad requeridas, porque omitieron visitar varias veredas, verbigracia, en la hacienda de mi padre y hermanos, que tiene aproximadamente cincuenta casas de familias de trabajadores, no censaron sino unas cuatro o cinco

casas. Algo semejante ocurrió en la vereda de 'Hueconegro', a donde ni siquiera fueron los censadores."

El censo debe expresar una realidad, y esa realidad es la que debe estimarse aprobada por el Congreso. Si la realidad no ha existido, porque la cifra expresada no está fundada en los elementos indispensables para conocer la verdad, no es posible decir que por la única circunstancia de haberse aprobado el censo, la cifra ha de tenerse como inmodificable dentro de un proceso determinado en el cual se ha establecido lo contrario.

El acto del Congreso, por medio del cual se aprueba el censo, es acto *sui generis*, pues a pesar de ser ley desde el punto de vista formal, no tiene las mismas características desde el punto esencial del contenido de las leyes.

El Consejo, en otras circunstancias, ha sentado tesis de alguna semejanza con lo expuesto. En sentencia de diciembre 4 de 1935, sobre la nulidad de la Ordenanza número 29 de 1930, de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, que creó el Municipio de Trujillo, dijo:

"Verdad es que si hubiera de tenerse en cuenta el último censo aprobado por el Congreso, que es de 1918, como pudiera colegirse del artículo 12 de la Ley 67 de 1917, habría que concluir que todo el Municipio de Riofrio no pasaba, al cabo de los doce años cumplidos en 1930, durante los cuales tuvo abundante inmigración colonizadora, de 3.246 habitantes, que arrojó el censo citado, y que el Corregimiento de Vernaza, que data de 1923, no tiene un solo habitante; lo cual es absurdo, porque va contra la evidencia de los hechos; tan absurdo, que el mismo legislador se convenció de la necesidad de reconocer el aumento progresivo de la población y adoptó, para un caso electoral, por medio del artículo 39 de la Ley 80 de 1922, una tasa de aumento del cinco por ciento anual. Y la ley no puede interpretarse de manera que conduzca al absurdo; luego lo racional es interpretar el artículo 12 de la Ley 67, no en el sentido absoluto e inflexible, sino en el que se establece una presunción legal, que admite prueba en contrario."

No está por demás advertir que, cuando se dictó la ordenanza que creó el Municipio de Calima, aún no había sido aprobado el censo. El de 1918, que fue aprobado por el Congreso condicionalmente, siempre que lo fuera por las Asambleas Departamentales, no lo fue por la del Valle, y en 1912, época a que se refiere el otro censo, comenzó la formación urbana de Calima.

Por lo tanto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal, revoca la sentencia apelada, y en su lugar resuelve que no es nula la Ordenanza número 49, de 23 de junio de 1939, expedida por la Asamblea del Valle del Cauca, por la cual se creó el Municipio de Calima.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gustavo Hernández Rodríguez, Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Antonio Escobar Camargo, Carlos Rivadeneira G.—El Conjuetz, Guillermo Morales Peña—Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Secretario.

Atribuciones de los Gobernadores

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

La disposición de una ordenanza, por la cual se atribuyen a la Junta Directiva de una empresa departamental los nombramientos del personal, la provisión de los empleos necesarios y la supresión y refundición de los existentes, peca, "prima facie" contra la doctrina de la separación de los Organos del Poder Público y viola las disposiciones que adscriben a los Gobernadores el nombramiento de sus agentes.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y uno.

El Tribunal Seccional Administrativo de Manizales decretó la suspensión provisional del artículo 1º de la Ordenanza número 29 de 1941, de aquel Departamento, y que fue pedida en la demanda de nulidad intentada en ejercicio de la acción pública por el doctor Olimpo Montes Cano.

El artículo suspendido dice:

"Artículo 1º Del primero de julio próximo en adelante la Junta Directiva del Ferrocarril de Caldas estará integrada por tres miembros, así: el Gobernador del Departamento, o en su defecto el Secretario de Obras Públicas, quien será su Presidente; el Contralor General del Departamento, o en su defecto el Auditor de la Contraloría, y un ciudadano elegido con su respectivo suplente, por la Asamblea, para un período de dos años."

"Parágrafo. La Junta del Ferrocarril de Caldas, que se crea por medio de esta Ordenanza, hará todos los nombramientos del personal de la Empresa, y queda facultada, además, para proveer los empleos necesarios, suprimir y refundir los existentes. Las asignaciones que les fije la Junta a los empleados nuevos y refundidos no podrán ser mayores de trescientos pesos mensuales."

Apeló de la suspensión el doctor Alfonso Quintero, quien se hizo parte en el juicio. El Tribunal fundó la suspensión en que la Ordenanza violó normas superiores.

Prima facie, se ve claramente que el parágrafo del artículo acusado no solamente peca abiertamente contra la doctrina de la separación de los Organos del Poder Público y la organización del Estado, sino que directamente viola mandatos precisos, como aquellos que le adscriben al Gobernador el nombramiento de sus agentes con los cuales administra. Estas disposiciones son: artículo 59, atribución 2ª del Acto legislativo número 3 de 1910; artículo 127, numeral 2º, de la Ley 4ª de 1913; artículos 1º y 2º del Decreto ejecutivo número 604 de 1933, reglamentario del ordinal segundo del artículo 127, y 331 del Código Político y Municipal. En el alegato del opositor, el argumento sustantivo es el siguiente:

"El Tribunal Seccional de lo Contencioso de este Departamento, para dictar la providencia aludida, se basó en la aparente y manifiesta opo-

sición entre el acto acusado y las disposiciones que el actor considera que se han violado. Pero esta oposición aparente y manifiesta quizá sea engañosa. Es verdad que el ordinal 2º del artículo 192 de la Constitución Nacional y el ordinal 2º del artículo 127 de la Ley 4ª de 1913 le asignan al Gobernador del Departamento la facultad de nombrar y separar libremente sus agentes; pero no le asignan la facultad de crear empleos, facultad que sólo concierne a las Asambleas Departamentales, de conformidad con el ordinal 5º del artículo 186 de la Constitución Nacional, y también con el ordinal 16 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913. Luego si las Asambleas Departamentales tienen la facultad de crear empleos, señalar la duración y las funciones de éstos, consecuentemente tienen la facultad de nombrar los individuos que ejerzan los empleos creados por ellas. Esto es lo que dice el artículo 5º de la Ley 84 de 1915."

Tal alegato no lo puede aceptar el Consejo, porque en nuestra organización, por regla general, quien crea los empleos no procede a nombrar los individuos que han de ejercerlos. De lo contrario, se podría aceptar una de las formas del despotismo, contra las cuales se manifestó violentamente la Revolución Francesa.

En el régimen republicano, una entidad da las reglas de administración, crea los empleos, y otra administra con las normas dadas, y provee los empleos creados por la otra entidad.

Además de esta doctrina, basta con leer las disposiciones citadas para concluir *prima facie*, que el artículo acusado viola las normas superiores.

Por tanto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón, Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía. Salvo mi voto porque, en mi concepto, el acto acusado no pugna ostensiblemente con normas de carácter superior. Para deducir esa pugna de oposición se requieren graves y dilatados razonamientos, propios solamente de la sentencia definitiva y no de un simple auto de suspensión provisional. Ya el Consejo ha dicho en repetida jurisprudencia que, para que la suspensión provisional prospere, se requiere la existencia de una contradicción flagrante entre la norma acusada y la que se dice violada, contradicción que, dadas las modalidades del caso en estudio, no puede afirmarse *prima facie*. En la sentencia definitiva ya habrá ocasión de hacer el estudio de fondo. *Gonzalo Gailán*—Con salvamento de voto, *Antonio Escobar Camargo—Luis E. García V.,* Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

Los empleados que administran una empresa departamental, o la Junta creada por la Asamblea con el mismo objeto, no son "agentes" del Gobernador, de los que éste puede nombrar y remover libremente. La sola consideración de que esos empleados presten un servicio público, no los caracteriza como agentes del Gobierno.

Con todo respeto disiento de la opinión de la mayoría de mis distinguidos colegas, expuesta en el auto anterior. Estriba mi diferencia con la mayoría del Consejo en que yo estimo que los empleados que administran el Ferrocarril de Caldas, o la Junta creada por la Asamblea, no son "agentes" del Gobernador, de los que este funcionario puede nombrar y remover libremente. Los empleados a que se refiere la ordenanza de la Asamblea de Caldas prestan un servicio público, ya que están sirviendo a los transportes. Pero esta sola consideración no los caracteriza como agentes del Gobierno.

Es indiscutible que, según nuestro régimen constitucional, el Gobernador dirige la acción administrativa del Departamento, y nombra y renueva libremente sus agentes, así como el Presidente de la República tiene no sólo esta facultad, sino la de nombrar todo otro empleado cuyo nombramiento no esté atribuido a otro funcionario por la Constitución de 1886 o por una ley posterior a ésta. Conforme con estas bases constitucionales, nuestra Carta acepta, en el orden nacional, que hay empleados nacionales de la rama administrativa, que no son agentes del Presidente de la República. Estos empleados, por vía general, los nombra el Presidente, salvo que su nombramiento se haya atribuido a otro funcionario o entidad, de conformidad con el artículo 115, ordinal 5º, de la Constitución Nacional. La Constitución quiso, en lo que se refiere al Presidente de la República, que éste designara a todo empleado nacional, salvo las excepciones ya dichas. Pero dejó claramente establecido que los agentes del Presidente sólo pueden ser nombrados y removidos por éste.

No comporta esta tesis contradicción alguna con el principio de ciencia constitucional, generalmente aceptado, de que los agentes de entidades de derecho público lo son los empleados que no tienen su representación, porque aquí no se trata de agentes de la entidad misma, de agentes de la Nación, sino de agentes del Presidente de la República, que es también un auténtico agente de la Nación. Por consiguiente, el Presidente de la República, al dirigir la acción nacional administrativa, tiene funcionarios que obran como delegados o representantes suyos. Estos funcionarios son los verdaderos agentes, porque representan la persona del Presidente, con todos sus atributos, en determinadas condiciones. Así, el Gobernador es agente del Presidente de la República, porque tiene su representación en forma directa e inmediata. De ahí que sea indiscutible que lo que constituye el carácter de agente sean los dos atributos mencionados: la dependencia directa del Presidente de la

República y la representación oficial del mismo. Si falta uno de estos requisitos, no tiene el empleado el carácter de agente. Lo que determina esencialmente el carácter de agente es la subordinación de funciones, la escala jerárquica, basada en la naturaleza de éstas, la dependencia directa e inmediata, que generan una verdadera armonía de grados dentro de las funciones públicas.

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia en su sentencia sobre la carrera administrativa, que tiene fuerza *erga omnes* por la función conferida a esa entidad por la Carta Fundamental, al encomendarle la guarda de la Constitución. Si no existiera esa diferencia, de que aquí se trata, si todos los empleados administrativos nacionales fueran agentes del Gobierno, la ley de la carrera administrativa fuera ostensiblemente inconstitucional. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, inspirada sin duda en estos conceptos, la declaró exequible, admitió la diferencia entre simples empleados y agentes, en fallo que tiene el carácter de un canon constitucional, porque resuelve para todos los litigios, en forma definitiva, este complejo problema del Derecho Público colombiano.

De conformidad con el artículo 192, ordinal 29, de la Constitución Nacional, y con la Ley 4ª de 1913, artículo 127, numeral 29, que reproduce la norma constitucional, el Gobernador puede nombrar y remover libremente sus "agentes". Pero el problema no estriba en el texto de la norma positiva, que es claro, sino en la interpretación que se da a ese término. De conformidad con lo dicho, para el Presidente de la República, el agente del Gobernador es el empleado departamental que, estando bajo la dependencia directa de aquél, obra como representante o delegado suyo. Si el empleado no está bajo la dependencia inmediata del Gobernador, o si sus funciones no envuelven una representación o delegación implícita de sus funciones, no tiene el carácter constitucional de agente suyo. Así, por ejemplo, los Alcaldes, los Colectores, los Tesoreros Departamentales, etc., que obran bajo la dependencia del Gobernador y que, en cierto modo, actúan en nombre del Gobernador, son sus legítimos agentes. No puede decirse tal cosa de un Portero de la Tesorería General del Departamento, de un Oficial de Estadística o de un Maestro de Escuela, porque, fuera de que no dependen directamente del Gobernador, sus funciones no envuelven representación de las funciones públicas de éste.

Nuestras leyes siempre han aceptado esta diferencia, entre simples empleados departamentales y agentes del Gobernador. Así, la Ley 84 de 1915, en su artículo 59, dice que "las Asambleas de los Departamentos pueden reservarse el nombramiento de los empleados departamentales creados por ordenanzas, y que no tengan el carácter de 'agentes' del Gobernador..." Esta Ley distingue, pues, entre el simple empleado departamental y el empleado departamental agente del Gobernador, así como la Constitución distingue entre empleados administrativos nacionales y agentes del Presidente de la República.

La Ley 165 de 1938, orgánica de la carrera administrativa, estableció claramente la diferencia existente entre la naturaleza de unos y otros empleados. Esta Ley —cuyo espíritu sobre la materia no puede ofrecer duda alguna— fue declarada ajustada a la Constitución por una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, cuya decisión tiene el carácter de fuerza constitucional, como se ha dicho. Esta Ley no establece calidad, de conformidad con el artículo 56 de la Constitución, sino que define claramente que determinados empleados administrativos nacionales, no pueden ser removidos libremente por el Presidente de la República.

De acuerdo con estos principios, que han sido aceptados en varios fallos por el Consejo de Estado (véase *Jurisprudencia*, Archila, páginas 33 y 34), estimo que la Junta del Ferrocarril de Antioquia, cuya función consiste en administrar el servicio de transporte ferrocarrilero, no puede considerarse como un agente del Gobernador.

Bien puede observarse que, dada la naturaleza de las funciones constitucionales y legales de un Gobernador, sus agentes no pueden ser sino los que actúan en determinados actos de imperio o de autoridad. Los empleados departamentales que actúan en los llamados clásicamente actos de gestión no tienen jamás el carácter de agentes de la primera autoridad política del Departamento.

Pero en el presente caso, hay una consideración más que destruye las razones expuestas por la mayoría de mis colegas. La Junta del Ferrocarril de Caldas no tiende sino a descentralizar el servicio público, descentralización aceptada por el derecho moderno y estimulada siempre por las autoridades públicas, como una medida para racionalizar la prestación adecuada de esos servicios, aligerando al Estado de muchas labores que pueden prestarse con mayor eficacia por una junta que proceda con autonomía.

Consecuente con estos principios, el doctor Tulio Enrique Tascón, Presidente del Consejo de Estado, y firmante de la decisión de la mayoría, dice en su *Derecho Constitucional Colombiano*:

“Esta facultad del Presidente para nombrar sus agentes, no impide que puedan descentralizarse algunos servicios públicos. El mismo profesor bordelés emite el siguiente concepto:

“Decir que un servicio se convierte o debe convertirse en público, quiere expresar que este servicio habrá de ser organizado por los gobernantes y que funcionará bajo su control. Pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de este servicio y los fondos que a su cumplimiento se destinan, quedarán bajo la dependencia directa e inmediata de los gobernantes. Por el contrario, el aumento del número de servicios públicos, implica una descentralización cada vez mayor de estos servicios....”

Y estas consideraciones del doctor Tascón, hechas con apoyo en las novísimas doctrinas de Duguit, tienen además como sostén todas las doctrinas que informan la teoría de los servicios públicos, que pueden prestar tanto los establecimientos públicos como los establecimientos de utilidad pública. Estos son creación de la iniciativa particular, en tanto que aquéllos emanan del Poder Público, son cuerpos desgarrados de este Poder o desmembraciones suyas, como dicen los expositores, pero ambos tienden a la prestación de un servicio con carácter independiente del Poder Público.

Entre nosotros, el Banco de la República, con personería propia, es un establecimiento público, que opera con independencia de los poderes centrales, y no sería dable decir que su Junta Directiva está integrada por “agentes” del Gobierno, por la sola consideración de que esté prestando un servicio público.

¿Cómo, pues, desvirtuar este carácter de la Junta Administrativa del Ferrocarril de Caldas, para concluir que sus miembros, así como los brequeros o fogneros del ferrocarril, son agentes del Gobernador y deben ser nombrados por éste? No valga decir que la Ordenanza viola el Decreto 604, porque este Decreto, dictado para reglamentar la Ley 4ª de 1913, no sólo desvía la facultad reglamentaria del Presidente de la República hacia tópicos no definidos por la Ley 4ª, sino que viola la Constitución Nacional, porque sus disposiciones contrarian lo que hemos visto constituye el espíritu de esa Codificación Constitucional. El Decreto 604, que parece servir de apoyo a la decisión de la mayoría del Consejo, constituye un caso clásico de lo que los franceses denominan *retournement de pouvoir*, que no puede ser punto de apoyo para descalificar una ordenanza a simple vista.

Antonio Escobar Camargo—Luis E. García V., Secretario.

Requisitos para el nombramiento

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

El espíritu del artículo 56 de la Codificación Constitucional está inspirado en razones de conveniencia técnica y eficacia administrativa, que aconsejan exigir conocimientos especiales de los aspirantes a determinados cargos públicos, a fin de que cumplan adecuadamente sus funciones; pero en ninguna forma puede interpretarse el precepto constitucional, en el sentido de exigir determinado color político como condición previa para desempeñar ciertos cargos públicos.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y uno.

El señor Gonzalo Vélez Echeverri, en escrito de 17 de julio del presente año, solicita del Tribunal Administrativo de Manizales la nulidad del párrafo único del artículo 19 de la Ordenanza número 60, del 25 de junio de 1941, expedida por la Asamblea del Departamento de Caldas en sus sesiones ordinarias últimas, y la suspensión provisional del acto acusado.

El Tribunal admitió la demanda, y en auto de julio veintiocho último, suspendió provisionalmente el párrafo único del artículo 19 de la Ordenanza, por considerar “que a primera vista el acto acusado pecara contra las siguientes disposiciones: artículo 89 del Acto legislativo número 19 de 1936, artículo 14 de la Codificación Nacional, numeral 29 del artículo 127 de la Ley 4ª de 1913, y 241 de la misma obra.”

Vicente de los Ríos, reconocido como impugnador de la demanda, apeló de esta providencia para ante el Consejo de Estado.

Para resolver se considera:

Los Jefes de la Administración seccional tienen facultad de nombrar y separar libremente sus agentes. (Numeral 29 del artículo 192 de la Codificación Constitucional, reproducido en el numeral 29 del artículo 127 del Código Político y Municipal). Esta facultad sólo está limitada en cuanto la ley haya establecido condiciones o antecedentes para desempeñar ciertos empleos. A esta conclusión se llega con la lectura del artículo 56 de la Constitución Nacional, que es del tenor siguiente:

“Artículo 56. La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios públicos y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución, etc.”

El adjetivo *ciertos*, califica a *empleos*, en forma vaga e indeterminada, y por tanto, equivale a *algunos*, de manera que es la ley la que debe determinar cuáles son los empleados que requieren requisitos o condiciones previas para ejercerlos. Es de observar que dicha atribución corresponde, en los casos no previstos por la Constitución, única y exclusiva-

mente al Congreso. Esta conclusión se desprende del mismo artículo 56 transcrito.

En cuanto a los cargos de mando y jurisdicción, tenemos el artículo 241 del Código Político y Municipal, que dice:

“Pueden ser nombrados para los destinos públicos, de mando y jurisdicción, todos los ciudadanos en actual ejercicio, menos cuando la Constitución o la ley exijan determinados requisitos o establezcan prohibiciones determinadas.

“Para los demás empleos no se necesita otro requisito que el nombramiento por quien corresponda.”

La segunda parte de este artículo contradice aparentemente el artículo 56 de la Carta. Pero en realidad guarda con éste perfecta armonía, si se tiene en cuenta que su aplicabilidad se extiende a aquellos casos para los cuales la ley no ha impuesto requisitos o condiciones previas al desempeño de cargos públicos.

¿Qué sentido y qué alcance tiene el artículo 56 de la Constitución en lo relacionado a las condiciones y antecedentes previos?

Indudablemente, el espíritu de este mandato constitucional y el ánimo del legislador fue inspirado en razones de conveniencia técnica y eficacia administrativa, que aconsejan exigir de los aspirantes a ciertos cargos públicos conocimientos profesionales, a fin de cumplir adecuadamente sus funciones. Este y no otro es el sentido del artículo 56, dentro del cual pueden haber otras interpretaciones, pero en ninguna forma la de querer exigir determinado color político como condición previa para desempeñar ciertos cargos públicos.

En atención a estas breves consideraciones, la Sala de Decisión confirma el auto de veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y uno, por el cual se decretó la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Destitución de maestros

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Es nulo el decreto por el cual se destituye a una maestra escalafonada, sin el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, aun cuando la destituida, con posterioridad a la expedición del decreto, haya dejado de figurar en el escalafón. La legalidad de un acto administrativo sólo puede juzgarse en relación con las disposiciones vigentes en el momento de dictarse.

Consejo de Estado—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Julián Silva, apoderado especial de la señorita Elvira Ruano, demandó ante el Tribunal Administrativo de Pasto la nulidad del artículo 6º del Decreto número 398, de 5 de septiembre de 1940, dictado por la Gobernación de Nariño, en virtud del cual se declaró insubsistente el nombramiento de su representada como Directora de la Escuela Urbana de Niñas de Piedrancha, y en su lugar se nombró a la señorita Julia María Coral. Solicita además el actor se declare el derecho de la señorita Ruano a que se la reintegre en el puesto mencionado, y a que se le paguen los sueldos correspondientes al tiempo que permaneció fuera del magisterio escolar, por obra del Decreto referido.

En sentencia del 22 de marzo último, el Tribunal de primera instancia falló el negocio así:

“En mérito de lo expuesto, el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Pasto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

“FALLA:

“No es el caso de decretar la nulidad del artículo 6º del Decreto número 398, de 5 de septiembre de 1940, por cuya virtud se declaró insubsistente el nombramiento de Elvira Ruano como Directora de la Escuela Urbana de Niñas de Piedrancha o Mallama, designándose en su reemplazo a Julia María Coral.

“Consecuencialmente, tampoco es el caso de decretar favorablemente las demás peticiones de la demanda.”

De esta sentencia apeló el actor, motivo por el cual ha venido el negocio al Consejo, donde se procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

Ante el Tribunal fueron acreditados los siguientes hechos:

Que Elvira Ruano fue designada para regentar la Escuela Urbana de Niñas de Piedrancha, en el periodo comprendido entre 1939 y 1940, y que desempeñó el cargo indicado.

Que posteriormente se declaró insubsistente su nombramiento de Directora de la Escuela de Piedrancha, en virtud del artículo 6º del De-

creto parcialmente demandado de nulidad, entrando a reemplazarla la señorita Julia María Coral.

Que Elvira Ruano goza de buena salud y está vacunada; y

Que forma parte del escalafón nacional del magisterio, con el carácter de maestra de segunda categoría.

El Tribunal *a quo* estimó que las pruebas aducidas no bastaban para demostrar que el acto acusado hubiera sido dictado sin sujeción a las disposiciones que regulan el ejercicio del magisterio escolar, por cuanto la presunción de legalidad que tiene a su favor dicho acto, sólo podía destruirla el actor, comprobando que en el momento de la remoción la maestra no había incurrido en ninguna de las causales que justifican legalmente el cambio, la remoción o suspensión de un maestro de escuela en ejercicio de su cargo. Para confirmar su razonamiento, adujo la circunstancia de no haberse suministrado la prueba de la buena conducta y capacidad de la señorita Ruano, por lo cual concluye afirmando que persiste en favor del acto acusado la presunción de legalidad, lo que impone el rechazo de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, el Tribunal observa que la señorita Ruano no figura en el nuevo escalafón del magisterio, correspondiente al Departamento de Nariño.

Por su parte, el señor Fiscal, en su vista de fecha 4 del mes en curso, dice:

“Todos estos argumentos, a juicio de la Fiscalía, son insostenibles por muchas razones. En efecto: el principio general y aceptado de que *onus probandi incumbit actori*, sufre en el caso contemplado una excepción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto ejecutivo nacional 1829 de 1938, que dice:

“Tanto para la no inclusión de un maestro en el escalafón como para su eliminación del mismo y consiguiente suspensión en el ejercicio de sus funciones, deberá procederse así:

- a) El Director de Educación del respectivo Departamento reunirá los documentos legales, que comprueben suficientemente que el maestro ha incurrido en alguna de las causas antes enumeradas.
- b) Si la causal se refiere a la salud del maestro, será suficiente prueba el certificado expedido por dos médicos oficiales, que para ello designe la Dirección de Educación.
- c) Reunida la referida documentación, se notificará de ella al maestro, a fin de que éste, en un término que no exceda de 15 días, a partir de la fecha de la notificación, presente sus descargos ante la Dirección.
- d) Con base en la citada documentación, el respectivo Gobernador dictará la providencia a que hubiere lugar.
- e) Cuando la providencia fuere de suspensión del maestro, deberá enviarse copia de ella al Ministerio de Educación, a fin de dictar la resolución de eliminación correspondiente.”

“Del texto del artículo transcrito, se comprende fácilmente que todo acto de remoción de un maestro escalafonado, debe ser motivado, vale decir, que debe justificarse con una documentación previa, en que se demuestre que el maestro ha incurrido en alguna de las causales que acarrearán la no inclusión en el escalafón, o su eliminación del mismo. En el expediente no aparece demostrado que la Gobernación de Nariño se hubiera ajustado a lo ordenado en el citado artículo 2º del Decreto 1829, para proceder a destituir a la demandante de su puesto de Directora de la Escuela de Piedrancha, lo que, por sí, ya es suficiente para ameritar la nulidad de ese acto.”

A las anteriores razones de la Fiscalía basta agregar, para fundamentar este fallo, las que brevemente se expresan, que sintetizan la jurisprudencia de esta corporación al respecto.

Comprobada la posesión de la demandante del cargo de Directora de la Escuela de Piedrancha, el decreto que nombra nueva Directora de la misma, significa un acto de omisión, y constituye una destitución de la antes nombrada. Y 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 los Decretos 1602 de 1936, 1829 y 2255 de 1938. Como no aparece comprobado que la demandante haya cometido actos de los que permiten su destitución, ni tampoco que la Gobernación de Nariño, al expedir el decreto acusado, hubiera acatado las normas que señalan el procedimiento a seguir, es el caso de declarar nulo el Decreto, en su artículo 6º, y ordenar el pago de los sueldos correspondientes al período comprendido entre la destitución de la demandante y su restitución en el cargo que ocupaba, de conformidad con lo pedido en la demanda.

En relación con la circunstancia observada por el Tribunal, de no figurar la señorita Ruano en el nuevo escalafón del magisterio que, por otra parte, no aparece comprobada en autos, basta considerar que la legalidad de un acto administrativo, como es obvio, sólo puede juzgarse en relación con las disposiciones vigentes al momento de dictarse.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal, revoca la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Pasto, y en su lugar

RESUELVE:

1º Declárase nulo el artículo 6º del Decreto número 398, de 5 de septiembre de 1940, dictado por el señor Gobernador de Nariño, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de Elvira Ruano como Directora de la Escuela Urbana de Niñas de Piedrancha, designándose en su reemplazo a Julia María Coral.

2º Por el Tesoro Departamental de Nariño le serán pagados a la señorita Elvira Ruano 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 la restituya en él.

Revalídese el papel común empleado en la actuación. (Artículo 351 del Código Judicial).

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

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía,—Luis E. García V., Secretario.

Contribuyentes no comerciantes

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

La sola referencia que el artículo 30 de la Ley 224 de 1938 hace a los artículos 30 y 31 del Decreto 818 de 1936, no puede conferirles la fuerza legal de que carecen. Por virtud de la simple referencia de una ley posterior, no adquiere eficacia el reglamento que jamás la tuvo, por carecer de base en la ley reglamentada.

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

En libelo presentado el 31 de enero del año en curso, el señor Alejandro Espinosa demandó ante el Tribunal Administrativo de Bogotá la nulidad de las Resoluciones números 1834 y 1962-H, dictadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en cuanto por dichas providencias se impuso al demandante una multa de \$ 500.00, por no haber llevado libros registrados durante el año gravable de 1939.

El Tribunal puso fin al negocio en sentencia de 28 de marzo último, cuya parte resolutive es como sigue:

“Decláranse nulas las Resoluciones números R-1834-H y R-1962-H, de fechas 2 de diciembre de 1940 y 20 de diciembre del mismo año, respectivamente, expedidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, únicamente en cuanto por ellas se impuso al demandante señor Alejandro Espinosa una multa de quinientos pesos, por no llevar libros registrados. Como aparece que dicha cantidad fue pagada por el contribuyente, se ordena devolvérsela.”

Apeló del fallo el Fiscal del Tribunal, y, surtida la tramitación correspondiente a la segunda instancia, se procede a dictar decisión de fondo, previas las siguientes consideraciones:

Según aparece del detalle que el contribuyente acompañó a la declaración de renta y patrimonio (folio 9), sus actividades se limitaron en 1939 a percibir los cánones de arrendamiento de algunas fincas de su propiedad, ubicadas en el área de esta ciudad, el valor de los pastajes de un lote situado en la Avenida Caracas, y los intereses, al 1% anual, sobre un depósito de \$ 40.000,00 en el Banco de Colombia, y a la venta de un lote en el sector de la Magdalena (folios 12 y 13), por valor de \$ 5.512,44, sin que esta transacción, como lo anota el contribuyente, implique que tuviera el negocio de compra y venta de lotes, pues ella no significó otra cosa que la reducción a dinero de una parte —456 varas cuadradas— de una de sus propiedades, habida por herencia, que mide una extensión de 22.091/15 varas cuadradas.

Tales actividades no pueden considerarse incluidas entre las que la ley denomina actos de comercio, y no les son aplicables los artículos

27 y 28 del Código que rige la materia. Además, como lo dejó establecido el Consejo en sentencia de 16 de mayo último, cuando los comerciantes "no llevan los libros a que están obligados conforme a los artículos 27 y 28 del Código de Comercio, incurren en las sanciones previstas en el artículo 39 y siguientes de la misma obra, sanciones que deben ser impuestas por la respectiva Cámara de Comercio."

En cuanto a la obligación de llevar libros de ingresos y egresos, que el artículo 30 del Decreto 818 de 1936 impone a los contribuyentes que no son comerciantes, el Consejo, en varios fallos, ha sostenido la inaplicabilidad de dicho precepto, que exige una formalidad no prevista en la ley reglamentada, y por consiguiente, la ilegalidad de las multas con que se sancione el incumplimiento de dicha formalidad, ya que el reglamento no puede dictar normas ni exigir formalidades ni establecer penas que no estén previstas en la ley reglamentada, y cuando hay contradicción entre la ley y el reglamento prevalece la primera.

Sobre este punto se expresa así el Consejo en el citado fallo de fecha 16 de mayo último:

"...el espíritu del legislador no fue hacer obligatorio el llevar libros a los contribuyentes distintos de aquellos a quienes tal obligación les fue impuesta por el Código de Comercio, y tratándose de los comerciantes, las sanciones por no llevar libros debidamente registrados, corresponde a las Cámaras de Comercio el hacerlas efectivas.

"El Consejo, en una jurisprudencia reiterada, uniforme y constante, ha sostenido que el Órgano Ejecutivo, al ejercer la potestad reglamentaria, no puede dictar normas nuevas, y así, no puede establecer ni una pena ni un impuesto que no estén previstos en la ley reglamentada, ni dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas, ni exigir formalidades distintas a las establecidas por la ley, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa y en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere. (*Anales del Consejo*, números 275 a 277, página 17).

"Siendo esto así, el Decreto número 818 de 1936 no podía imponer penas a quienes no llevaran libros registrados, en los casos en que la ley no ha exigido llevarlos, aunque ya se vio que dicho Decreto se refiere únicamente a los que por no ser comerciantes no están obligados a llevar los libros que señala el Código de la materia."

Se argüirá, no obstante, que el artículo 30 de la Ley 224 de 1938 vino a dar fuerza legal a los artículos 30 y 31 del Decreto 818 de 1936, cuando dice, en su parte final:

"Esto sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 30 y 31 del Decreto 818 de 1936, que rige para toda clase de contribuyentes."

Mas si, de conformidad con el principio consagrado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, las solas referencias que se hagan a una ley derogada no podrán revivirla, mientras la disposición derogada no aparezca reproducida en una ley nueva, igualmente la sola referencia a los artículos de un decreto reglamentario, no podrá conferirles la fuerza legal de que carecen por haberse extralimitado la potestad reglamentaria al dictarlos. No es posible convalidar o ratificar lo que nunca ha tenido existencia jurídica, ni adquiere eficacia por virtud de la referencia de una ley posterior el reglamento que jamás la tuvo por carecer de base en la ley reglamentada. Para que la obligación de llevar libros de ingresos y egresos los contribuyentes no comerciantes tuviera eficacia, era preciso que la Ley 224 de 1938 la hubiera establecido de modo expreso.

De otra parte, si lo que se estudia especialmente es la procedencia o improcedencia de una multa; y si el mismo señor Fiscal considera que ésta es inaplicable por la Jefatura, el fallo que libra de ella al demandante es jurídico y debe confirmarse.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal, confirma la sentencia que ha sido materia de la apelación.

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

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Derecho al ascenso

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PENARANDA ARENAS

La facultad del superior para proveer un cargo vacante es en cierto modo discrecional, puesto que entre los varios empleados del ramo, inscritos en la carrera administrativa, puede elegir el que reúna a su juicio mejores condiciones para desempeñarlo o proveer la vacante por concurso, cuando estime que ninguno de esos empleados es apto para cumplir las funciones del cargo. Hay, pues, una deficiencia en la reglamentación de los ascensos.

Consejo de Estado--Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, el señor Jorge S. Poveda demandó la nulidad del artículo 49 del Decreto número 150, de 30 de enero de 1941, procedente del Ministerio de Correos y Telégrafos, en cuanto por dicho artículo se nombra al señor Nicolás Orozco Jefe de la Oficina de Distribución de Telegramas de Bogotá, en reemplazo del señor Horacio Rodríguez Plata. El actor inició el juicio obrando en su carácter de empleado inscrito en la carrera administrativa, en el escalafón del Ministerio de Correos y Telégrafos, y haciendo uso del derecho que consagra el artículo 10 de la Ley 165 de 1938; pidió, también, el reconocimiento del sueldo que hubiera dejado de devengar por causa del decreto acusado, desde la fecha de su expedición hasta el momento en que cese la lesión del derecho individual del demandante.

En sentencia de 19 de mayo del año en curso el Tribunal resolvió el asunto en primera instancia negando las peticiones de la demanda. Apeló del fallo el señor Poveda, por lo cual el negocio ha subido al conocimiento de esta corporación, donde, surtidos los trámites de la segunda instancia, ha llegado la oportunidad de dictar decisión de fondo. El señor Fiscal del Consejo, en su vista de fecha 11 del presente, distinguida con el número 787, conceptúa que la demanda no puede prosperar, y que, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia apelada.

En el expediente aparecen satisfactoriamente comprobados los siguientes hechos:

- Que el demandante señor Poveda fue incorporado en la carrera administrativa e inscrito en el escalafón del Ministerio de Correos y Telégrafos, como Liquidador de la Caja de Radiogramas, que corresponde a la 3.ª categoría del Capítulo IV, a que se refiere el ordinal d) del artículo 30 del Decreto número 1815, de 28 de septiembre de 1940 (folios 18 y 23).
- Que el señor Nicolás Orozco no figura en el escalafón administrativo (folio 24).
- Que el demandante señor Poveda tomó posesión con fecha 1.º de febrero de 1941, del cargo que desempeña, cuya asignación es la de \$ 24.00 mensuales (folio 25).
- Que el señor Poveda cursó estudios de segunda enseñanza en el Instituto de la Salle, de Bogotá, cuyo diploma de bachiller fue reconocido por el Ministerio de Educación Nacional y registrado en el Libro número 15, de Diplomas (folio 45).

- c) Que el Jefe de la Sección de Distribución de Telegramas, puesto para el cual fue designado el señor Nicolás Orozco, cuyo nombramiento se acusa, "no desempeña labores técnicas relacionadas con la electricidad y el manejo de los aparatos de transmisión, y sólo se circunscriben a la dirección y manejo de la oficina para que los despachos telegráficos sean entregados a domicilio en la debida oportunidad" (folio 47).

Como normas violadas señaló el actor el parágrafo b) del artículo 29 de la Ley 165 de 1938 y el artículo 12 del Decreto número 2091 de 1939.

Los argumentos de derecho en que se basa el demandante se hallan expuestos así, en memorial de 21 de junio último:

"...es también *evidente* que el artículo 41 del Decreto 1815 de 1940, al eximir a los empleados que hubieren prestado sus servicios continuos con anterioridad al año de 1939, de la necesidad de acreditar su *competencia* en cada uno de los empleos a que aspiren a ser inscritos, *eximió de hecho* de la obligación de acreditar esa misma *competencia*, a los empleados pertenecientes a la carrera administrativa, es decir, a quienes estuvieren escalafonados o ya inscritos en los respectivos cargos, de acuerdo con las respectivas categorías. Y los *eximió de hecho*, por cuanto el mencionado artículo *creó* una situación jurídica general de *exención* en atención a un tiempo suficiente de servicio capaz de garantizar el adiestramiento necesario para el manejo de esta clase de empleos que, al excluir los netamente técnicos, los demás se refieren solamente a cuestión de administración o de funciones que solamente requieren experiencia.

"No sería lógico excluir de una condición a quien debe colocarse bajo una situación jurídica determinada para luego exigirle cumplirla una vez adquirida. Y en nuestro caso, ¿cómo *negarle* el *ascenso* a un empleado a quien se le han *habilitado* condiciones para el desempeño de un cargo directamente inferior?

"Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal la circunstancia de que la persona nombrada por el Decreto que demando *no está escalafonada*, como consta también en el libelo de mi demanda.

"Esta sola circunstancia *jurídica* sería suficiente para viciar de *nulidad* el decreto acusado, ya que la ley sobre carrera administrativa solamente colocaba en la posibilidad de ser nombrado para un cargo superior al personal escalafonado o perteneciente a la carrera administrativa y de orden inferior, *no así* a persona distinta de la perteneciente a dicha carrera, como sucedió en el caso del decreto demandado. ¿Cuál sería en este caso la razón jurídica o legal para negarle el *ascenso* a un empleado legalmente capacitado para ejercerlo a cambio de concederle el derecho a quien en virtud de la ley está impedido para merecerlo?

"Al presentarse la vacante del cargo de Jefe de Distribución de Telegramas, y al haber personal perteneciente a la carrera administrativa con derecho al *ascenso*, era *legal*, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto número 2091 de 1939, que el Ministerio de Correos y Telégrafos hubiera escogido del personal inscrito en la carrera el candidato apropiado para ejercer dicho cargo.

"Al no obrar el Ministerio en estas condiciones, es decir, en las condiciones legales, y nombrar al señor Nicolás Orozco, persona *no escalafonada*, *viola abiertamente* la ley, y por el hecho jurídica y legalmente se invalida la disposición demandada.

"Las demás consideraciones de orden *social* que el honorable Tribunal se abstuvo de tener en cuenta también las sustento en el sentido de la *preferencia* que se debe dar al personal perteneciente a la carrera administrativa sobre el *no perteneciente*, comoquiera que éste es preci-

samente el *principio* que funda la ley de carrera administrativa cuando quiere *amparar* a los empleados oficiales y colocarlos bajo una situación jurídica de prerrogativa *no dable* a los no pertenecientes a dicha carrera.”

El párrafo b) del artículo 29 de la Ley 165 de 1938, reconoce a los empleados incorporados en la carrera administrativa el derecho “a ser ascendidos en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, *según sus méritos y competencia*”. Y el artículo 12 del Decreto 2091 de 1939 reza textualmente:

“El empleado inscrito en el escalafón administrativo tendrá derecho al ascenso *según sus méritos y competencia*, cuando se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, susceptible de proveerse por ascenso, según las indicaciones del respectivo escalafón. En igualdad de condiciones, el empleado más antiguo tiene derecho al ascenso.

“Si el Jefe de la Oficina estima que ninguno de los empleados es apto para cumplir las funciones del cargo de que se trata, éste se proveerá *por concurso*, según el procedimiento fijado por el Consejo de Administración y Disciplina.”

En el caso sometido al estudio del Consejo se reúnen las condiciones que la ley y el reglamento señalan para que tenga lugar el ascenso: el cargo inferior pertenece a la sexta categoría —ordinal d)— y el superior a la quinta categoría —ordinal c)— del Capítulo IV —ramo de Telégrafos y Teléfonos— en el escalafón de empleos y condiciones de admisión del Ministerio de Correos y Telégrafos, organizado en virtud del Decreto número 1815, de 28 de septiembre de 1940. Entre las condiciones mínimas que los reglamentos señalan para el desempeño de uno y otro empleo no figuran requisitos de carácter técnico, que pudieran hacer el puesto vacante no susceptible de ascenso para los no técnicos; para ambos sólo se exige haber cursado algunos años de enseñanza secundaria y poseer conocimientos de mecanografía. Al presentarse, pues, la vacante del puesto de Jefe de la Oficina de Distribución de Telegramas, el Ministerio hubiera podido ascender a uno de los empleados de inferior categoría dentro del mismo capítulo del escalafón, *según sus méritos y competencia*, prefiriéndose en igualdad de condiciones el empleado más antiguo, o proveer el cargo *por concurso* si estimaba que ninguno de los empleados era apto para cumplir sus funciones, observándose también lo que dispone el artículo 42 del Decreto 1815 de 1940: que para los casos de ascenso se tendrán en cuenta, además de la mayor antigüedad del servicio, los méritos, competencia, condiciones pecuniarias y obligaciones de familia del funcionario.

Se deduce de lo expuesto que, aun en el caso de haber quedado vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, susceptible de proveerse por ascenso, según las indicaciones del respectivo escalafón, la facultad del superior para proveerlo es en cierto modo discrecional, puesto que entre los varios empleados del ramo inscritos en la carrera puede elegir el que a su juicio reúna mejores condiciones para desempeñarlo o aun puede proveer la vacante por concurso, cuando estime que ninguno de esos empleados es apto para cumplir las funciones del cargo.

Al respecto el Consejo comparte los conceptos del señor Fiscal acerca de que los reglamentos “no han fijado procedimiento para seleccionar a los empleados de acuerdo con sus méritos, ni han dicho en qué consisten los que sirven para el ascenso, ni en qué oportunidad pueden hacerlos valer los que crean tenerlos. Únicamente se da preferencia a la antigüedad, en igualdad de condiciones, pero no se dice cuáles son esas

condiciones. Solamente hay una indicación en el artículo 12 del Decreto de la cual parece desprenderse que el Jefe de la Oficina tiene facultad discrecional para apreciar la aptitud de los aspirantes en orden a decidir que si ninguno puede cumplir las funciones del servicio, el cargo debe proveerse por concurso."

Mas se arguye que el haber llamado a desempeñar el cargo vacante a una persona no inscrita en la carrera administrativa, no sólo prescindíendose de escoger entre los empleados de inferior categoría del respectivo escalafón sino aun de proveerlo por concurso, es un procedimiento que, no obstante las deficiencias reglamentarias, viola la letra y el espíritu de la Ley 165 de 1938, por lo cual merecería la sanción de nulidad dentro de la acción pública, como en seguida se expresa.

En efecto, esta acción que podría ser eficaz si el decreto se hubiera demandado directamente ante el Consejo de Estado como violatorio de normas legales, de conformidad con las reglas consignadas en la Ley 130 de 1913, es improcedente en el caso que se estudia, porque el artículo 10 de la Ley 165 de 1938, que consagra la acción intentada por el señor Poveda, en primera instancia, ante los Tribunales Administrativos, y en segunda ante el Consejo, la reconoce expresamente a los empleados de la carrera administrativa "*por violación de los derechos que les confiere la presente Ley*", y el señor Poveda, en el libelo de demanda, como ya queda dicho, pidió el reconocimiento del sueldo que hubiera dejado de devengar por causa del decreto acusado, desde la fecha de su expedición hasta el momento en que cese la lesión del derecho individual del demandante.

El demandante intentó la acción privada. Debía, pues, demostrar satisfactoriamente no sólo que el acto acusado violaba normas superiores sino además que menoscababa un derecho individual del actor. Pero la existencia de ese pretendido derecho lesionado no aparece por ninguna parte en el expediente. Habría tenido que demostrar que, en caso de producirse la vacante del puesto, para cuyo desempeño fue nombrado el señor Orozco, el demandante y únicamente el demandante, tenía claro derecho a ocuparlo en virtud del ascenso, o, lo que es lo mismo, que entre sus compañeros él ocupaba el primer lugar por sus méritos y competencia, y que, por lo mismo, era acreedor al restablecimiento del derecho dentro de las consecuencias legales de la acción privada.

Mas ya se dijo cómo el Jefe del ramo, en caso de quedar vacante un cargo de mejores condiciones susceptible de proveerse por ascenso, no solamente tiene la facultad de escoger entre los empleados de inferior categoría dentro del respectivo escalafón según sus méritos y competencia, sino además la de proveer el cargo por concurso si estima que ninguno de tales empleados es apto para cumplir sus funciones.

Se está, pues, en presencia de una deficiencia no sólo en la reglamentación legal de los ascensos sino en los elementos de prueba que correspondía allegar al caso en estudio.

En tales condiciones, la demanda no podía prosperar y es jurídica la sentencia recurrida.

Por las consideraciones expuestas, 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 apelada.

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

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Presupuestos de las Intendencias

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PENARANDA ARENAS

No cabe dentro del concepto de organización la expedición del presupuesto, acto esencialmente periódico y condición "sine qua non" para el correcto funcionamiento, durante el periodo respectivo, de los servicios que constituyen la vida administrativa. Siendo el presupuesto un acto de administración, tratándose de las Intendencias y Comisarias, entidades en las que no existen corporaciones análogas a las Asambleas Departamentales, a las que compete privativamente su expedición, la modificación de los presupuestos elaborados o formulados por las Juntas de Obras Públicas, cae dentro de la órbita de las facultades del Gobierno, bajo cuya inmediata administración ha puesto el constituyente a esas Secciones.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

En libelo presentado el 6 de mayo último, al Juez del Circuito de Villavicencio, el señor Julio Millán Millán, obrando en su carácter de Personero Municipal del mismo Distrito, debidamente autorizado por Resolución número 8, de 15 de abril del año en curso, expedida por el Concejo Municipal, y ejercitando simultáneamente tanto la acción pública como la privada, acusa ante esta corporación el Decreto número 220, de 8 de febrero de 1941, dictado por el Gobierno Nacional y publicado en el número 24588 del *Diario Oficial*, "para que se revise, se anulen las disposiciones ilegales de dicho Decreto, y, por lo que hace al Municipio de Villavicencio, se restablezca el derecho violado a este Municipio...."

Surtida la tramitación correspondiente, el Consejo procede a decidir el negocio, para lo cual considera:

La Junta de Obras Públicas de la Intendencia Nacional del Meta dictó el Acuerdo número 1, de 8 de enero último, sobre presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal de 1941. Entre otras apropiaciones, el Acuerdo, en el artículo 132 del Capítulo VII, destina la suma de \$ 16.000,00 "para pagar al Municipio de Villavicencio y como sustitución de su aporte del 40% en la construcción del nuevo acueducto en 1941 y según el plan del Fondo de Fomento Municipal."

Sanccionado el Acuerdo por el Intendente del Meta, fue enviado al Ejecutivo para su aprobación. El Gobierno, por Decreto número 220 de 1941, materia del presente juicio, aprobó el Acuerdo, pero introduciéndole modificaciones, algunas de las cuales reproduce la demanda: el artículo 133 del Decreto rebajó a \$ 10.000,00 la partida de \$ 16.000,00 apropiada en el artículo 132 del Acuerdo; por los artículos 4, 99, 184 y 185 del Decreto se modificaron los artículos 92, 97, 181 y 182 del Acuer-

do; y como artículos nuevos figuran en el Decreto los distinguidos con los números 147 y 167.

De suerte que el problema en estudio se concreta a establecer si el Gobierno tiene o nó facultad legal para hacer modificaciones, correcciones o traslados en los presupuestos intendenciales, sin necesidad de nueva intervención de las Juntas de Obras Públicas de las Intendencias.

La Ley 96 de 1928 creó en las Intendencias y Comisarias, con excepción de la del Chocó, Juntas de Obras Públicas, a las cuales atribuyó, por el artículo 11, las siguientes funciones: formular el presupuesto de rentas y gastos y remitirlo al Ministerio de Gobierno para su aprobación; acordar las obras importantes que deban ejecutarse con los recursos apropiados en el respectivo presupuesto; formular y aprobar el presupuesto de gastos para cada obra, y dar concepto sobre los contratos que celebre el Intendente o Comisario para la ejecución de determinada obra.

El artículo 79 de la Ley 10 de 1930, "sobre organización fiscal de las Intendencias y Comisarias", dio *intervención* a las Juntas de Obras Públicas en la preparación de los presupuestos, los cuales deberán ser sometidos para su validez, a la aprobación del Poder Ejecutivo.

El Decreto número 2089 de 1930, reglamentario de la Ley 10, dispuso en su artículo 1º que los presupuestos, una vez sancionados por el Intendente o Comisario, "serán remitidos al Ministerio de Gobierno para ser sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo, previo concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público", y en su artículo 17 estableció que los traslados de partidas presupuestales, sólo pueden hacerse por medio de acuerdos de las Juntas de Obras Públicas. Y el párrafo único del artículo 1º del Decreto número 2110 de 1932, dice que "si el presupuesto no se hubiere formulado de la manera exigida por el Decreto número 2089 de 1930 y por el presente Decreto, será devuelto por el Ministerio de Gobierno para que se le hagan las correcciones necesarias."

Arguye el demandante que el Decreto acusado al hacer al presupuesto de la Intendencia del Meta correcciones, modificaciones, traslados y aumentos, sin el previo concepto del Ministerio de Hacienda y sin la intervención de la Junta de Obras Públicas, violó las disposiciones reglamentarias citadas, que "constituyen materialmente *actos legales*, elementos accesorios de la ley reglamentada, de la cual forman parte, y por consiguiente, disposiciones obligatorias para el mismo Gobierno, que éste no puede modificar ni desconocer por simples decretos ejecutivos", pues "los decretos reglamentarios son de carácter general e impersonal y se dictan para obligar *erga omnes*, inclusive el Gobierno, mientras no han sido modificados por éste en ejercicio de la misma potestad reglamentaria"; que en la preparación del presupuesto de la Intendencia del Meta, tal como quedó expedido en el decreto acusado, no intervino la Junta de Obras Públicas, puesto que en muchos puntos es diferente del formulado por esta; que el hecho de que la ley exija que el Gobierno apruebe los presupuestos intendenciales, no lo autoriza para introducirles modificaciones o alteraciones que las Juntas no hayan formulado; que el Gobierno, cuando no se conforma con los presupuestos expedidos por las Juntas, sencillamente debe devolverlos con objeciones, si la inconformidad tiene razones legales o constitucionales, o pedir que se les hagan las correcciones que estime convenientes. Al modificarse, pues, por un simple decreto ejecutivo las disposiciones reglamentarias, se violó el inciso 3º del artículo 115 de la Constitución, que atribuye el ejercicio de la potestad reglamentaria al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa.

No comparte el Consejo las anteriores apreciaciones del demandante. Lo que se propuso tanto la ley como los preceptos reglamentarios, fue atribuir a las Juntas de Obras la facultad de *formular* los presupues-

tos, de intervenir en la *preparación* de ellos, pero sometidos siempre a la ulterior aprobación del Órgano Ejecutivo para su validez. En ninguna parte se dice que las Juntas tengan la facultad de expedirlos con fuerza obligatoria. Ni es posible aceptar, como lo pretende el demandante, que la intervención del Gobierno haya de limitarse a devolver a las Juntas los acuerdos presupuestales para que ellas los corrijan, pues en tal hipótesis la intervención del Gobierno sería nugatoria, ya que las Juntas podrían declararse inconformes con las observaciones del Ejecutivo, y se correría el riesgo de que los presupuestos intendenciales o no llegarán a expedirse o se expidieran tardíamente, con grave menoscabo de la Administración Pública. Si quien puede lo más puede lo menos, es lógico que el Gobierno, a quien la ley atribuye la facultad de aprobar o improbar los presupuestos de las Intendencias y Comisarias, pueda de una vez hacer las enmiendas que considere pertinentes. Sin que esta conclusión pugne con lo dispuesto en el párrafo único del artículo 1º del Decreto número 2110 de 1932, pues el Consejo estima que al disponerse allí que los presupuestos sean devueltos por el Ministerio de Gobierno para que se les hagan las correcciones necesarias, se refiere a los requisitos formales en la elaboración del presupuesto, no a la distribución del monto de las rentas para atender a los gastos de la vigencia fiscal, ni con lo preceptuado en el artículo 7º del propio Decreto, pues al disponer que los traslados de partidas presupuestales sólo pueden hacerse por medio de acuerdos de las Juntas, es obvio que se refiere a los presupuestos ya aprobados por el Ejecutivo.

En cuanto al cargo de haberse dictado el Decreto acusado sin el previo concepto del Ministerio de Hacienda, el artículo 1º del Decreto 2089 de 1930, que exigía este requisito, como lo observa el señor Fiscal de la corporación, quedó insubsistente en esa parte en virtud del artículo único del Decreto 1658 de 1931.

El inciso 9º del artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1936 —5º de la Codificación Constitucional— dispone:

“Las Intendencias y Comisarias quedan bajo la inmediata administración del Gobierno y corresponde al legislador proveer a la organización y a la división administrativa de ellas.”

Según el demandante, el acto de formular el presupuesto es un acto de organización, porque en el fondo es un acto legal, y por consiguiente, no corresponde al Gobierno, ya que la ley lo ha atribuido a las Juntas intendenciales.

Organizar —según el Diccionario de la Academia— es “establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen o han de componerla.” Dentro de este concepto de organización caben todos aquellos actos que tiendan a dar a las Intendencias y Comisarias estatutos especiales —electorales, judiciales o contencioso-administrativos—, o a crearlas o suprimirlas o anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, actos que corresponden al legislador. Que este es el alcance dado por el propio constituyente al término organización, lo demuestran las voces del inciso final del citado precepto constitucional. Mas no cabe dentro del concepto de organización la expedición del presupuesto, acto esencialmente periódico, de vigencia transitoria y condición *sine qua non* para el correcto funcionamiento de los servicios que constituyen la vida administrativa durante el periodo respectivo.

Administración es “acción del Gobierno al dictar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos”. Para los expositores la expedición del presupuesto es el acto-condición típico. A este respecto dice Gaston Jeze:

“El principal acto-condición cumplido por el Parlamento es la votación del presupuesto de rentas y gastos. En Francia la apertura de un crédito es la condición para que pueda ejercerse regularmente el poder legal de los Ministros de verificar actos jurídicos, de los cuales resulten deudas a cargo del Tesoro; negociaciones, contratos, etc. El presupuesto de rentas es, respecto a los impuestos, la condición para que pueda ejercerse regularmente el poder legal de los agentes del Tesoro de verificar los actos jurídicos creadores de obligaciones para los contribuyentes”.

Carece, pues, la expedición del presupuesto, de las condiciones que distinguen a los actos legislativos o reglamentarios, que *organizan, crean* situaciones jurídicas. Siendo, pues, el presupuesto un acto de administración, caracter que no altera la circunstancia de que su expedición en lo nacional esté atribuida al Congreso, en lo departamental a las Asambleas y en lo municipal a los Concejos, tratándose de las Intendencias y Comisarias, entidades en las que no existen corporaciones análogas a las que compete privativamente su expedición, es claro que la modificación de los acuerdos sobre presupuestos elaborados o formulados por las Juntas de Obras Públicas, cae dentro de la órbita de las facultades del Gobierno, bajo cuya inmediata administración ha puesto el constituyente a las Intendencias y Comisarias.

De las consideraciones expuestas se deduce que el acto acusado, lejos de quebrantarlas, se ajusta a las normas constitucionales, legales y reglamentarias, cuya pretendida violación invoca el actor como fundamento de la demanda.

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 de su Fiscal,

FALLA:

Primero. No es nulo el Decreto número 220, de 8 de febrero de 1941, dictado por el Gobierno Nacional.

Segundo. Se niegan, en consecuencia, las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Imposición de multas

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

El Organo Ejecutivo, al reglamentar las leyes, no puede crear penas que no figuren en la ley reglamentada. Tampoco pueden hacerlo los Gobernadores, en las mismas circunstancias, al tratarse de la reglamentación de las ordenanzas.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

Por demanda de fecha julio 17 del año en curso, el señor Efrén Osejo Peña, en ejercicio de la acción pública, demandó la nulidad del Decreto 264, de 10 de julio del año en curso, dictado por el Gobernador del Departamento de Nariño. El actor solicitó la suspensión provisional, la cual fue decretada por el Tribunal Administrativo de Pasto, por providencia de 19 de agosto de 1941. Apelado este auto por el señor Fiscal, corresponde al Consejo decidir de plano el recurso, para lo cual considera:

El decreto acusado dice así:

"DECRETO NUMERO 264 DE 1941

(julio 10)

"El Gobernador del Departamento,

en uso de sus atribuciones legales,

"DECRETA:

"Artículo 1º Los acuerdos mensuales de ordenación de gastos aprobados por el Consejo de Gobierno, de conformidad con las prescripciones del Código Fiscal, son obligatorios para la Contraloría General del Departamento, la cual, según el ordinal a) del artículo 174 de la Ordenanza de Código Fiscal, tomará las medidas del caso para que los gastos se ajusten a dichos acuerdos.

"Artículo 2º En caso de que se contraviniere a la disposición del artículo anterior, lo cual constituiría la paralización de la Administración Pública, cuya dirección corresponde al Gobernador del Departamento, el funcionario respectivo será castigado con multa de cincuenta pesos por cada vez que deje de cumplir con las disposiciones del presente Decreto, sin perjuicio de que el Gobernador y el respectivo Secretario del Despacho ordenen bajo su responsabilidad, al Tesorero General del Departamento que pague, sin más requisitos, los gastos ordenados conforme a los acuerdos mensuales aprobados por el Consejo de Gobierno.

"Artículo 3º Este Decreto regirá desde su expedición."

El Tribunal *a quo*, luego de transcribir los artículos 238, 239, 240, 161 y 174 del Código Fiscal de Nariño, presenta como única razón para decretar la suspensión provisional, la siguiente:

"Como se ve, el Decreto acusado hace obligatorios para la Contraloría General del Departamento, los acuerdos mensuales de ordenación de gastos aprobados por el Consejo de Gobierno, el cual, según las primeras disposiciones transcritas, es un cuerpo asesor y consultivo del Gobernador; y además, dispone que el Tesorero General del Departamento pague esos gastos prescindiendo de la Contraloría, cuando ésta se oponga al artículo 19 del Decreto denunciado."

A dos puntos se concreta el estudio de este negocio en el incidente que motiva el recurso. Se refiere el primero a la obligatoriedad para la Contraloría General del Departamento, de los acuerdos mensuales de ordenación de gastos, y se concreta el segundo a la procedencia o improcedencia de las multas, por la contravención a las disposiciones del artículo 19 del Decreto acusado.

La primera cuestión fue resuelta por el Consejo, por medio de la providencia de 12 de septiembre de 1941, a propósito del estudio de la Ordenanza número 6 de 1941, expedida por la Asamblea del Departamento del Huila, en las sesiones ordinarias del corriente año, que dispuso que "el Contralor Departamental no aprobará los acuerdos de gastos mientras este artículo no se cumpla" (artículo 29). El referido auto del Consejo terminó decretando la suspensión provisional de tal providencia, mediante las siguientes consideraciones que es del caso transcribir aquí:

"Lo que ocurriría si, al no aprobarse por el Contralor los acuerdos de gastos, es que se dejaría a la Gobernación sin modo de cumplir las obligaciones que le impone el artículo 51 de dicha Ley 89, de pagar preferentemente las sumas necesarias para el sostenimiento de la instrucción pública, y aun de cualesquiera otros servicios.

"Pero hay que tener en cuenta que el demandante acusa también la Ordenanza por violación del artículo 110 de la Ley 4ª de 1913, que declara nula toda ordenanza contraria a la Constitución y a las leyes, y encuentra esta violación en el artículo 29 en cuanto dispone que el Contralor Departamental no aprobará los acuerdos de gastos en general mientras tal artículo no se cumpla.

"Esta disposición viola el ordinal 29 del artículo 192 de la Codificación Constitucional (artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910), que atribuye al Gobernador el dirigir la acción administrativa en el Departamento, dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración, así como el ordinal 39 del artículo 54 del mismo Acto legislativo número 3 (artículo 186 de la Codificación), que atribuye a las Asambleas el organizar las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos y nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes, sin que la Constitución hable de que los Contralores puedan ejercer funciones distintas de las correspondientes a un Contador o Tribunal de Cuentas."

En cuanto a las multas, dispone el Decreto que en caso de que se contraviniera a la disposición del artículo 19, el funcionario respectivo será castigado con multas de cincuenta pesos por cada vez que deje de cumplir con las disposiciones del presente Decreto.

Al respecto, se observa que así como el Órgano Ejecutivo, al reglamentar las leyes, no puede crear penas que no figuren en la ley reglamentada, del propio modo, los Gobernadores no pueden hacerlo en las mismas circunstancias al tratarse de la reglamentación de una ordenanza. Y como las disposiciones que se invocan para el reglamento, no contienen multas de esta índole, el artículo que castiga el incumplimiento del decreto con multas sucesivas de cincuenta pesos, pugna, *prima facie*, con la ley, máxime cuando entre las atribuciones de los Gobernadores, de que frata la Ley 4ª de 1913, no figura tal facultad.

Dedúcese de lo anterior, que debe reformarse el auto objeto del recurso, para levantar la suspensión provisional decretada, dejándola vigente, únicamente, en la parte del artículo 2º, que se refiere a las multas por contravención del artículo 1º

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado reforma el auto apelado en la siguiente forma:

Levántase la suspensión provisional decretada por el Tribunal de primera instancia, a excepción de lo relacionado con la siguiente frase del artículo 2º, cuya suspensión se confirma:

“El funcionario respectivo será castigado con multas de cincuenta pesos por cada vez que deje de cumplir las disposiciones del presente Decreto.”

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Inexequibilidad de los decretos

Consejero, doctor

GUILLERMO PENARANDA ARENAS

Si los decretos emanados del Gobierno son actos de la Administración, cualquiera que sea su contenido —legislativo, reglamentario, etc.—, desde el momento mismo en que, por mandato del constituyente, se creó la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia para decidir sobre la exequibilidad de ellos correspondía, por su naturaleza, al Consejo de Estado. Lo inconstitucional no es que el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo atribuya al Consejo de Estado el decidir sobre la validez de los decretos del Gobierno acusados por motivos de inconstitucionalidad; lo inconstitucional sería que, creada la jurisdicción contencioso-administrativa, continuara la Corte Suprema de Justicia conociendo de los recursos de revisión sobre actos de la Administración, como son los decretos de cualquier naturaleza.

Consejo de Estado—Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

El doctor Ricardo Sarmiento Alarcón y el señor Fiscal de la corporación, doctor Gabriel Paredes, piden, en los memoriales que preceden, reposición del auto por el cual se aceptó la demanda promovida por el doctor Francisco Urrutia Holguin sobre nulidad del Decreto número 970, por el cual se señaló fecha para la reunión de las Asambleas Departamentales.

Aparte de las razones de fondo, el doctor Sarmiento alega que el desistimiento del doctor Urrutia respecto de la solicitud de suspensión implica un cambio de la acción sin los requisitos procedimentales, que imponen formular la corrección por medio de un nuevo libelo. A este respecto, sólo basta observar, para no acceder a la reposición, que la solicitud de suspensión es accesoria dentro de un juicio de nulidad; que hacerla, abstenerse de ella o retirarla no entraña cambio de la acción, y que para la respectiva solicitud no se ha señalado fórmula ninguna especial, por lo cual no puede sacrificarse el derecho al requisito que se pretende invocar.

Las siguientes razones reafirman la competencia del Consejo para conocer de este negocio:

El artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución, disponiendo que a aquélla correspondía decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales.

Esta disposición hizo culminar entre nosotros el proceso de la racionalización del Poder, sometiendo al Derecho las funciones de todos los Organos del Estado, inclusive del Organo Legislativo, que antes no estaba sujeto a ningún control jurisdiccional.

La Constitución de 1886 (artículo 90) había establecido que cuando un proyecto de ley era objetado como inconstitucional y las Cámaras insistían, correspondía a la Corte Suprema decidir el desacuerdo entre el Legislativo y el Ejecutivo, decidiendo sobre la exequibilidad del proyecto, y, con igual lógica, se pensó que cuando un proyecto de ley hubiera sido aprobado por el Congreso y sancionado por el Gobierno, pero objetado como inconstitucional por un ciudadano, debía corresponder a la misma Corte Suprema de Justicia decidir sobre la exequibilidad de la ley.

No sólo en Colombia, sino en otros países, que han seguido las huellas de ésta en el camino de establecer el control jurisdiccional de las leyes, se ha confiado a la Corte Suprema de Justicia la decisión sobre la exequibilidad de las leyes, cuando no se la ha confiado a tribunales especialmente constituidos con tal objeto, como acontecía en las Constituciones republicanas de Austria, Checoslovaquia y España.

¿Por qué, pues, el Acto legislativo número 3 de 1910 confió también a la Corte Suprema el decidir sobre la exequibilidad de los decretos, siendo así que ellos no emanaban del Órgano Legislativo? La razón no era otra que la de que, no existiendo entonces el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, no había en Colombia ningún tribunal con jurisdicción nacional al cual pudiera confiarse la revisión de los decretos del Gobierno, y fue menester, por consiguiente, adscribirle tal competencia a la Corte Suprema, no obstante que la revisión de los decretos del Gobierno, como actos que eran de la Administración, no debía por su naturaleza ser del conocimiento de la justicia ordinaria, sino de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Mas acontecía que al expedirse el Acto legislativo número 3 de 1910, no existiendo tal jurisdicción entonces, como ya se dijo, tuvo el constituyente que hacer de la competencia del Órgano Judicial asuntos que eran propios de la jurisdicción contencioso-administrativa, como fueron, aparte de la decisión sobre la exequibilidad de los decretos del Gobierno, el conocimiento de las demandas de nulidad de las ordenanzas, que el artículo 57 del Acto legislativo número 3 de 1910 dispuso que fueran obligatorias mientras no fueran anuladas por la autoridad judicial, o de los acuerdos de los Concejos, que el artículo 63 del mismo Acto legislativo dispuso igualmente que serían obligatorios mientras no fueran anulados por la autoridad judicial, lo que estaba en armonía con el artículo 151 de la Constitución de 1886, que en su numeral 5º estatuye que era atribución de la Corte decidir sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales.

Habiendo ordenado el artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910 que la ley estableciera la jurisdicción contencioso-administrativa, debía entenderse que la voluntad del constituyente fue que, tan pronto como el legislador cumpliera este mandato, pasaran a ser de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todos aquellos negocios de que antes conocía la justicia ordinaria, pero que, por razón de su naturaleza, debían ser propios de los Tribunales Contencioso-Administrativos. Tanto fue así que mientras esta clase de Tribunales no se crearon por la Ley 130 de 1913, el Poder Judicial continuó conociendo de la validez o nulidad de las ordenanzas y de los acuerdos, y habría continuado así hasta el día de hoy si tales Tribunales no hubieran sido creados en cumplimiento del mandato contenido en el precepto constitucional antes citado.

Nadie ha entendido que, porque el tenor literal del Acto legislativo número 3 de 1910 adscribe al Poder Judicial el conocimiento de las demandas de nulidad de las ordenanzas y acuerdos, sea menester una re-

forma constitucional para trasladar esta competencia a los Tribunales Administrativos.

No vale decir que el Acto legislativo número 3 confió únicamente a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la Constitución, porque el argumento, por probar demasiado, no prueba nada: según él, la Corte Suprema debiera decidir de las demandas de inconstitucionalidad no sólo de los decretos del Gobierno Nacional, sino de las resoluciones ejecutivas y ministeriales, ya que el Código de Régimen Político y Municipal no da un claro criterio para determinar cuándo un acto de la Administración debe revestir la forma de decreto y cuándo de resolución, y debiera también decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad de los decretos de los Gobernadores y de los Alcaldes, de las ordenanzas y de los acuerdos, y de todos los actos de las autoridades o funcionarios públicos acusados por concepto de ser contrarios a la Constitución.

Quienes pretenden negar al Consejo de Estado la competencia para conocer de las demandas de inexequibilidad de los decretos, olvidan que éstos, de cualquier naturaleza que sean, son actos administrativos, porque dentro de un sistema de separación de funciones y de limitación de los poderes públicos, actos de la Administración —según todos los tratadistas— son los que no emanan del Órgano Legislativo ni del Judicial.

Se arguye, sin embargo, que tratándose de los decretos-leyes, ellos deben sujetarse al régimen de control de las leyes y no de los decretos. A esto cabe observar que en nuestro sistema procesal sobre estas materias, la forma del acto es la que determina la competencia, y por eso se ha visto ya que las resoluciones ejecutivas o ministeriales, verbigracia, las orgánicas de ciertos servicios públicos, no son reusables ante la Corte, no obstante que, por su contenido, son verdaderos reglamentos.

Es sabido que existen leyes-decretos, como son los actos emanados del legislador que revisten la *forma* de una ley, pero que en el *fondo* son actos administrativos, porque no contienen normas de derecho, de carácter general y abstracto, sino actos individuales y concretos, como son las que ordenan construir un ferrocarril, auxiliar una obra pública, fundar un colegio, etc., hasta el punto de que en tiempos de la Gran Colombia y de la Nueva Granada, estos actos legislativos no llevaban el nombre de leyes sino de decretos. Se pregunta: ¿Sería razonable que porque estas leyes en el fondo son decretos pudiera reputarse que no eran actos legislativos y que, por tanto, correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa decidir sobre la exequibilidad de ellos? Claro que no, y por lo mismo piensa el Consejo que, a pesar de que un decreto del Gobierno pueda ser en el fondo de contenido legislativo, no puede a él aplicarse el régimen de las leyes para los efectos de su control jurisdiccional.

Esta cuestión obliga al Consejo a estudiar el problema de si verdaderamente existe en Colombia lo que se llaman decretos-leyes. Para el Consejo es impropio la fíta que se hace del artículo 11 de la Ley 153 de 1887, según el cual: "Los decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes." Esta disposición no se refería a los decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias conferidas por ley, sino a los expedidos en uso de la autorización que el artículo 121 de la Constitución de 1886 confería al Gobierno para expedir decretos en caso de guerra interior o de conmoción exterior, único caso en que el Gobierno estaba autorizado por la Constitución para expedir decretos de carácter legislativo, ya que en los otros casos la autorización emanaba de la ley de facultades extraordinarias. Decía el citado artículo 121 en lo pertinente: "Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional le-

gislativo, que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.”

Pues bien, al discutirse en la Asamblea Nacional Constituyente de 1910 el que es hoy artículo 33 del Acto legislativo número 3, que sustituyó al 121 citado, se modificó la disposición original del proyecto en el sentido de cambiar la frase “decretos de carácter provisional legislativo”, por esta otra: “Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio...” De modo que el sistema de los decretos legislativos de que hablaba la Ley 153 de 1887 ya no rige en Colombia.

Tampoco nuestra legislación había en ninguna parte de decretos-leyes: esta denominación, por ser cómoda, la han traído nuestros tratadistas de la legislación francesa. Pero se olvida que en Francia no se denominan decretos-leyes los dictados en uso de facultades extraordinarias, porque allá la Constitución no contemplaba este caso, sino que tenían una significación muy distinta: se referían a actos emanados de regímenes dictatoriales, en épocas en que el Estado no vivía bajo un régimen de superlegalidad. Así se deduce de los siguientes párrafos, que se copian de *Los principios generales del Derecho Administrativo*, por Gaston Jeze, traducción de Carlos García Oviedo:

“El acto legislativo o reglamentario se caracteriza porque organiza, crea una situación jurídica general, impersonal, objetiva; crea, organiza un poder jurídico impersonal, objetivo; contiene esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica.

“Toda manifestación de voluntad que en el ejercicio de un poder legal crea u organiza una situación jurídica general, impersonal, objetiva, es una ley, un acto legislativo. Poco importa la calidad del autor, ni las formas del acto, ni el procedimiento seguido para realizarlo.

“De lo expuesto se desprende por qué no existe diferencia de naturaleza jurídica entre: 1º La ley propiamente dicha, esto es, la regla de derecho general e impersonal formulada por las dos Cámaras y sancionada por el Presidente de la República; 2º El *decreto-ley*, es decir, la regla de derecho general, impersonal, *formulada en períodos de dictadura, por los dictadores*; 3º El decreto-ley colonial, o, lo que es lo mismo, la regla de derecho general dada por el Presidente de la República para ciertas colonias; 4º El reglamento de administración pública, o sea la regla de derecho general e impersonal dictada por el Presidente de la República con audiencia del Consejo de Estado y por invitación de las Cámaras; 5º El simple reglamento, es decir, la regla de derecho general e impersonal formulada por el Presidente de la República o por cualquier otro agente público investido del poder reglamentario; 6º La orden, instrucción y circular ministeriales en tanto contengan una regla de derecho general e impersonal, formulada por un Ministro en uso de su poder reglamentario.”

En todos estos casos, sea cual fuere el autor del acto, las formas seguidas y el nombre dado al acto jurídico, encontramos como efecto jurídico querido la creación de una situación jurídica general, impersonal, objetiva. Esto es necesario para que exista acto legislativo en el sentido material, pero esto no basta.

No basta, porque para que un acto legislativo en el sentido material pueda considerarse ley es menester, según el artículo 74 de la Codificación Constitucional, que haya sido expedido por el Órgano Legislativo. Dice esta disposición:

“Ningún acto legislativo será ley sin los requisitos siguientes: 1º Haber sido aprobado en cada Cámara en tres debates, en distintos días, por mayoría absoluta de votos; 2º Haber obtenido la sanción del Gobierno.”

Y antes había dicho el artículo 69, en su primer inciso: "Corresponde al Congreso hacer las leyes."

De ahí que la uniforme y constante jurisprudencia del Consejo haya sostenido que los decretos ejecutivos, bien se trate de los malamente llamados decretos-leyes, bien de los decretos reglamentarios, bien de los que proveen a la administración pública, son todos ellos actos de la Administración, no importa que en el fondo puedan tener un contenido legislativo, y así dijo esta corporación en sentencia de 22 de junio de 1938, de que fue ponente el doctor Ramón Miranda, redactor de la Ley 167 de 1941:

"De la teoría contemporánea de la *atribución de competencia o determinación de competencia*, surgen las siguientes consecuencias: la función legislativa permanece intacta en el Órgano al cual la Constitución la ha atribuido; esta función no es en ningún caso delegable. Pero el Congreso tiene la facultad, en cierta medida, de dotar al Gobierno de la competencia necesaria para expedir reglamentos sobre materias ordinariamente reservadas a la ley, con la condición de que este discernimiento de competencia sea especial y determinado —y lo que es más importante aún— que el reglamento o decreto dictado mediante autorización, aunque verse sobre una materia legislativa, *conservé su carácter propio de acto administrativo*, aunque en sentido material sea susceptible de que se le considere como acto legislativo." (*Anales del Consejo de Estado*, Números 266 a 268, Página 408).

Y posteriormente, en sentencia de 14 de mayo de 1940, de que fue también ponente el mismo Consejero doctor Miranda, se dijo lo siguiente:

"Bonnard, en su obra de Derecho Público, al referirse a los decretos dictados por el Gobierno mediante una autorización del Congreso, enseña que por virtud de ella se permite al Presidente de la República extender su facultad reglamentaria, ejerciéndola más allá de su dominio normal y de las restricciones que este ejercicio comporta ordinariamente. Explica este autor la necesidad jurídico-social de la formación y la naturaleza de las normas de derecho que las conforman, con las siguientes palabras:

"Estas habilitaciones excepcionales así dadas por el Parlamento, *no deben interpretarse como que constituyen delegaciones de funciones legislativas*. Ellas obran simplemente en el sentido de ensanchar el *dominio de competencia del poder reglamentario*. En presencia de la creciente complejidad de la obra legislativa y en la necesidad en que se encuentra a menudo el Parlamento de legislar rápidamente, este procedimiento de extender el poder reglamentario tiende a convertirse en un uso frecuente y a ser llevado a veces demasiado lejos..." (*Anales del Consejo de Estado*, Números 290 a 292, Página 377).

Si, pues, la doctrina del Consejo ha sentado que los decretos emanados del Gobierno, cualquiera que sea su contenido —legislativo, reglamentario, etc.—, son actos de la Administración y no leyes en el sentido formal, es forzoso llegar a la conclusión de que desde el momento mismo en que por virtud de un mandato del constituyente se creó la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia para decidir sobre la exequibilidad de los decretos del Gobierno correspondía por su naturaleza al Consejo de Estado, creado con posterioridad al Acto legislativo número 3 de 1910 por Acto reformativo de 10 de septiembre de 1914, que lo restableció, entre otras atribuciones, con la siguiente:

"3ª Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, conforme a las reglas que señale la ley."

Desde este punto de vista no sería aventurado afirmar que lo inconstitucional no es que el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo

atribuya al Consejo de Estado el decidir sobre la validez de los decretos del Gobierno acusados por motivos de inconstitucionalidad, sino que lo inconstitucional sería que, creada la jurisdicción contencioso-administrativa, continuara la Corte conociendo de los recursos de revisión sobre actos de la Administración, como ya se ha visto que son los decretos de cualquier naturaleza.

Carece de todo valor invocar doctrinas sentadas por esta corporación antes de la expedición de la Ley 167 de 1941, porque, como se dijo en la exposición de motivos de esta ley, el Consejo siempre estimó que mientras no se reformara la Ley 130 de 1913, él no podía conocer de las demandas por inconstitucionalidad contra los decretos del Gobierno.

No hay tal contradicción en el Consejo cuando éste dijo en sentencia de 9 de octubre del año pasado que un decreto-ley no podría ser acusado por ilegalidad ante el Consejo en el concepto de ser violador de otras leyes anteriores que éste reformaba, porque ello equivaldría a admitir que pudiera haber leyes ilegales, cosa que se expresó por cuanto el actor había demandado la nulidad del Decreto número 2080 de 1940 en el concepto de que él, al fijar gravámenes distintos sobre la exportación de los tipos de café conocidas con el nombre de pasillas y consumos, había violado la Ley 76 de 1927 y la 62 de 1931; pero de allí no puede colegirse que el Consejo sostenga que basta con que el Gobierno al expedir un decreto que contiene normas que en el fondo son legislativas, invoque en el preámbulo las facultades extraordinarias de que se encuentre investido, para que el referido decreto pierda su carácter de acto administrativo y se convierta en ley, sin que ya pueda la jurisdicción contencioso-administrativa entrar a estudiarlo para decidir en qué medida se ajusta a las facultades extraordinarias concedidas y en qué medida, por consiguiente, pueda tener fuerza legal.

Para el Consejo es claro que los decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias no pueden ser sino ilegales, es decir, violadores de la ley que concedió aquéllas, en cuanto dicha ley sea constitucional, porque si ésta no lo es, lo inconstituye oral no serán los decretos expedidos con base en ella, sino la misma ley que concedió las facultades extraordinarias, y será la ley la que deberá acusarse ante la Corte, mas no los decretos.

Este es el parecer del señor Procurador General de la Nación, expresado en los párrafos que a continuación se copian, tomándolos de memoriam presentado a la Corte con fecha 6 de los corrientes:

"Me parece claro que estando incluida expresamente en la guarda de la Constitución la revisión de decretos, *éstos no pueden ser otros que los que dicta el Gobierno* sobre materias que *directamente* le están adscritas a él en la misma Constitución y en cuya ordenación y reglamentación pueda haber desviación de poder. En este sentido me atrevo a pensar que es más lógico y congruente con la técnica que entraña el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 (149 de la Codificación) el admitir que a la Corte compete exclusivamente el conocimiento de las demandas sobre decretos dictados por el Gobierno por facultad directa constitucional, que de las demandas que versan sobre decretos-leyes. Respecto de los primeros, la tacha se refiere directamente a violación de la Constitución, cuya guarda está encomendada a la Corte; en tanto que con relación a los decretos-leyes, la tacha se dirige necesariamente a la desviación en que incurra el Gobierno al cumplir la ley expedida por el Congreso en virtud de la atribución 9ª del artículo 69 de la Carta. En estricto rigor técnico y práctico, el examen de los decretos-leyes se reduce a establecer si éstos se enñen a la respectiva ley de autorizaciones, o si, por el contrario, la exceden o extralimitan; en forma de que tal examen se contrae a una *confrontación entre la ley de au-*

lalizaciones y el decreto-ley acusado, lo que constituye en realidad una operación de control legal, que es función atribuida al Consejo de Estado."

Como se ve de todo lo expuesto, el Consejo propugna por un principio, que considera no sólo jurídico sino conveniente para la organización democrática del país, cual es el de que los decretos del Gobierno estén sometidos al control jurisdiccional del Consejo, punto adoptado por el Congreso en la Ley 167 del año pasado, el cual fue advertido del alcance de la reforma por la exposición de motivos, en la cual se dijo que el Consejo consideraba que "bastaba una simple reforma legal, sin que sea necesaria una enmienda a la Carta, como otros sostienen, para que esta corporación pueda conocer de los juicios de revisión de los decretos del Gobierno por concepto de inconstitucionalidad." Pero si respecto de ésta pudieran quedar algunas dudas, no sucede lo mismo tratándose de demanda por concepto de ilegalidad, por considerar el decreto contrario a la ley de las autorizaciones, como atrás se ha dicho.

Este aspecto del problema adquiere una claridad meridiana cuando se piensa en una ley de autorizaciones que facultara al Ejecutivo, por ejemplo, para aumentar el impuesto del patrimonio hasta el cinco por mil. Si, a virtud de esta autorización, el Gobierno aumentara este impuesto hasta el diez por mil y tal decreto fuera demandado, como violador de la ley de autorizaciones, seguramente no habría quién negara la competencia del Consejo, ya porque es a éste a quien corresponde estudiar las demandas por concepto de ilegalidad, ya porque el Consejo es el único que puede suspenderlo, evitando el cobro indebido del impuesto, o restablecer el derecho mediante la devolución si ya fue cobrado, todo lo cual no puede hacer la Corte Suprema de Justicia. Dedúcese de todo lo dicho que aquí sólo se discute un principio, un gran principio, que se viene abriendo paso desde que fue restablecido el Consejo de Estado como organismo de control de la Administración.

Por lo expuesto, no se accede a reponer el auto de veinte de abril de los corrientes, que admitió la demanda.

Notifíquese.

Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Derecho del primer proponente

Consejero ponente, doctor

CARLOS RIVADENEIRA G.

El artículo 37 del Decreto 1270 de 1931, en su parte final, es contrario a la Ley 37 de 1931, y las resoluciones ministeriales que, con base en él, desconocen el derecho preferencial que a favor del primer proponente reconoce esta Ley, aun tratándose de propuestas presentadas el mismo día, son igualmente ilegales. A esta conclusión no se opone la sentencia de la Corte, por la cual se declara que no es inexecutable, como contrario a la Constitución, dicho artículo, pues no corresponde a la Corte juzgar el decreto desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad, función que está atribuida al Consejo de Estado.

Consejo de Estado (Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos cuarenta y uno).

En ejercicio de la acción privada, reconocida por los artículos 78 y 80 de la Ley 130 de 1913, el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, apoderado especial de la Texas Petroleum Company, por escrito que lleva fecha 14 de mayo del año próximo pasado, solicita que, mediante los trámites señalados en los artículos 54 a 63 de la misma Ley y demás disposiciones concordantes, se declaren "inexequibles por ilegales", las Resoluciones del Ministerio de la Economía Nacional, proferidas en los días 13 de diciembre de 1939 y 12 de febrero de 1940, por las cuales ese Despacho Ejecutivo rechazó la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, presentada por la expresada Compañía el 17 de octubre de 1939, y registrada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto ejecutivo 1270 de 1931, en el libro respectivo, bajo el número 93, referente a una área de 36,129 hectáreas, 20 metros cuadrados, situada en jurisdicción de los Municipios de Puerto Llévano, Yacopi, Caparrapi y Guaduas, del Departamento de Cundinamarca, para aceptar, en cambio, la que el mismo día, pero horas después, presentó el señor Pedro Londoño Sáenz, referente a una área de 49,959 hectáreas, que en parte se superpone a aquélla, y que como posterior que fue, se registró bajo el número 94, en el mismo libro de registro.

Del mismo modo, solicita el actor, fundado en el artículo 49 de la Ley 80 de 1935, que al decretarse la nulidad pedida, se ordene el restablecimiento del derecho violado por las Resoluciones acusadas, solicitud que formula y concreta, así:

"Previene el artículo 49 de la Ley 80 de 1935:

"En los asuntos contencioso-administrativos, cuando se ejercita 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."

"Para los efectos, pues, de la disposición transcrita, os pido atentamente —señores Consejeros— que una vez decretada la inexequibilidad de los actos acusados, determinéis cómo ha de restablecerse el derecho de mi parte que, según entiendo, ha de ser en forma que se rechace la propuesta número 94 del señor Pedro Londoño Sáenz, presentada al Ministerio de la Economía Nacional el 17 de octubre de 1939, relativa a la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, sobre un terreno de 49.959 hectáreas de extensión, ubicado en los Municipios de Puerto Liévano, Guaduas y Caparrapi; y que, en cambio, debe aceptarse la propuesta número 93, presentada el mismo día 17 de octubre de 1939, por la Texas Petroleum Company, relativa a la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, sobre un terreno de 36.120 hectáreas y 20 metros cuadrados de extensión, ubicado en los Municipios de Puerto Liévano, Guaduas, Caparrapi y Yacopi. Todo, según las especificaciones que anoté en el capítulo de los hechos en que se apoya mi demanda...."

Como disposiciones violadas se señalan en el mismo libelo de demanda, entre otras, los artículos 52, 59, 69 y 115 de la Constitución Nacional; 15 y 16 de la Ley 37 de 1931, y 12 de la Ley 153 de 1887, éstas por aplicación indebida de la parte final del artículo 37 del Decreto 1270 de 1931, disposición contraria a la ley, y como tal, inaplicable.

Del caso es advertir aquí: que al referido escrito de demanda adjuntó el actor, en copia auténtica, las resoluciones acusadas y los demás documentos que estimó oportuno presentar en defensa de los intereses confiados a su cuidado, entre los cuales se cuentan los relativos a la existencia de la sociedad que representa y a la personería de su Gerente; y que el juicio se sustanció en legal y debida forma, con audiencia del Ministerio Público y de la parte favorecida por las resoluciones acusadas, aceptada como opositora por virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 25 de 1928, que a la letra dice:

"En las acciones contencioso-administrativas de carácter privado, y en las electorales que se ejerciten ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos Seccionales, se reconoce derecho de intervenir como parte a los que acreditaren un interés directo en que se anulen o en que se mantengan el acto o providencia materia del juicio o del recurso. Este derecho puede hacerse valer en cualquier estado de la causa, pero sin retrotraer los términos de ésta."

Agotada como está la tramitación del caso, procede fallar, y con ese fin, se considera:

Las razones que el señor Ministro de la Economía Nacional tuvo en cuenta para rechazar la propuesta de la Texas Petroleum Company y aceptar en cambio la de Londoño Sáenz, que en parte se superpone a aquella, son éstas:

1ª Que la causal primera de prelación o preferencia de que habla el ordinal 1º del artículo 16 de la Ley 37 de 1931, no tiene cabida, ni puede tenerse en cuenta para decidir con cuál de los dos proponentes referidos debe contratarse, por haber sido presentadas ambas propuestas el mismo día, hecho suficiente para que, a pesar de haberlo sido en horas distintas, se consideraran como incoadas simultáneamente, al tenor de lo estatuido en la última parte del artículo 37 del Decreto 1270 de 1931, que a la letra dice:

"Se entenderán como hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día."

2ª Que tampoco era el caso de tener en cuenta la segunda causal de prelación de que habla el referido artículo 16, no obstante haber exhibido la Texas Petroleum Company las escrituras públicas números 1901 y 2370, de 20 de noviembre de 1939, para acreditar que era dueña de parte del terreno solicitado en concesión, por dos razones, a saber:

- a) Por no haber acreditado ser dueña de la totalidad del expresado terreno, tal como lo exige el citado ordinal 2º del artículo 16; y
- b) Por aparecer acreditado con las mismas escrituras, que esa adquisición se hizo con posterioridad a la fecha en que se suscribió y registró la propuesta de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional.

Los términos precisos del referido razonamiento ministerial, en cuanto dice relación a la razón primera, son éstos:

“Habiendo sido formuladas estas dos propuestas (la de la Texas y la de Londoño Sáenz) el mismo día 17 de octubre de 1939, tienen que considerarse como simultáneas al tenor de lo dispuesto en la parte final del artículo 37 del Decreto 1270 de 1931. Por consiguiente, y sin perder de vista que en ambas se ha demostrado haber hecho la exploración superficial técnica sobre el lote pedido en concesión de petróleos, se hace necesario concluir que —en lo que dice relación a las dos propuestas referidas— no hay aquí un ‘primer proponente’ que deba ser preferido de conformidad con el numeral 1º del artículo 16 de la Ley del Petróleo. Porque es perfectamente claro que la causal de prelación establecida en ese inciso legal tiene solamente una significación cronológica, por decirlo así, es decir, que ampara únicamente al que formula su propuesta con anterioridad a la de sus competidores. Y no podría ser de otra manera, ya que, de conformidad con lo dispuesto en la parte final del artículo 15 de la misma Ley 37, la exploración superficial técnica no constituye otra expectativa de derecho que la preferencia otorgada al primer proponente conforme al numeral 1º del artículo 16 de la misma Ley. No habiendo, pues, aquí un primer proponente —porque los dos lo han sido al mismo tiempo— no puede aplicarse, para determinar con cuál de las propuestas se adelantará la tramitación, la causal primera de prelación establecida en la ley, y en consecuencia, debe recurrirse al estudio de la causal segunda para indagar si concurre aquí y a cuál de los dos proponentes favorece...”

¿Son suficientes las razones que anteceden para adoptar la conclusión que el Ministerio adoptó por medio de las Resoluciones acusadas, o, mejor dicho, para concluir, como ellas concluyen, que en el caso de autos no puede tenerse en cuenta la primera causal de prelación o preferencia de que habla el artículo 16 de la Ley 37, mencionada?

Para contestar esta pregunta es necesario tener en cuenta:

- a) Que tanto la Texas Petroleum Company, como Londoño Sáenz, acompañaron a sus respectivas propuestas, legalmente formuladas ambas, la comprobación plena de haber realizado la exploración superficial técnica que la ley exige para que se tenga derecho a ser oído como proponente.

Al respecto es terminante el siguiente aparte de la Resolución acusada, aceptado por las partes sin objeción alguna:

“Estudiadas las dos propuestas anteriores por el Departamento de Petróleos, se han encontrado perfectamente ajustadas a las disposiciones legales, tanto en lo que dice relación a su aspecto técnico, como en lo referente a su fisonomía jurídica...”; y

- b) Que las dos propuestas referidas fueron presentadas en horas distintas, la una, o sea la de la Texas Petroleum Company, a las cuatro y media de la tarde, y la otra, o sea la de Londoño Sáenz, a las cinco y media del mismo día, según se constata o comprueba plenamente con las respectivas diligencias de presentación, que en copia obran a los folios 6 vuelto y 7 vuelto del cuaderno número 2, y que a la letra dicen, en lo conducente:

“Diligencia de presentación de la propuesta número 93.—Ministerio de la Economía Nacional.—Secretaría General.—Bogotá, octubre 17 de

1939.—El memorial que antecede, por duplicado, junto con los documentos que a continuación se enumeran, fue presentado personalmente por el señor William V. Vetti, mayor y vecino de Bogotá, ciudadano de los Estados Unidos, portador de la cédula de extranjería 9629-R, E., expedida en Bogotá, en su condición de Gerente-apoderado general de la Texas Petroleum Company, sociedad constituida conforme a las leyes del Estado de New Jersey, en los Estados Unidos de América, y legalmente reconocida en Colombia, en esta misma fecha, a las cuatro y treinta p. m....”

“Diligencia de presentación de la propuesta número 94, de Pedro Londoño Sáenz.—Ministerio de la Economía Nacional.—Secretaría General.—Bogotá, octubre 17 de 1939.—El memorial que antecede, por duplicado, junto con los documentos que a continuación se enumeran, fue presentado personalmente por el señor doctor Julio Pardo Dávila, mayor de edad y vecino de Bogotá, quien porta la cédula de ciudadanía número 365004, expedida en Bogotá, en su carácter de apoderado especial del señor Pedro Londoño Sáenz, en esta misma fecha, a las cinco y treinta p. m....”

En estas condiciones, la contestación negativa a la pregunta formulada se impone, desde luego que ni gramatical, ni jurídicamente, se puede afirmar que dos personas que se presentan en distintos momentos a ejercer un mismo derecho, se han presentado simultánea y no sucesivamente, como el Ministerio lo afirma, asignándole a aquel término una significación que no tiene en castellano, y que destruye o se lleva de calle la causal de prelación o preferencia que a favor del primer proponente, o sea del que se presentó antes que otro, con antelación siquiera sea de minutos o de horas, establece el ordinal 1º del artículo 16 de la Ley 37 de 1931, cuyo tenor literal es éste:

“Toda persona natural o jurídica puede presentar propuestas para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo de propiedad nacional. En el caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la exploración y explotación de un mismo terreno, el Gobierno escogerá entre las que acrediten tener capacidad financiera suficiente, en este orden:

“1º Al primer proponente que demuestre haber hecho la exploración superficial técnica de que trata el artículo anterior.

“2º Al propietario del suelo.

“3º Al que tenga trabajos de explotación más próximos al área solicitada.

“4º Al proponente de mayor área en igualdad de condiciones.”

Por eso, con sobra de razón, dice el demandante, en el libelo de demanda respectivo:

“En efecto: la ley no ha establecido, ni expresa ni implícitamente, que las propuestas hechas en un mismo día, o siquiera en una misma hora del día, se miren como simultáneas, reconociendo, por el contrario, que una hora, un minuto y un instante son anteriores a los que le siguen, pues tienen como ‘primer proponente’ al que primero ha hecho propuesta, o sea, al que la ha presentado con anterioridad a otra, formulándose varias....”

Y no se diga que esa simultaneidad, esa analogía entre dos conceptos distintos y aun opuestos, entre las diversas horas del día, nace de lo estatuido en el Decreto ejecutivo número 1270 de 1931, artículo 37, que en su parte final dice: “Se entenderán hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día”, pues, aun cuando esto es cierto, no es menos cierto y evidente que similitudes o analogías de esa naturaleza, que no se compadecen con el significado gramatical de los términos mismos, y que en su aplicación vulneran o violan derechos reconocidos por ley, no pueden resultar sino de ficciones establecidas por el legisla-

dor, no por el Órgano Ejecutivo, cuya facultad de reglamentación está circunscrita a fijar los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, a llenar los vacíos que estorben su ejecución, su cumplimiento, sin ampliar o restringir el alcance de esos principios, por lo cual esta misma corporación, en repetidos fallos, ha dicho lo siguiente:

"Como el legislador no puede pesar todas las dificultades de orden material que presenta la ejecución de la ley, ni determinar todas las medidas que deban tomarse para el exacto cumplimiento de ella, suele autorizar expresamente al Gobierno para dictar los decretos reglamentarios que estime necesarios para el desarrollo y ejecución de las leyes.

"Pero en caso de que lo haga, la Constitución da al Presidente de la República facultad para llenar los vacíos que se anoten en la ley y para regular los pormenores de la aplicación de la misma: en esto consiste la facultad reglamentaria.

"El Consejo de Estado, en sentencias de 31 de enero y 28 de marzo de 1939, acogiendo sobre el particular las enseñanzas de Duguit, ha dicho que un decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar; que la razón de ser del decreto es la necesidad de hacer eficaz la norma de derecho, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la Administración y de los particulares, ya que la ley no puede descender a ciertos detalles de simple aplicación, y que el Parlamento no dispondría del tiempo material de discutirlos, siendo el Gobierno, por su mayor contacto con la realidad, más competente que él para preverlos y fijarlos; que todo aquello que esté contenido en la ley puede desarrollarlo de manera pormenorizada y comprensiva el decreto reglamentario; pero nada más que eso, porque la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, y no puede, por tanto, el Jefe del Estado, bajo pretexto de reglamentación dictar normas nuevas, y así, no puede establecer ni una pena, ni un impuesto que no estén previstos en la ley, ni dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas, ni exigir formalidades distintas de las establecidas por la ley, pues el reglamento no tiene mas objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa, y en rigor debe hallarse contenido en la ley a que se refiere."

Y no se arguya en contra de lo dicho, como se hace en alguna de las piezas traídas al debate durante el término probatorio del juicio, con el objeto de asignar al citado Decreto número 1270 un carácter legislativo que no tiene, que éste fue expedido no por virtud de la facultad reglamentaria de que trata el ordinal 39 del artículo 115 de la Constitución Nacional, sino en uso de la autorización especial de que trata el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, ya citada, cuyo tenor es éste: "El Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que han de someterse", porque aparte de que otra cosa es lo que dice el preámbulo de tal Decreto, en relación con tal objeción, o mejor dicho, con la fuerza de ley que a tal Decreto se le quiere asignar, obran las siguientes razones de orden legal:

1^a Que la referida autorización ni amplía en forma alguna las facultades que al Ejecutivo corresponden como ejecutor de las leyes, ni le da atribuciones distintas de las que constitucional y legalmente tiene por virtud de la facultad reglamentaria;

2^a Que dentro de esa limitadísima autorización contentiva de una simple invitación a reglamentar la ley en lo referente a la forma, modo o manera como deben presentarse las propuestas de exploración y al procedimiento administrativo a que éstas deben someterse, no cabe, ni puede haber, la de establecer presunciones o simples ficciones que des-

truyan, cercenen o vulneren derechos reconocidos por la ley reglamentada o por otros preceptos legales distintos, como ocurre con la del referido artículo 37, que al equiparar las diversas horas del día, las ocho de la mañana a las cinco de la tarde, se lleva de calle el derecho de preferencia que a favor del primer proponente, y no de otro, que con posterioridad a éste se presente, consagra el referido artículo 16 de la Ley 37 de 1931; y

3ª Que por medio de decretos expedidos en uso de autorizaciones especiales (no en razón de facultades extraordinarias concedidas *pro tempore*), no se pueden reformar ni derogar preceptos legales, ni vulnerar, ni restringir derechos reconocidos por el legislador, por no tener tales decretos más fuerza legal que la correspondiente a los simplemente reglamentarios, ya que como éstos sólo tienen el carácter de leyes en sentido material, no formal.

Al respecto, para sustentar este punto, bien puede citarse al expositor León Duguít, quien dice, tanto en relación a los decretos expedidos a virtud de una competencia que le ha sido expresamente conferida al Ejecutivo para proveer sobre materias determinadas, como en relación con los decretos, hechos por invitación que le hace una ley formal para completar esta y regular los detalles de su aplicación, lo siguiente:

"Formado así el reglamento, en virtud de competencia reconocida expresamente al Jefe del Estado por el Parlamento, no tiene, claro es, el carácter de una ley formal; continúa siendo un reglamento hechura del Jefe del Estado; no puede en ningún caso modificar o derogar una ley formal, sino tan sólo añadirse a las disposiciones de las leyes formales. En síntesis: el Gobierno recibe competencia reglamentaria; pero su acción permanece siendo gubernamental, un acto de gobierno; éste no se coloca en el puesto y lugar del Parlamento. De ahí el interés que tenemos en decir que no hay delegación. Por lo tanto, estos reglamentos pueden ser atacados utilizando el recurso por exceso de poder. La jurisprudencia del Consejo de Estado parece haber fijado ya definitivamente su criterio en tal sentido. Y lo mismo podrá, en casos idénticos, oponerse la excepción de ilegalidad....

"La invitación expresa dirigida al Gobierno para hacer un reglamento de administración pública, complementario de una ley, no aumenta en nada los poderes del Gobierno; por consiguiente, no puede insertarse en este reglamento de administración pública ninguna clase de disposiciones que no hubiesen podido figurar en un reglamento complementario hecho espontáneamente. Así, pues, este reglamento puede desarrollar los principios formulados por la ley, dictar reglas para su aplicación, pero no puede establecer ningún principio nuevo; no puede, por ejemplo, imponer una condición de forma o de fondo cuyo fundamento no se encuentre en la ley. Tampoco podrá un reglamento de esta índole, hecho en virtud de invitación del legislador, contener una penalidad, puesto que la regla del artículo 4º del Código Penal y del artículo 8º de la declaración permanece intacta. En fin; un reglamento de administración pública no podría contener ninguna disposición que modifique o derogue una disposición de una ley formal.

"Puesto que el reglamento formado en virtud de invitación del legislador permanece siendo un acto del Presidente de la República actuando como órgano administrativo, este reglamento es susceptible de ser atacado por las vías de recurso de que es susceptible todo acto del Presidente de la República actuando en tal cualidad, pudiendo oponérsele asimismo la excepción de ilegalidad."

En el mismo sentido se pronuncia Bonnard, en su obra *Elementos de Derecho Público*, al decir, como dice:

"Le règlement devant être subordonné à la loi, il y a aussi pour lui des conditions de légalité de fond et de forme. Si elles sont violées, le

règlement est illegal et par suite sans valeur juridique. Il devra donc être annulé, ou, tout au moins, ne pas être appliqué.

“La question se pose ainsi pour le règlement vis-a-vis de la loi, comme pour la loi ordinaire vis-a-vis de la loi constitutionnelle. Seulement, tandis que le jugement de la constitutionnalité de la loi ordinaire n'est pas organisé actuellement, nous possédons une forte organisation du jugement de la légalité des règlements. Elle s'applique à ceux du Président de la République comme à tous les autres.

“Il existe deux procédés pour attaquer l'illégalité d'un règlement. Ce sont l'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires et le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Le premier procédé aboutit au refus d'application du règlement illegal; le second, à son annulation. Leur régime sera exposé plus loin, dans un des chapitres consacrés au contentieux administratif.”

Para terminar, es del caso advertir, que a la conclusión a que necesariamente se ha de llegar en este fallo, por tener las resoluciones acusadas fundamento en una disposición ejecutiva contraria a la ley, no se opone la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, citada por el opositor en su alegato de conclusión y que en copia obra al folio 121 y siguiente del cuaderno principal, por medio de la cual se decide que no es inexecutable, como contrario a la Constitución, el artículo 37 del Decreto 1270, en su parte final, por no corresponder a esta entidad juzgar de ese Decreto desde el punto de vista de su legalidad, según se reconoce en la parte motiva de ese fallo, al cual pertenece el siguiente aparte:

“Lo dicho no significa que la Corte asuma una competencia que no le corresponde, cual sería la de juzgar el Decreto desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad, función que está atribuida al Consejo de Estado, sino que confirma la doctrina que ha venido sosteniendo, o sea la de que no apartándose el Decreto de la ley en que se funda, y no habiendo sido acusada ésta, no cabe examinar la inexecutableidad del Decreto sin estudiar la de la ley.”

Del mismo concepto es el Procurador General de la Nación, según se constata o comprueba con la transcripción que se hace en seguida, tomada de la vista fiscal de este alto funcionario en el juicio a que puso término la sentencia antes mencionada:

“...a) Esta Procuraduría se ha permitido en varias ocasiones sustentar ante esa honorable Corte la tesis de que los decretos ejecutivos reglamentarios de las leyes no son materia del control constitucional que autoriza el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, sino que caen directamente dentro de la jurisdicción del control legal que ejerce el Consejo de Estado conforme al artículo 78 de la Ley 130 de 1913. Esta tesis tiene como apoyo el concepto de esa misma alta corporación, quien en sentencia del 25 de septiembre de 1933 (*Gaceta Judicial* número 1886, del 26 de marzo de 1934, página 10), dijo:

“La circunstancia de tener los decretos relacionados su fundamento en el artículo 21 de la Ley 25 de 1923, trae como consecuencia el que, no habiéndose acusado la referida disposición legal, no sea posible entrar a considerar la impugnación que se hace a aquellos decretos. La Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que cuandoquiera que un decreto tenga por fundamento una ley, no hay lugar a fallar la demanda de inexecutableidad que contra el primero se formule, en tanto que no se haya acusado también la ley en que éste se apoye, por cuanto no es dable en tales circunstancias decidir acerca de la inexecutableidad del acto gubernativo, sin juzgar el acto relativo a la constitucionalidad de la ley que lo sustenta.”

“Más clara y terminante no puede ser la doctrina transcrita, ni cabe duda acerca de que es de exacta aplicación al presente caso de la de-

manda del doctor Bernardo Caycedo. En efecto: esta demanda versa sobre la parte final del artículo 37 del 'Decreto número 1270 de 1931 (21 de julio)', por el cual se reglamenta la Ley 37 de 1931, y es evidente, por otra parte, que esta Ley no está acusada por concepto alguno en la misma demanda. Antes bien, la acusación de la disposición gubernativa o reglamentaria se basa en que excede el límite de las ordenaciones de la ley reglamentada.

"b) No es óbice lo anterior para que el suscrito, apartándose del respetable concepto del Ministerio de la Economía y en fuerza del imperativo de una convicción contraria, se permita compartir el punto de vista de la demanda en cuanto a la apreciación concreta y precisa de que la parte final del artículo 37 del Decreto 1270 de 1931 contraria los mandatos de la Ley 37 del mismo año, y que en tal concepto es inexequible por ilegalidad. Para este Despacho es indudable que todo lo relacionado con el orden de preferencia de las propuestas 'para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleos de propiedad nacional', está clara y expresamente determinado en los artículos 15 y 16 de la Ley 37 de 1931. El artículo 15 consagra la libertad para la exploración superficial en todo el territorio de la República, aun dentro de superficies de propiedad particular, en busca de petróleo de propiedad nacional, y la parte final del mismo artículo fija los efectos de tal exploración, tanto en lo que concierne a la situación que se genera para el explorador como en lo relativo a la preferencia que se debe conceder cuando concurren varios proponentes. En cuanto a los derechos que crea la exploración superficial dice expresamente la disposición comentada que 'es entendido que dicha exploración no constituye otra expectativa de derecho que la preferencia otorgada al primer proponente conforme al numeral 1º del artículo 16 de la presente Ley.' Por manera que el explorador que sea primer proponente, adquiere, por la sola reunión de esas dos circunstancias, la preferencia para la admisión de la propuesta; preferencia que está definida por la misma disposición legal como expectativa de derecho."

"Y el artículo 16, ligado estrechamente al 15, otorga la preferencia —sobre las demás situaciones que contempla— al 'primer proponente que demuestre haber hecho la exploración superficial técnica de que trata el artículo anterior.'

"Cabe desde luego la posibilidad de que dentro de la situación de preferencia que para el primer proponente señalan la parte final del artículo 15 y el numeral 1º del artículo 16, se presenten varias personas, y es entonces cuando entra en consideración la primacía para la admisión de la propuesta que debe aceptarse. Es obvio que en este evento debe necesariamente tenerse en cuenta la sucesión de momentos en que se realiza la misma actividad, dentro de las unidades mínimas que por ser apreciables para la perceptibilidad humana, se ha establecido la división del tiempo. Si entre dos exploradores y presuntos proponentes, el uno concurre con su propuesta a la oficina respectiva a las ocho de la mañana, y el otro a las ocho y cuarto de la misma mañana, no es remisible a duda que el de la primera hora es el primer proponente. Es lo cierto que la ley respeta el hecho físico de la sucesión de momentos en que se descompone el tiempo, sin establecer diferencia en cuanto a las unidades de apreciación de ese fenómeno: segundos, minutos, horas. Y es, pues, a los ojos de la ley cómo una propuesta presentada en un momento dado tiene preferencia sobre otra que se presente después de ese momento, y no es dable que el estatuto gubernamental, simplemente reglamentario de esa ley, desconozca o cercene aquella ordenación legal, que no establece limitación alguna en cuanto a los momentos o unidades de tiempo que constituyen un día. Más concretamente: la ley admite la posibilidad de que dentro de un mismo día 'varias personas presenten propuestas para contratar la exploración y explotación de un mismo

terreno', y ordena esa misma ley que en este caso se prefiera al 'primer proponente que demuestre haber hecho la exploración superficial técnica de que trata el artículo anterior' (el 15). En cambio, el decreto reglamentario de esa ley dispone que en ese mismo caso 'se entenderán como hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día'. Luego es evidente que el decreto reglamentario se pronuncia en esa parte en contra de la ley.

"El Debo dejar muy clara y netamente establecido que persisto en la consideración de que la honorable Corte no es la llamada a decidir sobre la inexecutableidad puramente legal de que se trata, y que si la alta y respetable corporación de justicia opta en su sabiduría por lo contrario, y decide favorablemente en el fondo la inexecutableidad apuntada, tal decisión no afecta situaciones anteriores que hubieran sido resueltas de conformidad con la disposición acusada. Es decir, que los efectos de la declaración de inexecutableidad se surten desde la vigencia de esa declaración para el futuro, pues no puede afectar retroactivamente las situaciones creadas durante la vigencia de la disposición que se anula. La declaración de inexecutableidad comporta los mismos efectos de la derogación de la ley.

"*Conclusión.*—Como consecuencia de lo expuesto, muy respetuosamente someto a la consideración de la honorable Corte Suprema de Justicia el concepto de que si ella decide que le compete resolver el fondo de la demanda, encontrará fundamento para declarar la inexecutableidad de la parte final del artículo 37 del Decreto ejecutivo número 1270, del 21 de julio de 1931, 'por el cual se reglamenta la Ley 37 de 1931.'"

Cree el Consejo suficiente lo dicho hasta aquí para concluir que el artículo 37 del Decreto 1270 en su parte final es contrario a la Ley 37 de 1931, por lo cual, las resoluciones ministeriales acusadas, que con base en él desconocieron a la Texas Petroleum Company el derecho preferencial que a favor del primer proponente reconoce esta Ley, son igualmente ilegales, y, por ende, nulas.

Las razones que anteceden inhiben al Consejo de la obligación de entrar a estudiar la razón segunda en que las resoluciones ministeriales se fundan, pues, acogida la primera causal de preferencia o prelación, como se ha hecho, tal estudio resulta innecesario.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él,

FALLA:

1.º Son nulas, y así se declaran, las Resoluciones del Ministerio de la Economía Nacional proferidas en los días 15 de diciembre de 1939 y 12 de febrero de 1940, en cuanto por medio de ellas ese Despacho Ejecutivo rechazó la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, presentada por la Texas Petroleum Company el 17 de octubre de 1939, registrada bajo el número 93, para aceptar, en cambio, la que el mismo día, pero horas después, presentó el señor Pedro Londoño Sáenz, referente a una área que en parte se superpone a aquélla.

2.º Acéptase la propuesta de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, registrada bajo el número 93, presentada el 17 de octubre del año de 1939 por el Gerente apoderado de la Texas Petroleum Company, y que se refiere a un lote de 36.120 hectáreas 20 metros cuadrados, situado en jurisdicción de los Municipios de Puerto Liévano, Yacopí, Caparrapi y Guaduas, del Departamento de Cundinamarca, cuyos linderos generales son:

"Se toma como punto de partida el señalado en el plano con la letra 'A', el cual se halla situado en la desembocadura de la quebrada o caño

de El Retiro en el río Magdalena, a treinta y nueve (39) metros al oeste de un mojón de cemento, hallándose dicha desembocadura a veintitún mil quinientos (21,500) metros de distancia al N. 10,5' E. de la población o puerto de La Dorada. Ese punto 'A' es el ángulo suroeste del terreno de *La Ceiba*, de propiedad privada de la Texas Petroleum Company, y es el sitio en que la línea divisoria entre el referido terreno de *La Ceiba* y las tierras de The Colombia Railway Navigation, llega al Magdalena. De dicho punto 'A' el lindero sigue en dirección de ochenta y nueve grados, veintisiete minutos al nordeste (N. 89° 26' E.), y una longitud de ocho mil cuatrocientos veintisiete (8,427) metros, hasta el punto 'K', donde hay un mojón de concreto, marcado con el número M-2; del punto 'K', en línea recta, de dos mil quinientos noventa y dos metros ochenta y tres centímetros (2,592,83) de longitud y dirección de sesenta y seis grados veinticinco minutos al sur de este (S. 66° 25' E.), hasta el punto señalado con la letra 'J', que se halla en la cúspide de la cordillera de San Antonio, determinado sobre el terreno por un mojón de concreto con la cifra M-3; este punto es el ángulo sureste de la propiedad de *La Ceiba*; desde el punto 'J' se continúa en línea recta de longitud de mil ochocientos ochenta y tres metros cuarenta centímetros (1,883,40), en la dirección de sesenta y seis grados veinticinco minutos al sureste (S. 66° 25' E.), hasta el punto 'Z', determinado en el terreno con un mojón de cemento, con la cifra M-4, y que se halla situado en la margen occidental del río Negro; continúa luego el lindero desde el punto 'Z' por la orilla occidental del río Negro, aguas arriba, hasta un punto situado exactamente frente a la desembocadura del río Nacopay en el río Negro y señalado en el plano con las letras 'EN'; la línea recta que une el punto 'Z' con el punto 'MN' tiene rumbo de diez y ocho grados veintitrés minutos cuarenta y dos segundos al suroeste (S. 18° 23' 42" W.), y una longitud de ocho mil ochocientos sesenta y siete metros (8,867 mts.). Del punto 'MN' al 'X', entre los que media la distancia de mil quinientos veinte metros cuarenta y siete centímetros (1,520,47), en dirección de cincuenta y cinco grados veintidos minutos al nordeste (N. 55° 22' E.), la línea atraviesa el río Negro, pasa por la desembocadura en éste del río Nacopay y sigue el límite sur de los terrenos de *Terán*. Del punto 'X' el lindero sigue por todo el filo o cumbre de la cordillera que divide aguas entre el río Nacopay y el río Negro, hasta el punto de la misma cordillera señalado en el mapa con las letras CA, que queda en dirección de treinta y ocho grados cuarenta y seis minutos y treinta segundos al nordeste (N. 38° 46' 30") y a una distancia de cinco mil ochocientos treinta y seis metros veinte centímetros (5,836,20 mts.) del punto 'X'. Del punto 'CA', en recta hasta la confluencia de la quebrada Salinas y el río Nacopay, punto señalado con las letras 'SN', y que se halla a una distancia de seis mil setecientos setenta y dos metros catorce centímetros (6,772,14 mts.) del punto 'CA', en la dirección de doce grados cincuenta y cuatro minutos y treinta y cinco segundos al suroeste (S. 12° 54' 35" W.). Del punto 'SN' se sigue una línea recta imaginaria en dirección de veinticinco grados tres minutos y treinta segundos al suroeste (S. 35° 03' 30" W.), y con longitud de diez y ocho mil cuatrocientos noventa metros ochenta y siete centímetros (18,490,87 mts.), hasta el punto 'RN'. Del cual se sigue otra recta con rumbo de noventa grados (S. 90° W.) al sureste y longitud de siete mil metros (7,000 mts.) hasta el punto 'TN', el cual constituye el ángulo nordeste de la hacienda de *Valparaiso*; del 'TN' al punto 'UN' la línea sigue por todo el lindero norte de la referida hacienda; las rectas que unen los diferentes puntos de ese trayecto tienen los siguientes rumbos y longitudes:

"Del XI (igual al 'TN') XII, 1,802.50 mts.	N. 50° 00' W.
"XII—XIII, 408 mts.	N. 79° 10' W.
"XIII—XIV, 33 mts.	N. 80° 00' W.
"XIV—XV, 522 mts.	N. 78° 50' W.
"XV—XVI (igual a 'UN'), 204.65 mts.	N. 41° 00' W.

"Este punto, señalado con las letras 'UN' (XVI), corresponde al ángulo noroeste del perímetro de *Vauparaiso*, y se halla situado en la desembocadura de la quebrada de Purnio en el río Magdalena. De dicho punto 'UN' el lindero sigue por toda la orilla oriental del río Magdalena, aguas abajo de éste, hasta el punto de partida, señalado con la letra 'A'. El rumbo de la recta que une el punto 'UN' con el punto 'A' es de ocho grados y cincuenta y cinco segundos al nordeste (N. 89° 00' 55" E.), y su longitud de veintiséis mil ochocientos ochenta y cinco metros sesenta y un centímetros (26,885.71 mts.)."

Del lote anteriormente delimitado, excluirá el contratista, antes de celebrarse el contrato y de acuerdo con el Ministerio respectivo, terminales de ferrocarriles y bases aéreas, si dentro de tal limitación quedaren comprendidas, lo mismo que las áreas de las poblaciones mencionadas.

39 No es el caso de aceptar la propuesta de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional registrada bajo el número 94, y que fue presentada el 17 de octubre de 1939 por el doctor Julio Pardo Dávila en nombre y representación del señor Pedro Londoño Sáenz. Es entendido que este proponente goza del derecho que le concede el artículo 45 del Decreto 1270 de 1931, con relación a la parte de su propuesta que no se superpone sobre el área de la anterior.

40 Las anteriores determinaciones son sin perjuicio de los derechos de turno que al proponente Londoño Sáenz y al señor Joaquín Samper Herrera, cuya propuesta fue negada también por el Ministerio, les concede el artículo 59 de la Ley 160 de 1936, los cuales se podrán ejercer tan pronto como sean ellos viables.

50 De conformidad con los artículos 59 de la Ley 160 de 1936 y 79 del Decreto 1270 de 1931, y para los efectos allí previstos, el Ministerio de Minas y Petróleos publicará en el *Diario Oficial* un extracto de la propuesta aceptada y librára los carteles y comunicaciones pertinentes, cumpliendo los demás requisitos que establecen las citadas disposiciones.

Cópiese, publíquese, notifíquese, dése cuenta al Ministerio respectivo y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Gonzalo Gaitán—Antonio Escobar Camargo—Diógenes Sepúlveda Mejía—Con salvamento de voto, Guillermo Peñaranda Arenas—Con salvamento de voto, Gustavo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores

**GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ y
GUILLERMO PENARANDA ARENAS**

Los dos fallos no armonizan: la Corte sostiene, en efecto, que el decreto no es simplemente reglamentario, y el Consejo dice que sí. Este conflicto no puede, no debe existir jurídicamente, porque el fallo de la Corte debe ser acatado por haber sido dictado en desarrollo de una atribución constitucional.

Salvamos nuestro voto en la sentencia anterior y formulamos nuestras razones así:

Con el mayor respeto hacemos el análisis de la parte concreta de la sentencia que nos impide aceptarla tanto en su parte motiva como en la resolutiva.

El fallo sienta como base única de su determinación la ilegalidad del Decreto número 1270, de 21 de julio de 1931, en su artículo 37, y dice que éste es un Decreto simplemente reglamentario, y agrega:

“Y no se arguya en contra de lo dicho, como se hace en algunas de las piezas traídas al debate durante el término probatorio del juicio, con el objeto de asignar al citado Decreto número 1270 un carácter legislativo que no tiene, que éste fue expedido no por virtud de la facultad reglamentaria de que trata el ordinal tercero del artículo 115 de la Constitución Nacional, sino en uso de la autorización especial de que trata el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, ya citada, cuyo tenor es éste: ‘El Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que han de someterse’, porque aparte de que otra cosa es lo que dice el preámbulo de tal Decreto, en relación con tal objeción, o, mejor dicho, con la fuerza de ley que a tal Decreto se le quiere asignar, obran las siguientes razones de orden legal: 1ª Que la referida autorización ni amplía en forma alguna las facultades que al Ejecutivo corresponden como ejecutor de las leyes, ni le da atribuciones distintas de las que constitucional y legalmente tiene por virtud de la facultad reglamentaria; 2ª Que dentro de esa limitadísima autorización, contentiva de una simple invitación a reglamentar la ley en lo referente a la forma, modo o manera como deben presentarse las propuestas de exploración y al procedimiento administrativo a que éstas deben someterse, no cabe, ni puede caber, la de establecer presunciones o simples ficciones que destruyan, cercenen o vulneren derechos reconocidos por la ley reglamentada o por otros preceptos legales distintos, como ocurre con la del referido artículo 37, que al equiparar las diversas horas del día, se lleva de calle el derecho de preferencia que a favor del primer proponente, y no de otro que con posterioridad a éste se presente, consagra el referido artículo 16 de la Ley 37 de 1931; y 3ª Que por medio de decretos expedidos en uso de autorizaciones especiales (no en razón de facultades extraordinarias concedidas *pro tempore*), no se pueden reformar, ni derogar preceptos legales, ni vulnerar, ni restringir derechos reconocidos por el legislador, por no tener tales decretos más

fuerza legal que la correspondiente a los simplemente reglamentarios, que como éstos sólo tienen el carácter de leyes en sentido material, no formal."

Sostenemos que el fallo del Consejo de Estado pasa por alto la sentencia de la Corte que declaró que no era inexecutable el artículo 37 del Decreto citado. Veámoslo: El Consejo sostiene que el decreto es simplemente reglamentario, que no es dictado en desarrollo de facultades especiales y que éstas no amplían en manera alguna las facultades que el Ejecutivo tiene como ejecutor de las leyes. Y la Corte dice en su fallo de 13 de marzo de 1941:

"El señor doctor Bernardo J. Caycedo, en su carácter de ciudadano colombiano y en ejercicio del derecho que consagran los artículos 41 y 149 de la Constitución Nacional, pide, en demanda presentada el diez y ocho de marzo último:

"Que declareis inexecutable, por inconstitucional, el artículo 37 del Decreto ejecutivo número 1270, de 21 de julio de 1931, en su parte, miembro o cláusula final que refiriéndose a las propuestas que se presenten al Gobierno o al Ministerio respectivo, para la celebración de contratos de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, dice así: '...Se entenderán hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día.' El demandante señaló como violados por la disposición acusada los siguientes artículos de la Constitución: '...El 52, que determina los Organos del Poder Público y declara que ellos son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado...' El 54, que dice: 'La potestad de hacer leyes reside en el Congreso...' El 69, en cuanto establece: 'Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: '...1.º Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes.' El 115, atribución 2.º, que da al Presidente de la República la facultad de promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento, y la atribución 3.º, que lo autoriza para ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes...' El artículo 37 del Decreto número 1270 de 1931 dice: '...En la Secretaría del Ministerio de Industrias se llevará un libro de registro, debidamente foliado y autenticado en cada una de sus páginas, con las firmas del Ministro y del Secretario, en el cual se anotarán por riguroso orden numérico y cronológico las propuestas, con especificación del día en que fueron presentadas, los nombres de los proponentes, los linderos y la ubicación del área solicitada y una relación completa de los documentos que forman la propuesta, con el detalle del número de fojas del memorial o memoriales respectivos, las de los planos o memorias técnicas, con los nombres de las personas que autorizan dichos planos o memorias. Se entenderán como hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día.' El artículo 16 de la Ley 37 de 1931, que dio origen al que se acaba de copiar, estatuye: 'Toda persona natural o jurídica puede presentar propuestas para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo de propiedad nacional. En el caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la explotación y la explotación de un mismo terreno, el Gobierno escogerá entre las que acrediten tener capacidad financiera suficiente, en este orden: '...1.º el primer proponente que demuestre haber hecho la exploración superficial técnica de que trata el artículo anterior, 2.º Al propietario del suelo, 3.º Al que tenga trabajos de explotación más próximos al área solicitada, 4.º Al proponente de mayor área, en igualdad de condiciones. El Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que hayan de someterse.' Más adelante continúa la sentencia así: 'La Corte ha sostenido

reiteradamente, entre otras ocasiones en la sentencia citada por el señor Procurador, que cuando el decreto acusado tiene por fundamento una ley, sin que se aparte de ella, no es posible entrar a examinar la inconstitucionalidad del decreto si no se acusa a la vez la ley correspondiente.

“En el caso presente (subrayamos nosotros) estima la Corte que el decreto acusado no tiene la simple calidad de reglamentario, sino que, en la parte impugnada, se basa en la autorización especial y expresa, de carácter ordinario (ordinal 8º del artículo 69 de la Constitución Nacional), que el Congreso le concedió al Gobierno en el inciso final del artículo 16 de la Ley 37 de 1931, que dice: ‘El Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que hayan de someterse.’ Teniendo en cuenta esta autorización especial, no puede sostenerse que el Decreto en referencia traspase los límites de la ley, ni que la contrarie o modifique hasta el punto (seguimos subrayando) de ser por sí sólo inconstitucional, pues no se ve que viole directamente ni indirectamente los preceptos constitucionales citados en la demanda, ni alguno o algunos otros.

“Lo dicho no significa que la Corte asuma una competencia que no le corresponde, cual sería la de juzgar el decreto desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad, función que está atribuida al Consejo de Estado, sino que confirma la doctrina que ha venido sosteniendo, o sea la de que no apartándose el decreto de la ley en que se funda, y no habiendo sido acusada ésta, no cabe examinar la inexequibilidad del decreto sin estudiar la ley.”

“Otra cosa es la acusación por inconstitucionalidad en razón de exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo que en su caso ha estudiado la Corte, como de su competencia que es.

“Pero ya se ha visto que la parte impugnada del decreto mencionado se basa en autorización especial, y por tanto, no adolece del vicio que se le atribuye.

“Es suficiente lo dicho para concluir que la demanda del doctor Caycedo no puede prosperar.

“En armonía con lo dicho y de acuerdo, en parte, con el señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y en uso de la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional, la decide: No es inexecutable la parte acusada del artículo 37 del Decreto número 1270, del 21 de julio de 1931, que dice: ‘Se entenderán como hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día.’”

Frente a frente los dos fallos, se ve claramente que no armonizan. En efecto: la Corte sostiene que el decreto no es simplemente reglamentario, y el Consejo dice que sí lo es. Este conflicto, para nosotros, no puede, no debe existir jurídicamente porque el fallo de la Corte debe ser acatado por haber sido dictado en desarrollo de una atribución constitucional.

Sostener que el decreto es simplemente reglamentario, cuando la Corte lo ha clasificado en otra categoría, nos parece que es desatender el mandato constitucional. No puede haber confusión sobre lo que quiso y dijo la Corte, porque en varios pasajes de su fallo se lee:

“En el caso presente estima la Corte que el decreto acusado no tiene la simple calidad de reglamentario, sino que, en la parte impugnada, se basa en la autorización especial y expresa de carácter ordinario (ordinal 8º del artículo 69 de la Constitución Nacional), que el Congreso le concedió al Gobierno en el inciso final del artículo 16 de la Ley 37 de 1931, que dice: ‘El Gobierno reglamentará la forma como deben

presentarse las propuestas y los trámites a que hayan de someterse.' Y más adelante: 'Pero ya se ha visto que la parte impugnada del decreto mencionado se basa en autorización especial, y por tanto, no adolece del vicio que se le atribuye.'"

Hecha esta declaración por la Corte, el Consejo no podía, en nuestro concepto, acomodarse exactamente a los principios constitucionales, al decir que no es como lo dice la Corte, porque el decreto es simplemente reglamentario, y declararlo ilegal para no aplicarlo.

La autorización especial que reconoce la Corte y que desconoce el Consejo, es aceptada por todos los comentaristas de nuestra Constitución, entre otros por el doctor Tulio Enrique Tascón, quien se expresa así en su *Tratado de Derecho Constitucional Colombiano*:

"...3ª Que las facultades sean precisas, es decir, que determinen la materia sobre que versan. Así, no podrían concederse facultades al Presidente de la República para que haga cuanto juzgue conveniente a los intereses del país o para que en general ejerza las atribuciones que corresponden al Congreso. Mas la precisión exigida no debe entenderse que llegue hasta determinar la autorización especial que se confiere, como sería exigir, por ejemplo, que se dijera que para que celebre tal o cual contrato o dicte tal o cual medida, como algunos lo han pretendido, pues ya éstas serían autorizaciones especiales, que el Congreso puede conferir al Poder Ejecutivo ordinariamente y para las cuales no son menester facultades extraordinarias."

Como conclusión de este salvamento de voto, copiamos algunos apartes del proyecto presentado por el Consejero Gustavo Hernández Rodríguez, que fue votado en contra por la mayoría de la Sala, con exclusión del voto del Consejero Guillermo Peñaranda Arenas.

La Constitución le da al Presidente de la República la facultad reglamentaria, artículo 115. La misma establece las atribuciones del Congreso, y en ellas figura la de autorizar al Gobierno para ejercer funciones dentro de la órbita constitucional, como darle autorización especial para que rebaje en el 10% los sueldos o para que reglamente la manera como deben presentarse las propuestas para explotar y explorar petróleos de propiedad nacional y los trámites a que hayan de someterse las propuestas. Estas son autorizaciones especialísimas y concretas, tienen una órbita estrecha y pueden darse en cualquier tiempo para asegurar una buena actividad administrativa. El Gobierno, que está más cerca de las realizaciones, se considera en mejores condiciones para operar en determinados sentidos, como reducir sueldos, o indicar la forma y trámites a que deban someterse determinadas propuestas.

Función distinta de la reglamentaria porque está precisamente regida por la ley, mientras que la autorización especial a que se refiere el numeral 8º comentado, está sometida a la órbita constitucional, y por esta razón puede referirse a rebaja de sueldos, sin que haya necesidad jurídica de la existencia de ley que haga relación a rebajas, porque la función del Gobierno al desarrollar la autorización no tiene más campo que el que se refiere a la autorización concreta, determinada, porque la autorización de carácter general, que es llamada por la Constitución en su numeral 9º, facultades extraordinarias, deben ser precisas, lo que no es lo mismo que especiales, y deben estar aconsejadas por la necesidad o conveniencias públicas y limitadas en el tiempo.

La facultad reglamentaria supone la preexistencia de una ley, cuyos preceptos desarrolla y a los cuales debe estar subordinada; esto es obvio, porque reglamento es, como lo dice la Academia Española, "Colección ordenada de reglas o preceptos que por autoridad competente se da para la ejecución de una ley o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio", y porque la misma Constitución así lo define, pues por la potestad reglamentaria se expiden las órdenes, de-

cretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; mientras que la autorización sea extraordinaria o especial, no supone la preexistencia de una ley; casualmente, esa autorización viene a suplir la falta de aquélla.

Si el legislador hubiera querido repetir, sin consecuencias nuevas, la potestad reglamentaria de la Constitución, seguramente no habría puesto la expresión que autoriza al Gobierno para reglamentar la forma como deben presentarse las propuestas y la tramitación a que hayan de someterse, al terminar el artículo, sino que como última parte hubiera manifestado que el Gobierno reglamentará la ley o no habría dicho nada, porque la facultad reglamentaria con o sin silencio de la ley, existe.

El inciso final, que contiene la autorización, es el original presentado por el Gobierno, pues la Cámara de Representantes lo modificó en su redacción únicamente, porque decía: "Y los trámites a que deben someterse", quedando en la siguiente forma, según la modificación de la corporación: "Y los trámites a que hayan de someterse".

Tanto el Gobierno como el legislador, al proponer y aprobar esa autorización, sabían cuál era su alcance: el de una autorización distinta de la potestad reglamentaria, porque así aparece, pues el intérprete no debe suponer al legislador ignorante de los términos y alcance de la diferencia entre facultad reglamentaria y autorización ordinaria.

Es posible que para el caso concreto pudiera aceptarse que con la simple potestad reglamentaria el Gobierno podía referirse a la forma de las propuestas y su tramitación, y todo lo dicho quedaría como una disertación teórica; pero será necesario estudiar entonces, si la simultaneidad establecida por el reglamento es una presunción, que no podía establecerse por desarrollo de la potestad reglamentaria, pues es una verdadera disposición sustantiva y determinante del goce o pérdida de verdaderos derechos civiles, como lo sostienen los actores. Indudablemente, el establecimiento de una presunción es atribución propia de la ley, como esencialmente creadora del derecho, y por esa razón, no se podría sostener que en desarrollo de la facultad reglamentaria si se podía establecer una presunción, más cuando el reglamento surgido de la potestad constitucional, supone la preexistencia de la ley, y en ésta debe contenerse la parte creadora del derecho. Pero otra cosa sucede cuando se trata de autorizaciones, ya sean extraordinarias u ordinarias. Antes de entrar al estudio de este punto, que puede llegar a no ser necesario, el método exige resolver la pregunta planteada en este debate jurídico: ¿La simultaneidad a que se refiere el decreto, es una presunción? En el notable tratado *De la Prueba en Derecho*, del doctor Antonio Rocha, obra informada en las modernas expresiones jurídicas, se estudia con la mayor claridad didáctica la presunción; dice así el autor:

"Presunción, tanto quiere decir como gran sospecha, decían las Partidas. Este concepto sigue siendo la verdad. La gran sospecha puede llegar a tener un valor de plena convicción para el juez, o, al contrario, ser muy débil y entonces no convencer. Pero la importancia de la presunción no es tanto por su valor probatorio, que en ello sigue más o menos la técnica de los otros modos de convicción, sino por ser prueba indirecta y por dispensar de la carga de la prueba, al favorecido con la gran sospecha."

Más adelante dice:

"Presunción significa tomar antes, porque por la presunción se toma o se tiene por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben."

La presunción releva de probar determinados hechos, pero hay que partir de uno, por lo menos, probado, para que el determinado estado jurídico que se presume quede creado. Por eso dice el artículo 661 del

Código Judicial que "Los antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben establecer (lo que quiere decir probar) plenamente, y en este caso la presunción prueba en favor del que la tiene, a menos que la otra parte, pruebe lo contrario."

Así tenemos, pues, en primer lugar, que la presunción es un régimen de pruebas judiciales y no un procedimiento para verificar esas pruebas; es un sistema para estimar probados unos hechos de los cuales se deduce un derecho, si estuvieren probados otros hechos antecedentes.

El doctor Rocha, en la obra citada, se expresa así: se refiere a la definición de la presunción:

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas"; es la definición del artículo 66 del Código Civil. Resaltan tres elementos: el antecedente conocido, el razonamiento y el hecho resultante del razonamiento (este hecho, desconocido antes, es el que se tiene interés en probar). La presunción resulta, pues, del razonamiento, dado un hecho demostrado. No es el razonamiento mismo.

"Con lo dicho hasta aquí, se puede ensayar una visión de conjunto para saber si dentro de lo que es aceptado como presunción, cabe lo que debe hallarse en el contenido de la expresión, se entenderán como hechas simultáneamente las propuestas presentadas en el mismo día."

Como consecuencia de la primera impresión, cabe decir, que esta última expresión no contiene régimen de pruebas; no hay un hecho antecedente que probar y que permita sospechar que están probados otros, de donde se ha de derivar determinado derecho, porque en esa expresión lo que se contiene es una definición. "Las que se presenten en el mismo día se entenderán hechas simultáneamente." El vocablo "entenderán", parece ser el que ha llevado a la errada creencia de que se trata de una presunción, pero no hay que olvidar que "al establecer la ley una presunción, suele usar el término "se presume", "se colige", "se entenderá" y otros semejantes. Pero no siempre que así se expresa, hay presunción, puesto que, en ocasiones, se encuentra la expresión "se reputan", como cuando se estipula en el artículo 9º del Código de Comercio lo siguiente: "Se reputan en derecho comerciantes", significando con esto que lo son, lo cual define y no presume.

Hablan también los actores de ficción, pero ésta, es la suposición de algo contrario a la verdad natural, con el propósito de encontrar facilidades para la realización del derecho, como la referente a las personas jurídicas y la ficción legal de la representación sucesoral. Este punto no hay necesidad de tratarlo, porque, en concepto del Consejo, no guarda relación alguna con el que se está debatiendo. Como conclusión de esta parte del razonamiento sobre uno de los puntos del problema, se puede afirmar que no hay presunción legal en la expresión del decreto.

La simultaneidad establecida por el Decreto es una consecuencia de la ley. Esta dice: "En el caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la exploración y explotación de un mismo terreno..." Los actores creen encontrar en esta manifestación de la ley, la afirmación de que siempre hay un primer proponente, pero no solamente parece, sino que aparece todo lo contrario, que la ley contempla el caso de que haya varias propuestas sobre un mismo terreno, y entonces el reglamento, en desarrollo de la potestad reglamentaria y de la autorización especial, entra a decir, cuándo hay propuestas sobre un mismo terreno, es decir, cuándo se verifica el fenómeno de la simultaneidad. Además, debe observarse, que la ley dijo, primer proponente, pero no dijo a quién se debe tener como tal. Los actores dicen que el primero en el tiempo, pero la ley no ha dicho esto; por eso pudo decir el decreto que se entienden hechas simultáneamente las presentadas en el mismo día.

Pero aun admitiendo que en desarrollo de la facultad reglamentaria, no podía el Gobierno establecer la simultaneidad —lo que en realidad de verdad no se puede aceptar— cabría ampliamente dentro de la autorización especial, porque “el Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que hayan de someterse.”

Presentadas las propuestas se les someterá al siguiente trámite: las que se hayan presentado en el mismo día se tendrán por presentadas simultáneamente y se examinará cuál de ellas reúne las condiciones para darle preferencia. Esto lo puede decir el decreto porque la ley no contiene una regla contraria; ella no expresa que se tendrá por primer proponente el que haya presentado en el mismo día primero la propuesta. Tanto uno como otro proponente, demostraron haber hecho la exploración superficial técnica.

En síntesis: si en nuestro sentir el artículo del decreto en referencia, tiene hoy plena validez de acuerdo con el fallo de la honorable Corte Suprema de Justicia, no hubo en este caso primer proponente, sino propuestas simultáneas, por lo cual no puede tenerse en cuenta la primera circunstancia, prioridad en la propuesta, sino que no existiendo ésta, lo indicado era examinar las demás circunstancias por favorecer a una y otra propuesta. Esta fue la actitud asumida por el Ministerio, en nuestro concepto de manera jurídica, ya que, como lo ha observado dicha entidad, la propuesta del señor Londoño Sáenz, supera a la otra, en los demás requisitos que la ley indica como elementos para fundamentar la preferencia entre dos propuestas simultáneas.

Dejamos expresadas en esta forma, las razones que nos llevan a disentir del fallo anterior.

Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Personas a cargo del contribuyente

Consejero ponente, doctor
CARLOS RIVADENEIRA G.

Cuando en autos obra la demostración plena de que las personas a cargo del contribuyente tienen peculio propio, carece de fundamento y apoyo legal la exención solicitada por este concepto, de conformidad con el ordinal 4° del artículo 8° de la Ley 78 de 1935.

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

Ante la Recaudación de Hacienda Nacional de Facatativá ocurrió el 25 de abril de 1938 la señora María Peña viuda de Peña y para dar cumplimiento a lo preceptuado en la Ley 78 de 1935 y en su decreto reglamentario, hizo el siguiente denuncia de renta, por el año de 1937:

Patrimonio:

Activo	\$ 17.800,00
Pasivo	3.115,60
Patrimonio líquido	<u>\$ 14.684,40</u>

Renta:

Ingresos brutos	\$ 55.364,85

Deducciones:

Sueldos y salarios	\$ 2.126,00	
Arrendamientos pagados	1.420,00	
Intereses al Banco Central Hipotecario	45,00	
Impuesto de fermentadas	19.501,64	
20% de pagos hechos a profesionales	107,70	
Otros gastos	26.378,29	49.578,63
Renta líquida	<u>\$ 5.786,22</u>	

Del mismo modo, la denunciante, para los efectos legales consiguientes, manifiesta en el aludido denuncia, que durante el año gravable tuvo a su cargo siete (7) hijos, proveyendo convenientemente a su subsistencia y educación.

Con base en esta relación de renta, aceptada en cuanto al activo y rechazada en cuanto a las deducciones pedidas por sueldos y arrendamientos, que montan a la cantidad de \$ 3.546,00, la aludida Recaudación, hizo la liquidación consiguiente advirtiéndole previamente que aceptaba la partida referente a otros gastos, no obstante el no haberse discriminado conforme lo ordena la ley, por no demorar la liquidación y por no tener dato alguno acerca del valor de las inversiones hechas en elementos indispensables para el funcionamiento de la fábrica de bebidas fermentadas, señalando como impuesto total por renta y patrimonio la suma de \$ 136,77.

No satisfizo a la contribuyente lo resuelto por la Recaudación y oportunamente recurrió a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en solicitud de que fuera ella rectificadora, hecho que llevó a cabo esta oficina por medio de las Resoluciones números R-1142 y R-1381, de 16 de agosto de 1939 y 13 de octubre del mismo año, respectivamente, elevando el impuesto a la cantidad de \$ 852,56.

Para fijar este monto la Jefatura tuvo en cuenta, según se expresa en las aludidas Resoluciones:

1º Que la partida de \$ 26.378,29, aceptada por la Recaudación, no había sido detallada debidamente, no obstante la exigencia que a la denunciante se le hizo por medio del oficio 3901, de 25 de mayo de 1940, por lo cual sólo debía ser aceptada:

a) Por el valor de 1,820 cargas de miel invertidas durante el año gravable en la elaboración de chicha y guarapo, según afirmación de la misma denunciante, pero al precio oficial obtenido por la Jefatura, o sea a razón de \$ 3,00 y no al indicado caprichosamente por ésta, o sea a razón de \$ 7,90	\$ 5.460,00
b) Por el valor de 560 cargas de maíz invertidas en el mismo negocio, a razón de \$ 6,00 y no a \$ 7,50 señalados como precio comercial de tal artículo	3.360,00
c) Por el valor de 72 toneladas de carbón, a razón de \$ 12,00 cada una	864,00
d) Por el valor de alimentación de empleados de la fábrica y gastos varios, que la Jefatura estimó en \$ 2,000, como suficientes al fin indicado	2.000,00
Total	\$ 11.684,00

2º Que tampoco era aceptable la partida relativa a exenciones por personas a cargo de la contribuyente, por aparecer debidamente acreditado en autos que tales personas tenían peculio propio;

3º Que la contribuyente no había llevado durante el año gravable, debidamente registrados, los libros de contabilidad de que tratan los artículos 30 y 31 del Decreto 818 de 1936, por lo cual se había hecho acreedora a las sanciones de que hablan las mismas disposiciones, sanción que se estimó en la suma de \$ 50,00 moneda legal.

Del mismo modo, es del caso advertir que las partidas referentes a sueldos y a pago de arrendamientos, rechazadas por la Recaudación, fueron aceptadas en toda su integridad por la Jefatura, por encontrar esta oficina que ellas eran deducibles de acuerdo con las disposiciones que rigen el impuesto sobre la renta.

La liquidación, dados los antecedentes que acaban de expresarse, quedó hecha en definitiva, así:

Impuesto de patrimonio sobre \$ 14.684,40, denunciados \$	4,68
Impuesto renta, sobre \$ 19.890,51, deducidos conforme a las consideraciones expresadas anteriormente	797,88
Suma	\$ 802,56
Multa por falta de libros	50,00
Total del impuesto	\$ 852,56

Esta liquidación, demandada ante el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Bogotá, es la sometida hoy al estudio de esta corporación, a virtud del recurso de apelación que tanto el Fiscal del Tribunal, como la parte actora, interpusieron oportunamente contra

la sentencia que puso fin al juicio en primera instancia, sentencia cuya parte resolutive textualmente dice:

"No se accede a decretar la nulidad de las Resoluciones demandadas en este juicio, excepción hecha de la multa impuesta al contribuyente, en cuya parte el Tribunal las declara nulas y ordena devolver al mismo contribuyente la suma de cincuenta pesos importe de tal multa...."

Para resolver, se considera:

Las cuestiones sometidas a la decisión de esta corporación, según se deduce de las alegaciones formuladas en tiempo, dicen relación: al precio que la Jefatura asignó a la miel y al maíz, invertidos por la demandante en la elaboración de bebidas fermentadas, respecto del cual no hay acuerdo entre la oficina liquidadora y la contribuyente, pues al paso que ésta afirma que el promedio de venta, durante el año gravable, en la población de Facativá, fue de \$ 7,90 y \$ 7,50, respectivamente, aquella oficina sólo aceptó el de \$ 3,00 y \$ 6,00, respectivamente; a la partida referente a exenciones por personas a cargo, rechazada por la Jefatura, como ya se dijo, por aparecer demostrado en autos que dichas personas tienen peculio propio; a la partida aceptada por gastos generales del negocio, que la demandante considera deficiente; y por último, en lo relativo a la multa impuesta por falta de libros.

Así, al menos, se deduce de los siguientes apartes de la demanda respectiva:

"2º La Jefatura de Rentas se basa, para dictar las Resoluciones anotadas, en que las expensas ordinarias y las exenciones propuestas estaban a su juicio exageradas, y que, por tanto, no eran aceptables por falta de comprobación. Pero claro está que con las pruebas que acompaño a la presente demostraré que no hay exageración, porque la oficina de Rentas fijó los precios de los artículos o materias primas utilizadas en la industria de bebidas fermentadas, negocio en que se ocupa mi representada, como son la miel y el maíz, a razón de \$ 3,00 y \$ 6,00, en promedio, por cada carga de estos elementos. La oficina de Rentas estaba equivocada en la fijación de estos precios, ya que el valor de estos artículos por carga, era el de \$ 7,90 y \$ 7,50, en promedio, como lo compruebo con las declaraciones rendidas por los señores Pedro Salamanca y Joaquín Santos, las cuales acompaño. Según lo acepta la Jefatura de Rentas, en dicho año se compraron 1,820 cargas de miel y 560 de maíz, a los precios arriba anotados, y cuyo valor sube a la suma de \$ 18.578,00.

"3º En cuanto a otras expensas, como son los gastos hechos en la educación de los hijos legítimos, según comprobantes que adjunto, mi representada tenía en el año de 1937 a tres de sus hijos estudiando en la Universidad Nacional, y que le demandaban gastos por valor de \$ 45,00 mensuales cada uno, y que durante los diez meses de estudios daba un total de \$ 1.350,00. De otros dos de sus hijos, que hacían estudios secundarios en los colegios de Bogotá, gastaba en cada uno de ellos la suma de \$ 35,00 mensuales, y que en los diez meses del año eran \$ 700,00, y que sumados a los gastos de los tres primeros, da un total de \$ 2.050,00, y que la Oficina de Rentas no tuvo en consideración porque a su juicio tenían peculio propio.

"4º Para atender a los gastos del negocio, en las Resoluciones números 1142 y 1381-H. de 1939, sólo se aceptaron gastos en el pago de empleados, por valor de \$ 2.000,00, considerando esta suma como suficiente, incluyendo en la misma el costo de los transportes, empaques y gastos varios. Pero conforme a las declaraciones que adjunto para probarlo, en el solo pago de empleados en la fábrica de fermentadas, los gastos ascienden a la suma de \$ 5.436,00, fuera de los gastos de

transportes, compra de empaques, muebles y enseres comprados para atender el negocio. Según las cuentas llevadas en los libros, estos gastos suben a la suma de \$ 2.364,29, y que unida a la anterior, da un total de \$ 7.800,29.

“5º En cuanto a la multa impuesta por la Oficina de Rentas, por no llevar los libros registrados, mi poderdante, es de manifestar a ese honorable Tribunal que si estaban registrados debidamente. Pero por razón del uso continuado sufrieron un deterioro, hasta el punto de hacerse imposible llevar en ellos los asientos o partidas del negocio, se solicitó al entonces Recaudador de Hacienda Nacional de Facatativá, señor Eliseo Silva, para que concediera el permiso de que esos asientos fueran pasados a un nuevo libro, que está registrado también. El señor Recaudador accedió a la petición, y en tal virtud se hicieron los traslados al nuevo libro, y cuya comprobación estaba a la vista del Jefe de la Oficina de Rentas e Impuestos Nacionales, ya que en el expediente figura una carta que no se tuvo en cuenta y si impuso una multa a mi representada, por valor de \$ 50,00, ya que no quedaba satisfecha con el solo aumento de los impuestos. Como atrás lo expreso, los libros si estaban registrados ante el funcionario respectivo, pero, repito, que en vista del deterioro que éstos sufrieron se pidió la licencia al Recaudador, quien la concedió para hacer ese traspaso al nuevo libro, como se comprueba con la carta de este funcionario que figura en el expediente, y que no fue leída o no se tuvo en cuenta...”

OBJECION PRIMERA

Para resolver acerca de esta primera objeción, basta tener en cuenta:

1º Que la demandante olvidó al hacer su denuncia de renta, discriminar los gastos a que dice relación la suma o cantidad de \$ 26.378,29, y que la explicación dada posteriormente, a solicitud de la Jefatura, es deficiente; que de ella nada cierto puede deducirse, en relación con la inversión total de tal partida;

2º Que es a los contribuyentes, no a las oficinas liquidadoras, a los que corresponde suministrar la prueba de los gastos del negocio y su cuantía, cuando éstos han sido objetados como exagerados, por la oficina respectiva.

Así lo ha dicho y sostenido en repetidas ocasiones esta misma corporación, entre otras, en sentencia de 28 de marzo de 1941, a la cual pertenece el siguiente aparte:

“No ocurre lo mismo (que se presume cierta la declaración) en lo relativo a las deducciones, en las cuales el liquidador, al estimar las verificadas por el interesado, echa a éste la carga de la prueba del hecho positivo de que si gastó determinadas sumas en hacer producir sus rentas. Aquí no es que se consagre el principio de la arbitrariedad ya combatido, sino que se aplica el principio general de la carga de la prueba. Con sólo la objeción del liquidador, tratándose de deducciones, debe el interesado allegar la prueba del monto de éstas...”

3º Que para fijar el precio de venta de los referidos artículos, en la forma en que lo hizo, la Jefatura llevó a cabo las averiguaciones del caso, por conducto del Recaudador de Hacienda Nacional de Facatativá, según se acredita o demuestra con el certificado visible al folio 40, por lo cual no se puede decir que tal oficina hubiera obrado inconsulta y arbitrariamente.

Las declaraciones de los señores Pedro Salamanca y Joaquín Santos, que la demandante acompañó a su demanda para constatar el precio de las mercancías referidas, no se pueden aceptar como prueba, por haber sido recibidas extrajuicio y no haber sido ratificadas durante el respectivo término probatorio del juicio, al tenor de lo estatuido en el artículo 693 del Código Judicial, que dice:

"Salvo disposiciones especiales que permitan aducir declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba."

OBJECION SEGUNDA

Exenciones por personas a cargo.

No menos infundada y carente de apoyo legal es esta objeción, desde luego: que en autos obra la demostración plena de que las personas a cargo de la contribuyente durante el año gravable de 1937, tienen peculio propio y que la misma contribuyente pagó a éstas, por razón de arrendamientos, la suma o cantidad de \$ 1.420,00 que le fueron deducidos como gastos, y desde luego, también, que el artículo 8º de la Ley 78 de 1935, ordinal 4º, dice:

"Para tener derecho a la exención contenida en el numeral 3º anterior, el contribuyente debe probar por medio de una atestación jurada de dos testigos honorables, el grado de parentesco que ligue al contribuyente con las personas sostenidas, el número de éstas y si tienen o nó peculio propio."

Los gastos personales del contribuyente y de su familia, tampoco son deducibles de la renta bruta de acuerdo con el artículo 3º de la misma Ley, cuyo tenor es éste:

"En ningún caso serán deducibles de la renta bruta:

"1º Los gastos personales del contribuyente y de su familia...."

De modo, pues, que ni por concepto de gastos, ni por concepto de exenciones, es deducible la suma o cantidad que la contribuyente dice haber invertido en gastos de subsistencia y educación de los siete (7) hijos a su cargo.

OBJECION TERCERA

Para decidir acerca de esta objeción es suficiente observar:

1º Que la suma o cantidad pagada por la señora Peña viuda de Peña, en concepto de sueldos y salarios, según el denuncia formulado por ésta, es la cantidad de \$ 2.126,00 moneda legal y corriente, cantidad que le fue aceptada sin observación alguna, en su totalidad, por la Jefatura de Rentas, como es fácil constatarlo leyendo la resolución respectiva;

2º Que en los \$ 2.000,00 a que dice relación esta objeción no están incluidos los pagos hechos por la señora Peña viuda de Peña en razón de sueldos y salarios, pues, a éstos dice relación la partida mencionada en el ordinal anterior. Tales \$ 2.000,00 son reconocidos por razón de alimentación al personal de empleados, y por este aspecto la partida no ha sido tachada como deficiente, y

3º Que las declaraciones acompañadas a la demanda para comprobar el valor de sueldos y salarios, son inaceptables por las razones expresadas anteriormente, con respecto a las declaraciones de Joaquín Santos y Pedro Salamanca.

OBJECION CUARTA

Lo resuelto por el Tribunal de primera instancia, con respecto a esta objeción, está en un todo de acuerdo con lo que esta misma corporación ha decidido en repetidos fallos, en los cuales se ha sostenido la tesis que no es a la Jefatura de Rentas, sino a las Cámaras de Comercio respectivas, a las que compete multar a los comerciantes que no lleven libros en debida forma.

Por esto y por haberse acreditado que la señora Peña viuda de Peña si lleva esos libros, es del caso concluir que la sentencia apelada, en cuanto exonera a la contribuyente de esa multa, es legal, como lo es, también, en lo relativo a la solución con respecto a los demás capítulos de la demanda.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida, que lleva fecha veintitrés de octubre del año próximo pasado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Responsabilidad fiscal

Consejero ponente, doctor
CARLOS RIVADENEIRA G.

El hecho de obedecer el desfalco a un delito ejecutado por un subalterno, en connivencia con un funcionario de la Contraloría, a espaldas y sin conocimiento del jefe de la oficina de manejo, no exime a éste de responsabilidad fiscal, conforme a lo preceptuado en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 42 de 1923. La oportunidad legal de hacer valer la causa exculpativa no es la del juicio de cuentas, sino la de la exoneración de que trata el artículo 43 de la misma Ley.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos cuarenta y uno.

Por recurso de apelación interpuesto en tiempo, corresponde a esta corporación revisar el auto número 3200, de 19 de diciembre de 1940, por medio del cual la Contraloría General de la República estudió, por segunda vez, la cuenta de la Administración de Hacienda Nacional de Nariño, correspondiente a septiembre de 1938 y la feneció con alcance de \$ 397,86, a cargo del responsable señor Adonías Bravo, así:

“En mérito de lo expuesto, se fenece la cuenta de la Administración de Hacienda Nacional de Nariño, correspondiente al mes de septiembre de 1938, con alcance de \$ 397,86 para el responsable, señor Adonías Bravo.”

Para resolver se considera:

Dio lugar al nuevo alcance declarado la revisión que en los meses de enero y febrero del año de 1940 practicó, en la contabilidad de la Administración dicha, el Auditor Fiscal, señor Carlos Falla, mediante la cual se constató que en el saldo de la cuenta “Fondos en poder de bancos”, venía registrando, desde el aludido mes de septiembre, \$ 397,86 de más; en relación con los extractos bancarios respectivos, y que esta diferencia provenía de haberse dejado de contabilizar un cheque girado el 19 del referido septiembre a favor del doctor Carlos Antonio Ortega, por igual suma, con el objeto de devolver a éste, en cumplimiento de providencias ejecutoriadas, tal cantidad, que le había sido cobrada de más por razón del impuesto sobre la renta.

Así al menos se deduce de los distintos documentos allegados al proceso, con los cuales se demuestra también:

1º Que con el pretexto de cubrir la acreencia aludida se giraron dos cheques: uno en el mes de julio de 1939 a favor del Contador de la Administración, señor Eustorgio Campo B., y otro, en el mes de septiembre del mismo año, a favor del propio doctor Ortega;

2º Que el primero de tales cheques, cobrado por el mismo Contador, se contabilizó en la oportunidad debida y para legalizar su pago se adjuntó a la respectiva cuenta de la Administración, la de cobro que oportunamente presentó allí el mencionado doctor Ortega;

3º Que para obtener el giro del segundo cheque, o sea el entregado al doctor Ortega, se simuló una nueva cuenta de cobro, falsificando para ello la firma de éste, y

4º Que para ocultar lo ocurrido, tal cheque no se contabilizó.

Estos hechos, debidamente acreditados, son suficientes, en concepto de esta corporación, para deducir a cargo del Jefe de la Oficina, señor Adonias Bravo, el alcance de que trata la providencia recurrida, a la luz de lo preceptuado en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 42 de 1923, que hacen recaer sobre tales empleados la responsabilidad fiscal de las pérdidas provenientes, aun de la más leve negligencia, en la custodia de los fondos a ellos encargada, al decir, como dicen:

“Artículo 39. Todo empleado o agente del Gobierno de la República, cuyas atribuciones permitan o exijan la posesión o custodia de caudales o propiedades públicos, será responsable de éstos, y de su custodia, de conformidad con las disposiciones de esta Ley.”

“Artículo 40. Las personas responsables de fondos del Gobierno deberán responder de todas las pérdidas que resulten del depósito, uso o empleo ilegales de los mismos y de todas las pérdidas provenientes de negligencia en la custodia de aquéllos.”

“Artículo 41. Todo empleado o agente responsable de propiedades de la Nación deberá responder por su valor en dinero en caso de pérdida de dichas propiedades proveniente de uso impropio o no autorizado de las mismas, hecho por él o por cualquier persona de cuyos actos sea responsable, y en general, deberá responder de todo daño o deterioro ocasionado por descuido en la conservación o uso de dicha propiedad, estuviere o nó en aquella fecha bajo su custodia personal.”

A la conclusión aludida no se opone el hecho alegado por el apelante de obedecer el desfalco a un delito ejecutado, a sus espaldas y sin su conocimiento, por un subalterno de la oficina en connivencia con el Auditor Fiscal de la Contraloría, señor Julio Fuentes Barrera, no sólo por lo preceptuado en los transcritos artículos, sino, también, porque la oportunidad legal de hacer valer esa causa exculpativa, no es la del juicio de cuentas, sino la correspondiente a la exoneración de que trata el artículo 43 de la citada Ley 42 de 1923. Por esto con sobra de razón dice la Contraloría en auto de 30 de mayo próximo pasado, por medio del cual se negó la reposición del apelado:

“Pero para alcanzar los fines de la justicia alegada por el responsable, dispone éste de otros medios legales, como la alzada ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y la exoneración prevista en el artículo 43 de la Ley 42, citada, reglamentada en la Resolución número 130 de 1939, de este Departamento, recursos ya intentados por el cuentadante.”

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la providencia número 3200, de 19 de diciembre de 1940, dictada por la Contraloría General de la República.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Penaranda Arenas—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Campana antialcohólica

Consejero ponente, doctor

CARLOS RIVADENEIRA G.

De conformidad con el artículo 38 de la Codificación Constitucional, que reservó al legislador tal facultad, los Alcaldes no pueden dictar medidas restrictivas del consumo y producción de bebidas fermentadas.

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

Persigue el actor, doctor Marco T. Cifuentes, por medio del presente juicio, iniciado por él como apoderado de los señores José Miguel Castro y Rosendo Pinto, dueños de dos expendios de bebidas fermentadas en la ciudad de Ibagué, que mediante los trámites correspondientes se declaren nulos como violadores de normas superiores y como lesivos de derechos civiles de sus poderdantes, los artículos 1º y 2º del Decreto número 28 de 1941, de la Alcaldía de esa ciudad, que a la letra dicen:

“Artículo 1º Desde la fecha de la expedición del presente Decreto queda terminantemente prohibido en el Municipio de Ibagué el funcionamiento de los establecimientos donde se expenden bebidas fermentadas, como chicha, guarapo y sus similares, de concentración mayor de cuatro grados, en las horas comprendidas de las 7 de la noche a las 6 de la mañana siguiente. Durante dicho tiempo tales establecimientos deberán permanecer cerrados, sin servicio alguno para el público y sin que dentro de ellos queden personas extrañas o distintas de sus propietarios o empleados que habitualmente residan allí.”

“Artículo 2º Las infracciones a la disposición anterior serán sancionadas con multas de \$ 50 a \$ 100, y en caso de reincidencia, con la suspensión del establecimiento por el término de 30 días.”

Agotada la sustanciación propia de la segunda instancia, procede fallar en definitiva, y con tal fin se considera:

Con fundamento en el hecho inobjetable de que las disposiciones acusadas son contentivas de restricciones o limitaciones al consumo de bebidas fermentadas de concentración mayor de cuatro grados, reservadas por el constituyente al legislador, esta misma corporación, por auto de 17 de mayo postrero, decretó la suspensión provisional de los referidos artículos, razonando al efecto así:

“Por la transcripción que se ha hecho de los artículos acusados, puede observarse que ellos envuelven tanto una restricción al consumo de bebidas fermentadas, como una disposición de moralidad pública, dado el espíritu que reina en el expendio de bebidas espirituosas. La restricción del consumo y producción de estas bebidas, no puede decretarla sino la ley, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución Nacional, que dice: ‘...La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas...’ Es, pues, esta restricción facultad privativa de la ley, que no pueden arrogarse, en forma alguna,

las Asambleas Departamentales ni los Concejos, menos aún los Alcaldes Municipales..

“Pero si se juzga que se trata de una simple medida policiva, en beneficio de la moralidad pública, o de las buenas costumbres, también habría ostensible violación de norma superior, puesto que tanto el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, como el artículo 79 de la Ley 72 de 1926, atribuyen a los Concejos Municipales, todo lo relativo a la moralidad pública, dejando circunscrita la acción policiva de los Alcaldes a la simple ejecución de esos mandatos.

“Sobra cualquier otra consideración, para concluir que, a primera vista, los artículos acusados del Decreto del Alcalde de Ibagué implican violación de normas públicas superiores....”

En contra de las razones transcritas, nada valen las que el juez *a quo* apunta en la sentencia recurrida, derivadas, todas ellas, de lo estatuido en el artículo 12 de la Ley 88 de 1923, que a decir del Tribunal obvia todo inconveniente con respecto a la legalidad de los artículos acusados, por establecer tal disposición:

“No se permitirá el expendio de licores o de bebidas alcohólicas o fermentadas de las cuatro de la tarde a las ocho de la mañana.”

¿Por qué esto? Sencillamente porque este precepto, anterior en muchos años al artículo 38 de la Codificación Constitucional (15 del Acto legislativo número 1º de 1936), que reservó al legislador tal facultad, fue sustituido por el artículo 3º de la Ley 88 de 1928, que limitó la prohibición de expendir licores a los domingos y demás días de fiesta civil y eclesiástica, a los de elecciones populares y a los días jueves y viernes santos, siendo, más luégo, reemplazado por la Ley 47 de 1930, por lo cual no sirve ni puede servir, para fundamentar en él razón alguna de orden legal.

Los términos en que están concebidos los artículos ultimamente citados son éstos:

Ley 88 de 1928. Artículo 3º “No se permitirá el expendio de licores o de bebidas alcohólicas o fermentadas los domingos y demás días de fiesta civil y eclesiástica, los de elecciones populares y los jueves y viernes santos. En esta prohibición queda incluido el consumo en los lugares de expendio en los días mencionados.”

Artículo 22. “Queda reformada en estos términos la Ley 88 de 1923.”

Ley 47 de 1930. Artículo 1º “Las disposiciones sobre la lucha anti-alcohólica de que tratan las Leyes 88 de 1923 y 88 de 1928 quedarán desde la vigencia de la presente Ley como facultades de los Departamentos para desarrollar la campaña antialcohólica en sus respectivos territorios....”

Artículo 2º “Las disposiciones de dichas Leyes, que entrañan una cuestión no debatida de salubridad pública como los artículos 69, modificado por el 3º de la Ley 34 de 1925; 7º, 11 y 16 de la Ley 88 de 1923 y las establecidas en los artículos 15, 18 y 20 de la Ley 88 de 1928, quedan con fuerza obligatoria; de su cumplimiento serán responsables las autoridades nacionales, departamentales y municipales, y su vigilancia queda adscrita a la Dirección Nacional de Higiene y Asistencia Pública y sus dependencias sanitarias en los Departamentos.”

Artículo 3º “Quedan vigentes los artículos 12, 13 y 17 de la Ley 88 de 1928 y derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente Ley.”

Las breves consideraciones que anteceden bastan para concluir: que los Alcaldes Municipales carecen de facultades para dictar normas como las contenidas en las disposiciones acusadas, y que la sentencia del Tribunal Administrativo de Ibagué, sometida a la consideración del Con-

sejo por recurso de apelación interpuesto por el demandante, que no las anula, carece de apoyo legal y debe revocarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal, y de acuerdo con él, revoca la sentencia apelada, que por medio de la presente se revisa, y en su lugar

FALLA:

Son nulos, y así se declaran, los artículos 1º y 2º del Decreto número 28, de 1º de marzo de 1941, de la Alcaldía de Ibagué.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Pensiones militares

Consejero ponente, doctor
CARLOS RIVADENEIRA G.

Cuando el Oficial fue retirado del Ejército durante la vigencia de la Ley 7ª de 1922, y antes de la expedición de la Ley 75 de 1925, el valor de la pensión que le corresponde es el cincuenta por ciento del sueldo correspondiente a su grado cuando entró a regir esta última.

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

Por escrito que lleva fecha 17 de julio último, el doctor Guillermo Hernández Rodríguez, apoderado reconocido del Capitán Cristóbal Calderón V., pide a esta corporación que se reconozca a favor de su poderdante una pensión de \$ 113.00 moneda corriente, o la que fije el Consejo, como Oficial retirado del Ejército Nacional.

Para resolver es de observar que con los documentos acompañados a la demanda, se comprueba:

- a) Que el peticionario prestó sus servicios en el Ejército de la República por espacio de 26 años, ascendiendo en la escala de los grados hasta el de Capitán;
- b) Que en el mes de marzo del año de 1922, por Decreto número 309 fue retirado del servicio activo;
- c) Que el Capitán Calderón no ha incurrido en ninguna de las causales de inhabilidad de que habla el artículo 1º de la Ley 72 de 1917, que no ha recibido pensión, ni recompensa del Tesoro Público y que se encuentra a paz y salvo con el mismo, y
- d) Que el último sueldo devengado por el Capitán Calderón, fue el de \$ 100,00 mensuales, moneda legal.

Reúne, pues, el peticionario los requisitos legales, según acaba de comprobarse, por lo cual la demanda habrá de resolverse favorablemente en cuanto dice relación al derecho mismo, pero no a la cuantía, que debe ser señalada de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 75 de 1925, que dice:

“Los militares que después de expedida la Ley 7ª de 1922 y antes de entrar en vigor la presente, se hubieren retirado del Ejército por haber cumplido la edad prescrita en la Ley 71 de 1915 o por haber servido durante 25 años o más, tendrán derecho a que el Estado les reconozca una pensión, que será pagada de los fondos comunes del Presupuesto, igual al 50% del sueldo actual correspondiente a su grado.”

Como el interesado se encuentra precisamente dentro del precedente artículo, puesto que fue retirado del Ejército en el mes de marzo del año de 1922, durante la vigencia de la Ley 7ª y antes de expedirse la Ley 75 de 1925, el valor de la pensión que a él corresponde, es el 50% del sueldo de un Capitán cuando entró a regir la Ley 75 de 1925, que era de ciento cuarenta pesos.

Para señalar la cuantía de la pensión no se puede tener en cuenta el sueldo que actualmente devenga un Capitán del Ejército, o sea la suma de \$ 226,00, porque la misma disposición que concede la gracia, deja ver claro que el sueldo a que se refiere el legislador es el del Oficial en la época en que se expidió la Ley y no otro distinto.

Si las razones en que se funda el apoderado del reclamante fueran atendibles, los militares a quienes oportunamente se reconoció pensión, podrían, ya que esas resoluciones no causan ejecutoria, solicitar, con base en ellas, aumento de sus pensiones, cada vez que el sueldo correspondiente a su grado fuera aumentado, y ya se ve que esto, a más de ilegal, sería a todas luces perjudicial al Tesoro Público.

La demora en solicitar una gracia no sirve, ni puede servir, pues, para mejorar su cuantía.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el parecer fiscal, reconoce a favor del señor Capitán retirado Cristóbal Calderón, una pensión mensual vitalicia de \$ 70,00 moneda legal, que le será pagada por el Tesoro Nacional desde la fecha de esta sentencia.

Notifiquese, publíquese, cópiese, dése cuenta a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Guerra, y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Diógenes Sepúlveda Mejía—Luis E. García V., Secretario.

Revisión de las pensiones

Consejero ponente, doctor

DIOGENES SEPULVEDA MEJIA

En los negocios de pensiones puede pedirse por los interesados la reconsideración del fallo adverso, cuando se presenten nuevas pruebas, que cambien la faz del asunto; pero no cuando la revisión se solicita sobre la misma situación de hecho, con el objeto de que se modifique la interpretación jurídica de textos legales que, mientras no sean modificados por otros posteriores, conservan toda su fuerza.

Consejo de Estado—Bogotá, dos de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

El doctor Ignacio Mariño Ariza, como curador *ad litem* de las menores Heli y Flor Maria Clavijo, solicita en demanda presentada ante esta corporación, el reconocimiento de una recompensa, o en subsidio, de una pensión, a que dice tener derecho sus representados como hijos legítimos del señor Heli Clavijo, muerto el 9 de mayo de 1927, siendo músico de la Banda Nacional de Bogotá.

Según las pruebas traídas a los autos, el señor Heli Clavijo sirvió como músico de las Bandas del Ejército por siete años, once meses, hasta el 1º de marzo de 1913, fecha en que las Bandas militares del Ejército pasaron a ser dependencia del Ministerio de Instrucción Pública. Mientras permaneció en el Ejército, su categoría estaba asimilada a la de Capitán. De 1913 en adelante hasta 1927, por espacio de catorce años, tres meses y nueve días, prestó sus servicios como profesor de música de la Banda Nacional de Bogotá, hasta que murió a consecuencia de una úlcera pilórica cuyo origen se atribuye a la profesión que desempeñaba.

Se acopiaron también las pruebas sobre la calidad de legitimarios de los menores peticionarios.

Como base jurídica principal de sus peticiones, el señor curador invoca, entre otras, las Leyes 103 de 1912, que asimiló a militares, para los efectos de la Ley 149 de 1896, a los miembros de las Bandas de Música del Ejército, y la 102 de 1927, que permite a los músicos del Ejército que hubieran pasado a depender del Ministerio de Instrucción Pública, computar el tiempo invertido al servicio del último para las gracias o privilegios a que pudiera hacerlos acreedores aquella primera calidad. Y como el artículo 7º de la Ley 149 de 1896 dispone que la recompensa se concederá o en vida al mismo que la ganó, o después de su muerte a su viuda e hijos o madre, de ahí deduce el señor curador que sus representados tienen derecho a reclamar la recompensa o pensión porque, como dice en su demanda, “está fuera de toda duda que cuando el Congreso Nacional del año de 1912 (Ley 103, artículo 19), dispuso que los músicos de las Bandas del Ejército se reputaran ‘militares’ para los efectos de la Ley 149 de 1896, fue su voluntad que esa asimilación se tomase sin excepción alguna, salvo la restricción establecida por el

mismo legislador, cuando dijo que 'para los efectos de las pensiones y recompensas', es decir, para los efectos de la Ley 149 de 1896, expresamente citada por el legislador del año 12. Pretender, pues, encontrarle otra restricción a esa asimilación, no sería ni justo, ni lógico, ni jurídico. Las restricciones, como las excepciones, son de estricta interpretación, es decir, de interpretación también restringida. Este es un principio elemental de legislación y de jurisprudencia...."

Por solicitud del señor Fiscal de la corporación, fue traída a los autos la sentencia de la honorable Corte Suprema recaída sobre una solicitud de la señora Elvira León, en su calidad de viuda del mismo señor Heli Clavijo, proferida el 23 de abril de 1929, y en uno de cuyos apartes, se dijo:

"De la documentación presentada no aparece que la peticionaria ni sus menores hijas se encuentren comprendidas en alguno de los casos indicados por el artículo 22 de la expresada Ley (75 de 1925), porque sólo aparece acreditado que el profesor de música Heli Clavijo sirvió en las Bandas Nacionales sólo como músico asimilado a militar. Y es claro que la mencionada disposición legal estableció pensión únicamente para los herederos de los militares, cosa muy distinta a herederos de músicos asimilados a militares, para los cuales no hay ley alguna vigente que haya establecido pensión a su favor.... Ni se crea que por el hecho de haber establecido el legislador pensión para los músicos asimilados a militares, puede aplicarse por analogía la disposición legal tantas veces citada a los herederos de músicos asimilados a militares, porque tal disposición, por su carácter de excepción, no lo permite, y la ley asimiló a los músicos de las Bandas a los militares efectivos únicamente para los efectos de sueldos y de pensión en el caso único del artículo 11 de la Ley 71 de 1915.... Así, pues —termina la Corte—, no encaja la petición que se resuelve dentro del mencionado artículo 22 de la Ley 75 de 1925, y, por tanto, parece innecesario hacer un estudio detenido en relación con estas diligencias...."

El señor Fiscal del Consejo es de concepto que deben negarse las peticiones de la demanda por las mismas razones expuestas por la Corte en el fallo cuyos apartes se acaban de transcribir.

Para resolver, el Consejo considera:

Lo primero que se presenta a su estudio es lo referente a la procedencia de la acción luego de haber sido fallada por la Corte Suprema de Justicia.

Esta corporación ha sostenido uniformemente que en los fallos sobre pensiones, recompensas y demás derechos en que propiamente no existe un estado de controversia, una acción contenciosa sino administrativa, puede pedirse por los interesados la revisión o reconsideración del fallo adverso, cuando se presenten nuevas pruebas, que cambien fundamentalmente la faz del asunto. Esto, en consideración a elementales imperativos de equidad que no justifican que se prisión, dentro del círculo férreo de la cosa juzgada, providencias que obedecen a gracias concedidas por la ley a determinados servidores de la Nación que no dejan de ser acreedores, por el hecho de que inicialmente no se hayan llenado determinadas exigencias de procedimiento probatorio. Pero cosa muy distinta sucede cuando la reconsideración se pide sobre la misma situación de hecho para que se modifique la interpretación jurídica del fallo primitivo, porque en tal caso se iría contra el criterio mismo de la corporación sobre la aplicación de textos legales que conservan toda su fuerza mientras no sean modificados por otros posteriores. Este último es el caso que se contempla en el presente asunto, pues la Corte consideró que si es verdad que la ley asimiló a militares a los músicos del Ejército para efectos de las pensiones y recompensas concedidas a aqué-

llos, tal asimilación no abarca en manera alguna a los herederos de los músicos.

No se diga que los peticionarios no pretenden una reconsideración por el Consejo del fallo de la Corte que obedeció a una petición de distinta persona, porque subsiste la misma causa, hay identidad de acción y la parte es la misma desde luego que los peticionarios obran como herederos de la primitiva solicitante Elvira León de Clavijo. Aun cuando aparentemente tiene forma externa de una nueva acción, en el fondo no es más que una reconsideración de la sentencia de la Corte a que se ha hecho mención.

Por otra parte, el Consejo comparte en un todo las opiniones de la Corte sobre el particular, y por eso, sin más consideraciones, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal de la corporación, NIEGA las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, revalidese el papel común y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Diógenes Sepúlveda Mejía—Carlos Rivadeneira G.—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Empleados subalternos de manejo

Consejero ponente, doctor

DIOGENES SEPULVEDA MEJIA

Para que se opere el desplazamiento de responsabilidad del jefe o responsable directo al responsable mediano o subalterno, se requiere la vinculación del último con la Nación por medio de la fianza, y es indispensable, para que el vínculo se forme, el consentimiento de la Nación, manifestado por medio de su órgano autorizado, la Contraloría. La garantía dada por el subalterno al superior lo respalda ante éste, pero no releva al superior de la responsabilidad ante la Nación, mientras ésta no acepte tal garantía.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta y uno.

Por apelación interpuesta por el señor Andrés Rocha, han venido al Consejo el auto de fenecimiento 3618, de 25 de marzo del presente año, y la providencia número 1082, de 30 de mayo próximo pasado, ambos de la Contraloría General de la República, en virtud de los cuales se feneció la cuenta del citado señor Rocha, con un alcance en su contra de \$ 1.461,95, y se negó la reconsideración pedida por el mismo, concediéndosele, en cambio, el recurso subsidiario de apelación.

El cargo que originó el alcance deducido provino de los hechos siguientes:

- a) El 22 de agosto de 1938 el Banco de la República expidió el título número 9821, por la suma de RM-2.531-92 (marcos), a favor del Tesoro, por concepto de un reintegro que debía ser abonado al Departamento Nacional de Provisiones;
- b) Este título fue negociado por la Tesorería con el Banco de la República, el 23 de agosto citado, al cambio de \$ 0,57¾ cada RM.;
- c) En pago de este valor se giró el cheque de Gerencia número 5316, por \$ 1.461,95, a favor de la Tesorería General de la República;
- d) A esta suma no se le dio entrada, esto es, no fue abonada al Departamento Nacional de Provisiones, pero el cheque girado sí fue consignado en la cuenta de la Tesorería en el mismo Banco de la República, probablemente cambiándolo por dinero que existía en la Caja;
- e) Para corregir la irregularidad, se produjo por la Tesorería, por orden de la Auditoría Fiscal, el comprobante de egreso número 772, del mes de mayo, llevando a cargo del Tesorero, en la cuenta de "Deudores varios", el equivalente del cheque, o sea la suma de \$ 1.461,95, para ponerla a orden del Departamento Nacional de Provisiones, quedando, en consecuencia, un faltante en el saldo de "Efectivo" del responsable, por igual cantidad;
- f) Con el fin de librarse el responsable de la responsabilidad fiscal que le dedujo la Contraloría en el auto de fenecimiento, inició a su

vez juicio de cuentas contra su subalterno, señor Ignacio Osorio G., ex-Cajero Auxiliar de la Tesorería, y libró auto de fenecimiento con alcance a cargo de él por igual suma, como responsable directo del desfaldo, por cuanto fue quien intervino en las operaciones que en definitiva ocasionaron el cargo liquidado contra el principal;

- g) El señor Rocha envió a la Contraloría el juicio de cuentas seguido contra su subalterno, con oficio fechado el 13 de febrero de 1941, en el cual expresa que el envío lo hace como respuesta al aviso de observaciones en que se le formuló el cargo de \$ 1.461,95, a fin de que se le releve de esa responsabilidad, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Resolución número 248 de 1940, de la Contraloría, sobre juicios de cuentas;
- h) Entre los comprobantes anexos al juicio de cuentas contra el subalterno, se encuentra un documento privado de fianza, en el cual el señor Osorio figura como otorgante, para responder de su manejo como Segundo Cajero Auxiliar de la Tesorería General de la República, suscrito por dos fiadores, quienes reconocieron judicialmente sus firmas, pero carente de la firma del otorgante, señor Osorio Gutiérrez. Sobre tal documento hizo especial hincapié el Tesorero señor Rocha para que se le levantara el cargo formulado contra él;
- i) La Contraloría estimó que dicho documento de fianza carecía de mérito legal por no haber sido firmado por el empleado que lo otorgaba y no haberse constituido éste, por consiguiente, deudor ante la Nación, y menos ante la Contraloría, conforme a los requisitos exigidos por el artículo 14 del Decreto 911 de 1932; en consecuencia, no se aceptó el descargo del responsable señor Rocha y la cuenta se feneció elevando a alcance contra el Tesorero General el expresado valor de \$ 1.461,95;
- j) El Tesorero al pedir reposición del auto de fenecimiento de la Contraloría, sostiene que la fianza es válida, no obstante la falta de la firma de Osorio en el documento, y para ello aduce razones que la Contraloría rebate con argumentos que conviene transcribir.

Dice aquélla en su última providencia:

“El responsable rearguye en la forma siguiente:

“a) Sostiene que aunque no hubo aprobación expresa de la fianza, si la hubo tácita, para inferir que ésta es válida, porque la Contraloría supo y aceptó todas las actuaciones de Osorio durante muchos años (artículo 1506 del Código Civil).

“A semejante argumento —dice la Contraloría— basta replicar que este Departamento no tenía por qué conocer ni aceptar las actuaciones del Segundo Cajero Auxiliar de la Tesorería, por la sencilla razón de que el único empleado de manejo de la Tesorería General de la República que rinde cuentas a este Departamento es el Tesorero General, quien lleva toda la responsabilidad de esa dependencia, y quien podía respaldar con su garantía a sus subalternos. Queda, pues, destruido el argumento de la aprobación *tácita* de la fianza.

“Por otra parte, el citado artículo 1506 no es en manera alguna aplicable al caso contemplado, porque tal disposición se refiere exclusivamente a los contratos civiles y atañe a los particulares, y no a las obligaciones fiscales, que son de carácter específico y están reguladas por ley especial —la 42 de 1923, el Decreto-ley número 911 de 1932 y las resoluciones del Contralor General—. La cita no es, pues, pertinente en lo tocante a las personas de derecho público, ni a las cuestiones de carácter administrativo, como la fianza fiscal, regida por disposiciones es-

peciales. Basta citar al efecto los artículos 13 y 14 del Decreto 911. Este último establece que 'el Contralor es la única autoridad facultada para aprobar las fianzas' y la aprobación que debe impartir este funcionario ha de ser expresa, en ningún caso tácita.

"b) Cita el memorialista en pro de la validez de la fianza de Osorio Gutiérrez el artículo 2371 del Código Civil, según el cual 'se puede afianzar sin orden y aun sin noticia, y contra la voluntad del primer deudor.' Como los fiadores del señor Osorio firmaron el documento privado de fianza, reconocieron sus firmas y además son solventes, se comprometieron a responder de las obligaciones de su fiado como empleado de manejo, si hay fianza constituida, concluye el memorialista.

"Para corroborar esta tesis, aduce una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 19 de septiembre de 1932, según la cual 'para que una fianza exista, basta que sea aceptada por el fiador y el acreedor; la aceptación del fiado no es necesaria'. 'El fiado es un tercero, cuya intervención no se requiere'. 'Basta leer la definición de fianza contenida en el artículo 2361 del Código Civil'.

"El caso fallado por la Corte era el de un fiador ejecutado, que argüía que por no haber firmado la escritura el fiado, la fianza no existía, y excepcionaba de *inexistencia de la obligación*.

"Este Despacho no impugna la tesis expuesta ni la jurisprudencia consignada en los apartes transcritos, en sustentación de la misma; pero no puede aceptarla como argumento para desvirtuar lo sostenido por este Despacho en el auto de fenecimiento sobre la materia, porque no es procedente en el caso de que se trata, como va a verse.

"La doctrina aducida, parte del principio de que se haya constituido la obligación principal, contraída naturalmente por el deudor como consecuencia de un acto contractual, y en tal evento, la tesis es inobjetable; pero aquí es precisamente donde aparece la confusión de ideas y surge la diferencia fundamental con el caso debatido en este negocio.

"Este Despacho sostiene que no ha existido la obligación principal y por consiguiente, no tiene existencia la obligación accesoria, la fianza; porque el deudor o presunto deudor, señor Osorio, el fiado, no se obligó ante la Nación ni con el Gobierno Nacional, como empleado de manejo, conforme a las disposiciones legales y en la forma prescrita por el Contralor General, cuya competencia en la materia es exclusiva y está consagrada en los artículos 69 y 70 de la Ley 42 de 1923.

"La obligación primordial de un empleado de manejo es constituirse el mismo deudor del Estado, o sea, responsable del manejo de los caudales, valores o bienes que se le confían, afianzando al mismo tiempo esa responsabilidad con otras firmas, o con prenda, o con depósito, o con hipoteca, según los casos, en la forma y cuantía previamente determinadas por el Contralor. Tales seguridades o cauciones son o constituyen la obligación accesoria.

"Es verdad que el señor Osorio extendió un documento de compromiso, encabezado con su nombre y redactado de acuerdo con uno de los modelos oficiales de la Contraloría, en el cual hacía las declaraciones correspondientes a las obligaciones que contraía 'para con la Nación', como Cajero Segundo Auxiliar de la Tesorería General, pero como no firmó el instrumento que contenía esas declaraciones, éstas son irritas, pudiera decirse, expósitas, y por consiguiente, no contrajo obligación para con la Nación. Más claro: no se constituyó deudor, no hubo declaración de voluntad válida legalmente, no hubo acto contractual, no se creó el vínculo jurídico necesario entre el presunto deudor y el presunto acreedor. Por ende, la fianza u obligación accesoria suscrita por los fiadores, presentados por el mismo fiado y que adhirieron a las declaraciones de éste, es igualmente irrita, por no haber tenido existencia

la obligación principal, puesto que el deudor o fiado no se comprometió a nada, desde luego que no suscribió el instrumento de compromiso.

“El documento de fianza de que se trata no fue aceptado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que hizo el nombramiento (al menos no hay constancia de ello), ni fue presentado a este Departamento para su aprobación, lo que debe hacer el propio interesado, y no la Contraloría oficiosamente, como lo presume el memorialista. En los archivos de este Despacho tampoco se encuentra registrado el nombramiento de Osorio, ni siquiera mencionado el consabido instrumento.

“En tal eventualidad, si se pretendiera reconocerle validez a la fianza así constituida, carente de las formalidades legales, los fiadores excepcionarían por inexistencia de la obligación.

“La responsabilidad fiscal de los empleados subalternos de manejo es secundaria y sólo puede hacerse efectiva cuando han otorgado caución aprobada por el Contralor, por ser éste el único funcionario facultado por la ley para hacerlo en representación del Gobierno o la Nación, que para el caso es lo mismo. De suerte que el auto de fenecimiento de este Despacho, impugnado por el reclamante, no es caprichoso ni acomodaticio, sino fundado en principios jurídicos y disposiciones expresas de la ley.

“A este propósito conviene determinar los caracteres distintivos o específicos de la llamada fianza fiscal, para evitar confusiones o interpretaciones equivocadas.

“Aunque en su esencia jurídica la fianza fiscal tiene los mismos caracteres de la fianza civil, en cuanto que es un contrato accesorio, unilateral, consensual y generalmente gratuito, difiere de ésta en su constitución, en su forma y en sus efectos, y se rige por normas que no están consignadas en el Código Civil, pues en este estatuto no está prevista la fianza fiscal, establecida y regulada por ley especial y por disposiciones emanadas del Contralor General, como se ve en la Ley 42 y el Decreto 911, premencionados, que hacen parte integrante del Código Fiscal.

“Por tales ordenaciones se impuso a los empleados de manejo de fondos y bienes nacionales la obligación primordial de otorgar caución para garantizar el buen desempeño de sus funciones y responder, conforme a las leyes, decretos y reglamentos sobre la materia, de la percepción, manejo e inversión de los caudales que van a administrar, obligación que debe contraerse para con la Nación o con el Gobierno Nacional, como representante de ésta, en la forma y términos prescritos por el Contralor, quien, en definitiva, debe calificar dicha caución y el instrumento que la formaliza, para darle su aprobación.

“Los requisitos para la constitución de la fianza están determinados en las resoluciones del Contralor, cuyas decisiones son obligatorias para todos los empleados y funcionarios administrativos.

“Llenadas las formalidades previas del otorgamiento de la caución, el interesado debe presentar su documentación al Jefe administrativo de quien depende, de quien ha emanado su nombramiento para el empleo, a fin de que la caución le sea aceptada provisionalmente y le sea remitida a la Contraloría para su aprobación definitiva.

“En el caso del Cajero Auxiliar señor Osorio no se cumplieron tales requisitos; no obstante, se le dio posesión del cargo. Tratándose de un empleado subalterno de una oficina principal de manejo, como es la Tesorería General de la República, y quien no está obligado a rendir cuentas a la Contraloría, ésta no puede aceptar semejante caución para relevar al principal de la responsabilidad consiguiente a los malos manejos del subalterno, por los motivos ya expuestos, cuánto más que el principal tenía el derecho y los medios necesarios de informarse y

comprobar si sus dependientes que manejan caudales, habían asegurado su manejo, y, en caso contrario, obligarlos a que lo hicieran, para poner a salvo su propia responsabilidad.

“Si el Tesorero no se preocupó ni se cuidó de ello, culpa no es de la Contraloría General, sino del mismo funcionario, y debe sufrir sus consecuencias. Pero este Departamento no puede ni debe, por consideraciones que no sean de orden legal, dejar desamparados, o al menos en tela de juicio, los intereses fiscales de la Nación, encomendados a su exclusivo cuidado por la ley, aceptando una garantía viciada de nulidad y declarando libre de responsabilidad al verdadero responsable ante esa misma ley. *Dura lex sed lex.*”

Los argumentos que en forma clara y convincente expone la Contraloría en los apartes de su providencia que se acaban de transcribir, son suficientes para relevar al Consejo de toda nueva consideración; por eso, sólo caben algunos conceptos sobre responsabilidad de los “funcionarios de manejo” frente al Estado.

Las actividades del Estado en orden a la percepción, manejo e inversión del patrimonio colectivo destinado a los servicios públicos, se ejercen por medio de funcionarios o empleados especiales conocidos por la ley con el nombre de “empleados de manejo”. Aunque como los demás servidores del Estado, tales empleados están colocados frente a él en una *situación jurídica general o reglamentaria*, sin embargo, sus funciones especiales y delicadas, relativas a la guarda de los caudales públicos, los obligan a la prestación de garantías o cauciones que respondan ante la Administración de su correcto manejo, garantías o cauciones que colocan a tales funcionarios en una *situación concreta o individual*, por razón del contrato respectivo.

Y en tal forma se modifica esa situación legal o reglamentaria, que el nombramiento del empleado de manejo requiere como requisito esencial, *sine qua non*, la prestación de la fianza o caución.

En efecto: el artículo 251 del Código de Régimen Político y Municipal establece lo siguiente: “No se dará posesión a ningún empleado de manejo sin que previamente preste la caución correspondiente.”

Y el 38 de la Ley 42 de 1923, dice: “Ningún nombramiento de empleados o agentes del Gobierno Nacional, encargados del manejo de caudales o bienes públicos, será efectivo mientras tal nombramiento no haya sido registrado en el Departamento de Contraloría, salvo el caso de que se trate de un nombramiento de interino en que sea preciso llenar la vacante inmediatamente.” En el Capítulo XI de la Ley citada, se regula lo relacionado con las fianzas que deben prestar los empleados de manejo y se dispone que “en tanto que la caución no haya sido otorgada y aceptada, el empleado de que se trata no podrá hacerse cargo del puesto, ni recibir fondos o bienes en su carácter de agente del Gobierno Nacional.”

Por su parte, el artículo 25 del Decreto 911 de 1932, dispone lo siguiente: “Ningún nombramiento de empleado o agente del Gobierno Nacional, encargado del manejo de caudales o bienes públicos, será efectivo mientras tal nombramiento no haya sido registrado en el Departamento de Contraloría y mientras no haya prestado la fianza correspondiente al empleo...”

Se tiene, pues, que los empleados de manejo están sometidos a un estatuto especial por razón de la misma naturaleza de sus funciones.

En cuanto a la naturaleza de la fianza o caución, si bien participa de la que tiene la fianza civil en términos generales, difiere de ésta en cuanto a su constitución, que está regida por disposiciones especiales, como son las que se han transcrito, es decir, ha de someterse a las condiciones exigidas para el caso por la Contraloría.

Mientras la Contraloría no imparta su aprobación a las susodichas fianzas, no existe propiamente el vínculo contractual entre el fiador y el Estado para efectos de la validez del nombramiento del respectivo empleado de manejo.

Esto en lo que respecta a los empleados que hayan de rendir sus cuentas directamente a la Contraloría por ser los Jefes de las Oficinas o Departamentos Administrativos a cuyo cargo esté el manejo de los caudales públicos. En cuanto a los subalternos de tales Oficinas o Departamentos, si bien es válido en principio el nombramiento sin la prestación de la fianza, ésta debe serle exigida por el Jefe cuando se quiera o pretenda hacerlo responsable directo ante la Nación. En tal caso, es indispensable que la caución constituida por el subalterno haya sido otorgada ante la Nación y aprobada por la Contraloría, según lo dispone el artículo 108 de la Resolución número 248 de 1940, originaria de la Contraloría. De lo contrario, la responsabilidad recae directa y definitivamente sobre el funcionario que rinde cuentas.

Es decir, pues, que para que se opere el desplazamiento de responsabilidad del Jefe o responsable directo al subalterno o responsable mediano, se requiere la vinculación del último con la Nación por medio de la fianza, vinculación que puede ser directa en el caso de fianza prendaria o hipotecaria, o indirecta, cuando sea personal. Y para que ese vínculo se forme, es indispensable, claro está, el consentimiento de la Nación manifestado por medio de su órgano autorizado, la Contraloría. La garantía que el subalterno pueda darle al superior, lo respalda ante éste, pero no releva a ese superior o cuentadante de la responsabilidad ante la Nación mientras ésta no acepte tal garantía.

En lo que respecta al contrato de fianza en sí, sus lineamientos generales se adaptan perfectamente a las normas del Código Civil sobre el particular. Y así, como accesorio que es, demanda la existencia, no de un contrato como parece suponerlo la Contraloría, sino de una obligación principal en el sentido amplio del término, pues son afianzables todas las obligaciones sea cual fuere la causa que las haga nacer; v. gr.: los contratos, la ley, los cuasi-contratos, los hechos ilícitos, las culpas.

En el caso de los empleados de manejo, las obligaciones afianzables nacen directamente de la ley que unilateralmente fija las condiciones que han de regir las funciones de aquéllos. Consecuencialmente, no es de rigor que en el contrato de fianza se estipulen todas y cada una de las obligaciones, ni menos que aparezca en él la firma del fiado. La función de este último se limita a proponer a la consideración de la Contraloría la solvencia de los fiadores cuando se trate de fianza personal, o la suficiencia de la garantía real. Y en ambos casos se supone que garantizan las obligaciones que se desprenden de la naturaleza misma del empleo.

En el caso de autos, el señor Ignacio Osorio Gutiérrez, directo causante del alcance de los \$ 1,461,95, que ha sido motivo de la glosa de la Contraloría y de las providencias subsiguientes contra el señor Andrés Rocha, Tesorero General de la República, constituyó ante la Tesorería un documento de fianza para responder ante esa entidad del cumplimiento de sus funciones como Segundo Auxiliar de Caja, documento en que a pesar de figurar él como otorgante, no aparece su firma, aunque sí la de los fiadores José María Montoya y Félix Sáiz.

El contrato de fianza tal como está no pierde su carácter por la ausencia de la firma del fiado, ya que la obligación a que accede nace de la ley misma, y, por consiguiente, los fiadores firmantes están obligados a responder de los malos manejos del deudor principal ante la Tesorería que los admitió como tales. Pero de ahí no puede deducirse el relevo a favor del Tesorero como directo responsable ante la Nación de los manejos de sus subalternos, porque faltó el requisito esencial de la apro-

bación definitiva de la fianza por la Contraloría. El señor Tesorero pudo encontrar suficiente la garantía ofrecida y constituida por su subalterno Osorio Gutiérrez; la Contraloría, en cambio, es posible que no le hubiera dado su aprobación y, por consiguiente, no se le puede obligar ahora a que la acepte y exima de responsabilidad al directo cuenta-dante.

Tampoco puede aceptarse la aprobación tácita que dice el apelante hubo de parte de la Contraloría cuando “supo y aceptó todas las actuaciones de Osorio durante muchos años”, porque, en primer lugar, como lo dice la misma Contraloría, ésta no tenía por qué conocer ni aceptar las actuaciones del Segundo Cajero Auxiliar de la Tesorería, ya que el único empleado de la Tesorería que debía rendir cuentas ante ella (la Contraloría), era el Tesorero; y, en segundo lugar, porque la aceptación tácita de los agentes de la Administración no compromete a ésta. El Estado manifiesta su voluntad en el ejercicio visible de sus leyes.

Aceptado, pues, que no se estableció el vínculo de responsabilidad directa entre el empleado de manejo, señor Osorio, y el Estado, el único responsable ante éste es el señor Tesorero General de la República, sin perjuicio de la subrogación a que le dan derecho las leyes civiles.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes las providencias de la Contraloría General de la República, objeto del recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Diógenes Sepúlveda Mejía—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Oposiciones al registro

Consejero ponente, doctor

DIOGENES SEPULVEDA MEJIA

La oposición, a nombre de quien no ha conferido poder, consta de dos etapas: la primera, en la cual se formula la oposición, seguida del otorgamiento de la caución exigida por la ley; la segunda, la ratificación sobre la base de que se han cumplido las formalidades de la primera etapa. Si la oposición formulada en tiempo por el agente oficioso se desestimó por no haberse constituido la caución, la ratificación, hecha fuera de tiempo, no puede retrotraerse a la fecha de la presentación inicial. La presentación intempestiva del poder no puede sanear la situación irregular en que venía actuando el agente oficioso del presunto opositor.

Consejo de Estado—Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

En memorial de fecha 11 de mayo de 1940, y hallándose dentro del término de treinta días de que habla el artículo 36 de la Ley 31 de 1925, el doctor Rafael Campo, hablando en nombre de la sociedad denominada Lambert Pharmacal Company, cumpliendo instrucciones cablegráficas de ésta, y en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 6º de la Ley 94 de 1931, manifestó ante el Ministerio de la Economía Nacional que se oponía a la solicitud de registro de la marca de fábrica *Lysapirina*, hecha por la sociedad Mouneyrat y Cia., sociedad en comandita por acciones, domiciliada en Villeneuve—La Garénne (Seine) Francia.

Posteriormente, el día 14 del mismo mes, adicionó su memorial de oposición en el sentido de pedir que de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 94 de 1931 se declarara inadmisile la solicitud de registro de la expresada marca *Lysapirina*, por considerarla semejante a la marca *Listerina* ya inscrita en favor de la sociedad en cuyo nombre formuló la oposición contenida en el memorial de 11 de mayo citado.

El 29 del expresado mes de mayo, el doctor Campo presentó el poder que le confirió la sociedad Lambert Pharmacal Company para llevar adelante la oposición al registro de la marca *Lysapirina*.

Por medio de la Resolución número 2925, de fecha 19 de junio siguiente, el Ministerio de la Economía Nacional, considerando que la solicitud del apoderado de la expresada sociedad Mouneyrat reunía todos los requisitos de la Ley 31 de 1925, y que “había transcurrido el término legal sin que se haya hecho reclamación en contra del registro solicitado”, concedió a la sociedad Mouneyrat el registro de la marca *Lysapirina*.

El 8 de noviembre de 1940, el Ministerio citado dictó una resolución, como resultado de los reclamos que hizo verbalmente el doctor Campo para que se resolvieran los memoriales que había presentado con fechas 11, 14 y 29 de mayo, sobre oposición al registro de la marca *Lysapirina*, y en ella hizo las siguientes consideraciones:

"...se ha observado que se incurrió en la irregularidad de dictar la Resolución de fecha 19 de junio de este año, número 2925, por la cual se concedió el registro de la expresada marca de fábrica y comercio sin resolver cosa alguna respecto de dicha oposición, no obstante que, según consta de autos, ésta fue presentada en tiempo oportuno por el doctor Campo, como agente oficioso de la sociedad denominada Lambert Pharmacal Company, residente en el extranjero.

"Sin que sea por ahora procedente entrar a considerar si dicha oposición satisfizo o nó los requisitos que para el efecto exigen las disposiciones pertinentes de la Ley 31 de 1925 y 94 de 1931 y del Decreto número 1707 de 1931, reglamentario este de la Ley últimamente citada, es lo cierto que tal oposición no se tramitó en forma alguna y que el haberse pretermitido el procedimiento legal implica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Civil, la nulidad del registro de la expresada marca *Lysapirina*, que se ordenó en las condiciones ya expuestas. A mérito de lo expuesto, y de conformidad con la disposición del artículo 455 del Código Judicial que se considera aplicable a falta de disposiciones especiales sobre procedimiento administrativo, el Ministerio de la Economía Nacional resuelve: Reconocer al doctor Rafael Campo A. como apoderado de la sociedad denominada Lambert Pharmacal Company, domiciliada en Wilmington, Condado de Newcastle, Estado de Delaware, de los Estados Unidos de América, en los términos y para los efectos del poder presentado con fecha 29 de mayo próximo pasado, y.... Poner en conocimiento de las partes representadas por sus respectivos apoderados, doctores Ignacio Escobar López y Rafael Campo A., la causal de nulidad anotada, para los efectos señalados en el expresado artículo 455 del Código Judicial."

Notificada esta providencia, de ella pidió reconsideración y revocatoria el apoderado de la Casa Mouneyrat y Cia. A su turno, el doctor Campo pidió que se declarara nulo el registro de la marca *Lysapirina*, concedido por la Resolución número 2925, de 19 de junio de 1940.

Con fecha 4 de marzo de 1941, el Ministerio dictó una nueva resolución, en la cual consideró las alegaciones de los apoderados de las sociedades que han disputado acerca del registro de la marca *Lysapirina*, y en ella decidió revocar el auto de 8 de noviembre de 1940, en cuanto ordenó poner en conocimiento de los apoderados de las sociedades Mouneyrat y Lambert Pharmacal Company una causal de nulidad.

Habiendo quedado en firme la primitiva resolución, que concedió el registro de la marca *Lysapirina*, en virtud de la resolución última, de marzo 4 de este año, el doctor Rafael Campo, obrando como apoderado de la expresada sociedad Lambert Pharmacal Company, ha demandado ante el Consejo de Estado la nulidad de aquella resolución, así como la del auto o providencia de marzo 4, que revocó la de 8 de noviembre de 1940.

Para resolver se considera:

Las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931 y el Decreto 1707 de 1931, que reglamentan la materia relativa a la propiedad industrial, contienen un procedimiento especial para el reconocimiento del derecho a usar las marcas comerciales, procedimiento que se lleva a cabo administrativamente, en tanto que no surjan derechos de terceros en pugna con los que están en vía de reconocerse, pues en tal caso el conocimiento del negocio, que ya adquiere el carácter de una verdadera litis de derecho privado, corresponde a la justicia ordinaria, que es la única que puede dirimir los conflictos entre particulares por razón de intereses de orden estrictamente privado.

La resolución que otorga o concede el registro de una marca, es un acto unilateral de la Administración, que crea una situación subjetiva de derecho que funda la solicitud de inscripción de una marca de fá-

brica, opera únicamente entre el ciudadano que la hace y la Administración, que es la encargada de efectuarla, para reconocer el derecho de propiedad sobre la marca que se quiere amparar.

Quiere esto decir que en esta clase de asuntos no puede haber partes salvo el caso de la oposición contemplada por las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931.

Si esto es así, el hecho de cometerse irregularidades u omisiones en el procedimiento, como no haberse decidido nada sobre alguna petición de inadmisibilidad del registro, o no haberse sustanciado debidamente las solicitudes sobre oposición, no pueden ser causales suficientes para invalidar lo actuado sobre la suposición de que tales omisiones o irregularidades lleven hasta poder decretar la nulidad del acto en virtud del cual se hizo el reconocimiento del derecho del solicitante.

La nulidad es una sanción determinada en forma expresa y clara por la ley y, de consiguiente, su aplicación debe ser restrictiva. El Código Judicial enumera taxativamente cuáles son esas nulidades en el procedimiento, y al intérprete no le es dado salirse de esa enumeración bajo ningún pretexto. Las leyes administrativas no le agregan a esa enumeración ninguna otra y, en consecuencia, el juzgador, sea en materia civil o administrativa, debe ceñirse estrictamente al Código citado.

Por esta razón, no estuvo acertado el Ministerio cuando, después de dictar la resolución con carácter definitivo concediendo el registro de la marca de fábrica *Lysapirina* en favor de la sociedad Mouneyrat, resolvió retrotraer las cosas a una estado anterior al pronunciamiento de la resolución, aplicando por analogía el artículo 455 del Código Judicial, para poner en conocimiento de las partes una causal de nulidad, que en concepto del Consejo no existía.

“Aplicar por analogía, dice el señor Fiscal del Consejo, como hizo el Ministerio en el auto de 8 de noviembre, el artículo 455 del Código Judicial, es incurrir en un grave error, porque esa disposición sólo faculta al Juez para poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que afecten el juicio, *antes de decidir sobre lo principal*, pero en ningún caso para hacerlo después de resuelto el asunto, que fue el procedimiento adoptado en este caso. Esto es suficiente para concluir con que el auto que subsanó el error anotado es legal y no puede invalidarse. . . .”

El Ministerio no podía válidamente revocar su propia resolución, ni mediante la tramitación de una causal de nulidad como pretendió hacerlo. La resolución que concedió el registro de la marca *Lysapirina* solamente podía ser anulada mediante el recurso contencioso-administrativo; por lo cual la providencia de 4 de marzo del presente año, que revocó lo dispuesto en el auto de 8 de noviembre de 1940, no hizo otra cosa que dejar en pie la resolución que concedió el registro de la marca aludida.

En estas circunstancias, es necesario analizar si la resolución primitiva fue dictada legalmente y debe sostenerse por el Consejo, o si, en cambio, las irregularidades u omisiones que tuvieron lugar dentro de la tramitación administrativa correspondiente son capaces de invalidar esa actuación.

Por lo que hace al actor o solicitante del registro de la marca, no hay duda que llenó todas las exigencias legales para conseguir que se efectuara el registro de la marca acomodándose estrictamente a los trámites que señalan las disposiciones legales pertinentes. Surtida, pues, en debida forma, la tramitación legal, el solicitante tenía derecho a que se efectuara el registro de la marca que había solicitado.

Es verdad, como lo afirma el actor, que el Ministerio cuando dictó su Resolución número 2925, de 19 de junio de 1940, por medio de la cual otorgó el registro de la marca *Lysapirina*, no había resuelto nada sobre los memoriales de 11 y 14 de mayo, en los cuales formuló oposición a nombre de la sociedad Lambert Pharmacal Company y pidió se decla-

rara inadmisibile la solicitud hecha por la sociedad Mouneyrat y Cia. para que se efectuara el registro de la mencionada marca, como tampoco resolvió nada acerca del memorial de 29 de mayo, con el cual presentó el demandante el poder que le confirió la expresada sociedad para que llevara adelante la oposición.

El Ministerio desestimó los mencionados memoriales y justificó con estas razones, emitidas en su providencia de 8 de marzo pasado, su proceder:

“El doctor Campo obró como agente oficioso de la sociedad Lambert Pharmacal Company al presentar su oposición en memorial de 11 de mayo de 1940 y ofreció prestar la caución de que trata el artículo 6º de la Ley 94 de 1941. El artículo 8º del Decreto número 1707 de 1931 determina que la cuantía de la caución de que trata el artículo 6º de la Ley 94 del presente año, será de \$ 100,00, y se prestará dentro de los seis días siguientes a la oposición, en dinero o en papeles de crédito público nacional, computados por su valor a la par, haciendo la correspondiente consignación en el Banco de la República a la orden del Ministerio del ramo. En el segundo inciso, agrega: ‘Si no se prestare oportunamente la caución, o si prestada el interesado no ratificare la oposición hecha en su nombre dentro de los sesenta días siguientes, el Ministerio procederá a hacer el registro solicitado, si estuvieren vencidos, sin otra oposición que deba tramitarse, los 30 días de que habla el artículo 36 de la Ley 31 de 1925.’

“Como en el caso de la oposición del doctor Campo transcurrieron los seis días hábiles siguientes a la presentación de su memorial sin que se prestara la caución en la forma y en los términos señalados por la disposición citada, competía al Ministerio practicar el registro solicitado, en ausencia de otra oposición que debiera tramitarse.

“Ahora bien: ¿debía o nó tramitarse la oposición que en memorial de 29 de mayo de 1940 formuló el mismo doctor Campo ya en carácter de apoderado de la sociedad Lambert Pharmacal Company?

“Para establecer que tal oposición no debía tramitarse basta observar que la última publicación del extracto de solicitud de registro de la marca *Lysapirina* se encuentra en el *Diario Oficial* número 24332, de 6 de abril de 1940, esto es, cuando ya había transcurrido el término de treinta días que al efecto señala el parágrafo del artículo 38 de la Ley 31 de 1925. En cuanto a la solicitud del doctor Campo, contenida en el memorial de 14 de mayo, para que se declarara inadmisibile el registro de la mencionada marca, con fundamento en el artículo 3º de la Ley 94 de 1931, se observa que tal solicitud no era pertinente por cuanto la misma marca no se encuentra registrada, ni entre las palabras *Lysapirina* y *Lis-terina* existe similitud suficiente para producir confusión entre ellas.”

A este respecto debe decirse aquí que en realidad hubo una verdadera irregularidad cuando no se consideró en oportunidad la solicitud de inadmisibilidat, sobre la cual solamente en la providencia de 8 de marzo, cuyos párrafos se han transcrito, vino a decidirse. Pero no ocurre lo mismo en cuanto al pedimiento consignado en el primer memorial, puesto que siendo una obligación perentoria del presunto opositor prestar la caución de cien pesos de que trata el artículo 6º de la Ley 94 de 1931, mientras tal cosa no ocurriera no podía el Ministerio ocuparse de tal solicitud sino para determinar que no tenía por qué ser tomada en consideración. Acreditado como está que el doctor Campo no otorgó dentro de los seis días hábiles siguientes a la presentación de su memorial de oposición, a nombre de la sociedad Lambert Pharmacal Company, la dicha caución, el Ministerio no se hallaba ante una verdadera oposición que le estorbara proceder a efectuar el registro de la marca solicitada por la sociedad Mouneyrat y Cia. La tramitación de esa oposición no podía hacerse sino cuando la caución hubiera sido constituida. De manera que,

considerando este aspecto del problema, no es difícil llegar a la conclusión de que el registro estuvo bien hecho.

Pero ocurre que posteriormente a la expiración del término de los 30 días de que habla el párrafo del artículo 36 de la Ley 31 de 1925, ya el doctor Campo concurrió ante el Ministerio ejercitando la personería de la sociedad a nombre de la cual había intentado en sus anteriores memoriales la oposición, que no se había tomado en cuenta por el Ministerio, en razón de la falta de la caución de que se ha hablado.

El Ministerio considera que esta última solicitud fue extemporánea y no podía ser atendida. Y a su turno el doctor Campo afirma que sus efectos deben retrotraerse a la época en que hizo la presentación de su primer memorial, puesto que la ratificación que hace la sociedad Lambert Pharmacal Company produce tales efectos desde la fecha en que se instauró la oposición.

Es este el aspecto más interesante de la cuestión, que la Fiscalía del Consejo analiza en los siguientes términos:

"Pero se dice que en virtud del poder presentado el 29 de mayo próximo desapareció la necesidad de otorgar la caución, puesto que tal poder es una ratificación de lo actuado por el doctor Campo, y que como la ratificación es equivalente al mandato y tiene efecto retroactivo, el Ministerio estaba en la obligación legal de suspender el procedimiento y admitir la oposición. A esto se contesta que es cierto que la ratificación produce el efecto de un mandato retrospectivo, pero sólo entre el mandante y el mandatario, pero no con relación a terceros, cuyos derechos no pueden perjudicarse. De suerte que como el poder se presentó vencido el término de que trata el artículo 36 de la Ley 31 de 1925, y la oposición del agente oficioso, según queda dicho, en ese momento era inadmisibles, surgió a favor del solicitante del registro un derecho procesal clarísimo a que se adelantara y se resolviera favorablemente su petición.

"Esta tesis sobre los efectos de la ratificación —continúa el señor Fiscal— la sostiene el doctor Fernando Vélez en los siguientes términos: '262—La ratificación expresa o tácita, según concepto general, retrotrae los efectos del acto ratificado al día en que éste se efectuó, porque ella equivale a un mandato retrospectivo: *ratihabito mandato equiparatur*. Esto es cierto en cuanto a las relaciones jurídicas entre el mandante y el mandatario, pero en cuanto a terceros la ratificación no puede ser en perjuicio de sus derechos. Puede decirse que ella acerca del mandatario implica que éste recibió poder para el acto que ejecutó extralimitando sus facultades, pero que no puede afectar derechos de terceras personas, como los adquiridos después del acto y antes de la ratificación.' Por consiguiente, termina la Fiscalía, en ningún caso habrían podido prosperar las solicitudes que el Ministerio no estudió, y en consecuencia, el registro estuvo bien otorgado."

Para sostener la resolución que otorgó el registro de la marca *Lysapirina* el Ministerio disocia las solicitudes del doctor Campo, o mejor, las considera independientemente. Siguiendo la misma tesis expuesta por el señor Fiscal en el sentido de que la presentación del poder que le confirió la sociedad Lambert Pharmacal Company no sanea la situación jurídica anterior porque el presunto opositor ningún derecho podía alegar hasta el momento de vencerse el plazo señalado por el artículo 36 de la Ley 31 de 1925 desde luego que no había otorgado la caución respectiva, afirma que se trata de la verdadera oposición formulada extemporáneamente, y por esa razón tampoco podía tramitarse.

Las razones que el Ministerio expone sobre este particular, están basadas en la realidad de los hechos, pues la oposición a nombre de quien no ha conferido poder alguno consta de dos etapas muy claramente se-

ñaladas por la ley. Es la primera, aquella en la cual se formula la oposición seguida de otorgamiento de la caución correspondiente, y la segunda, la ratificación que se hace sobre la base de que se han cumplido las formalidades de la primera etapa. Si, pues, falta uno de los requisitos primordiales en que se asienta el derecho de iniciar la oposición, es claro que la ratificación no puede producir los efectos deseables.

Si la oposición formulada en tiempo fue desestimada por no haberse constituido la caución de que trata el artículo 89 del Decreto 1070 de 1931, es claro que no podía retrotraerse a la fecha de la presentación inicial de la oposición la ratificación de la personería del opositor hecha fuera de tiempo. Lo que la ley quiere es que no se estorbe el derecho que tiene el solicitante a que se adelanten las gestiones administrativas para obtener el registro de la marca, y por eso exige que quien formula oposición constituya dentro de los seis días siguientes la caución respectiva, y si no lo hiciere verificará el registro. En el caso presente, cuando llegó el vencimiento del plazo para hacer las oposiciones, no se había constituido la caución ni se constituyó después, y la presentación posterior del poder no pudo sanear la situación irregular en que venía actuando el agente diligencioso de la sociedad opositora.

Aun cuando, si repite, el Ministerio ha debido, al dictar la resolución que ordenó el registro de la marca *Eysapirina* resolver la petición sobre inmutabilidad en una forma o en otra, esa decisión no puede sobrelevar nulidad alguna, y en cuanto a los otros memoriales también se ha hecho ya que no había motivo suficiente para que fueran tomados en consideración desde luego, que no se había constituido la caución que la ley prevé.

Estas consideraciones son suficientes para sostener que no hay motivo para decretar la anulación de las providencias acusadas, y por ello, el Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, desahoga con el concepto del señor Fiscal, NÚM. las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese.

Tallo Enrique Tascón Diligentes Sepúlveda Mejía—Antonio Escobar Camargo—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández—Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arango—Carlos Rivas Encino G. Luis E. Latorre V., Secretario.

Cajeros pagadores

Consejero ponente, doctor

DIÓGENES SEPULVEDA MEJÍA

Es obligación de un Cajero Pagador llevar cuenta detallada y exacta de todos los ingresos y egresos que se realicen. Todos los dineros que entren o salgan, lo mismo por concepto de gastos que de avances o anticipos, deben anotarse escrupulosamente, so pena de incurrir el Cajero en responsabilidad por la omisión, cuando ésta es voluntaria e injustificada, y de sufrir las consecuencias que de la omisión puedan sobrevenir.

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

Por apelación interpuesta por el doctor Federico A. Daza, en su calidad de apoderado del señor Luis J. Franco, ha venido en apelación al Consejo la providencia 982, de 30 de abril de 1941, proferida por la Contraloría General de la República, en virtud de la cual se negó la reforma o revocación del auto de feneamiento número 3549, de 9 de julio de 1934, que liquidó la cuenta del mencionado señor Franco con un avance a su cargo de cinco mil ciento treinta y un pesos (\$ 5.131), como Cajero del Ferrocarril Central del Norte.

La glosa que motiva dicho avance, está concebida en los siguientes términos:

"Revisada nuevamente la cuenta de marzo de 1924 del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, de que fue usted responsable, en su carácter de Cajero Contador, se ha encontrado que usted dejó de entregar la suma de \$ 5.131, cuya falta reconoció en su oficio de 11 de marzo de 1927, dirigido al Superintendente de la Empresa, y por lo cual le elevé avance más tarde el Superintendente, lo que fue confirmado por la providencia número 34, de 25 de abril último, de este Despacho, de la cual se le remite una copia."

Y el auto de feneamiento 3549, citado, se expresa así en algunos de sus apartes:

"La cuenta del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, correspondiente al mes de marzo de 1924, se feneió sin cargo por auto número 460, de fecha 19 de octubre de 1925. Posteriormente, en vista de comprobantes que figuran en la cuenta relativa al mes de diciembre de 1927, de la misma Empresa, a cargo del señor Edmundo Merchán, se dictó la providencia número 84, de fecha 21 de junio de 1929, por la cual se revocó el feneamiento citado y se ordenó revisar nuevamente dicha cuenta. Como resultado del estudio se produjo el aviso adicional de observaciones número 2096, de 27 de junio de este último año, dejando a cargo del responsable la cantidad de \$ 5.131, que dejó de entregar al sucesor señor Edmundo Merchán, y la de \$ 30, como saldo de \$ 100, que correspondían al Cajero señor Ramón Sanguino, por valor de vales que antes había cargado a dicho señor en sus cuentas, y de los cuales abo-

nó \$ 70 al Superintendente. Tanto la providencia número 84 como el aviso adicional de observaciones número 2096, fueron notificados personalmente al responsable el día 20 de febrero de 1930, según aparece de los documentos que obran en el respectivo juicio.

.....
 "Por auto número 52, de 14 de enero de 1929, recaído a la cuenta del mes de diciembre de 1927, del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, se elevó a alcance la suma de \$ 5.131 contra el responsable señor Edmundo Merchán. A solicitud del responsable, a la cual acompañó nuevos comprobantes, este Despacho, por medio de providencia número 34, de fecha 25 de abril de 1929, hubo de reconsiderar y reformar el fenechimiento expresado en el sentido de relevar al responsable del cargo, ya que éste gestionó lo conducente y pasó el asunto al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales para hacer efectivo el cobro de los \$ 5.131 al verdadero responsable señor Luis J. Franco."

En memorial presentado a la Contraloría el 5 de abril del corriente año, el mismo apoderado del señor Luis J. Franco pidió la reconsideración sobre la cual recayó la providencia recurrida.

Con tal petición el señor apoderado presentó como definitivo y único descargo en favor de su poderdante, un documento que a la letra dice:

"F. C. Central del Norte - Sección Segunda - Telegramas - Ferrocarril - Número 25 - Bogotá, octubre 15 de 1924 - Señor Cajero Pagador - Presente - Sirvase entregar al General Celerino Jiménez la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) moneda corriente, como buena cuenta del contrato de traviesas que tiene celebrado con la Empresa - De usted atento, seguro Servidor, D. E. de Márquez, Superintendente - M. M. Q. D. E. de M. Recibi. Celerino Jiménez."

"Tal documento, --dice el memorialista-- que original acompañó a este memorial, tiene un valor probatorio indiscutible y consiguientemente fuerza bastante para enervar la acción de una manera casi total. En efecto, dicho comprobante aparece extendido por el entonces Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, Sección Segunda, con la propia firma de dicho funcionario, y tiene al pie la firma del señor Celerino Jiménez, precedida de la palabra *Recibi*, todo lo cual hace que él constituya una prueba inequívoca de que el señor Franco, en su condición subordinada de Cajero Pagador, no pudiera hacer otra cosa, para no desconocer la orden que recibió de su superior, que entregar al contratista Celerino Jiménez la suma de \$ 5.000, como buena cuenta de un lote de traviesas.

"Según las normas de contabilidad prescritas por ese Departamento Administrativo, el documento que dejó inserto atrás no podía el Cajero Pagador imputarlo a gastos presupuestos, por representar apenas una erogación anticipada al cumplimiento de un contrato, esto es, una buena cuenta, y eso y no otra cosa fue lo que sucedió en el caso que me ocupa, *pues en las cuentas mensuales rendidas por él no figura la salida o egreso de los \$ 5.131* (subraya el Consejo), ni por el concepto del recibo a que vengo haciendo referencia, ni por razón del contrato celebrado entre la Empresa y el señor Jiménez o la entidad a quien éste presentara.

"Ahora bien: si el Cajero Pagador se vio en la impetuosa necesidad de efectuar la entrega de la suma de \$ 5.000 y al mismo tiempo *no pudo imputarla a gastos por hacer parte de un contrato no cumplido aún*, y si *lampocho registró la salida de Caja en sus libros haciendo uso de las cuentas de 'Avances' o 'Anticipos' u otra de igual naturaleza*, es claro, de claridad meridiana, que la suma que en aquella época dejó de traspasar Franco a su sucesor, está representada en su totalidad en el comprobante mencionado que, como dije al principio, presento en este escrito." (Lo subrayado es del Consejo).

Termina el memorialista recalcando el hecho de que su poderdante no registró en sus libros la suma de que se ha hecho mérito.

La Contraloría, en su providencia que ha sido motivo de recurso, aduce las siguientes principales razones para negarse a levantar el alcance fijado al señor Franco:

"Este documento -- dice la Contraloría refiriéndose a la comunicación dirigida por la Superintendencia del Ferrocarril Central del Norte al señor Cajero Pagador, y la cual se transcribió atrás--, por sí solo, hace prueba plena, de acuerdo con las disposiciones legales de procedimiento judicial, en cuanto a la entrega de los cinco mil pesos que el Cajero Pagador le hizo al contratista señor Celerino Jiménez por orden expresa de su superior, y sería bastante para declarar cancelado el alcance de esa cantidad deducido contra el responsable, si no existieran otros antecedentes relativos a este negocio, de tan vieja data, que este Despacho ha estudiado y analizado cuidadosamente, a fin de resolver a conciencia la petición del señor apoderado, y de los cuales va a hablarse, no sin advertir antes que el citado comprobante sería válido y operante como descargo de los \$ 5.000 siempre que se evidenciara que esta cantidad no fue cargada a gastos en las cuentas del responsable, que es lo esencial en el presente caso:

"I--En la cuenta del mes de octubre de 1924, del mismo responsable, se expidió el aviso de observaciones número 524, de 23 de mayo de 1925, en el cual aparece lo siguiente: Observación 5ª: 'Este Despacho desea conocer las autorizaciones que tenga el F. C. para hacer compras de maderas sin someterlas a las formalidades de la ley en punto de la celebración (sic.) de contratos.'

"Como consecuencia de esta observación, se dejó a cargo del responsable la cantidad de \$ 19.796.56, por valor de traviesas suministradas a la Empresa por varios contratistas, que aparecen pagados en dicho mes, sin contrato escrito.

"En el juicio de la cuenta no figuran los nombres de los vendedores o contratistas de las traviesas, que fueron varios, y probablemente entre ellos, el señor Celerino Jiménez, como se desprende de lo que se dijo en el fenecimiento, al levantar el cargo: 'Los respectivos pagos están debidamente comprobados con las cuentas de cobro visadas por el Superintendente de la Empresa, y recibí de los interesados.'

"II--En la cuenta de noviembre de 1924, del mismo responsable, se libró el aviso de observaciones número 787, de 6 de mayo de 1925, en el cual se lee: 'Con relación a las compras de traviesas hechas a diferentes individuos y cuyo pago se efectúa mediante la presentación de una serie de cuentas de cobro por valor menor de cien pesos, este Despacho considera que con tal sistema se elude el cumplimiento de las disposiciones del Código Fiscal, que establece la formalidad de celebrar contratos para toda transacción que exceda de cien pesos. En consecuencia, se aplazan las partidas que pasan a expresarse....'

"En seguida figura la enumeración de los pagos con los nombres de los acreedores, lo que da un total de \$ 8.439.06 por valor de traviesas en dicho mes.

"Entre los contratistas está el nombre del señor Celerino Jiménez con cuentas de cobro por valor de \$ 99.96 cada una, que dan un total de \$ 2.399.04.

"III--En la cuenta de diciembre de 1924, del mismo responsable, se dictó el aviso de observaciones número 788, de 7 de mayo de 1925, en el cual figura la 3ª glosa, por \$ 16.200.69 por valor de traviesas compradas sin contrato escrito, entre otros individuos, al señor Celerino Jiménez, cuyas cuentas de cobro en ese mes suman \$ 5.897.64.

"Resumen del valor de las traviesas compradas en el 4º trimestre de 1924 por la Empresa del Ferrocarril Central del Norte:

"En octubre	\$ 19.796,56
"En noviembre	8.439,06
"En diciembre	16.200,69

Suma	\$ 44.436,31

"Las traviesas compradas al señor Celerino Jiménez valen:

"En noviembre	\$ 2.399,04
"En diciembre	5.897,64

Suma	\$ 8.296,68

"Respecto del mes de octubre, en que la inversión por dicho concepto valió \$ 19.796,56, no se puede concretar lo pagado al señor Jiménez, porque, como se dijo, no se encontró en el juicio la relación nominada de los varios contratistas, pero es de suponer fundadamente que el señor Jiménez figura en tal mes entre los vendedores de traviesas, pues el documento presentado por el memorialista, fechado el 15 de octubre de 1924, expresa claramente que los \$ 5.000 entregados a aquél, lo son a título de 'buena cuenta del contrato de traviesas que tiene celebrado con la Empresa'. De suerte que el citado mes recibió por lo menos los \$ 5.000 que constan en el recibo de que se hace mérito, y que agregados a los \$ 8.296,68 de noviembre y diciembre, forman un total de \$ 13.296,68.

"Del resultado que antecede se infiere rectamente que este Despacho no puede aceptar el comprobante exhibido como descargo de los \$ 5.000 del alcance que se le imputó al responsable como faltante en Caja, puesto que en los meses de noviembre y diciembre de 1924 aparece cargada por compra de traviesas al señor Jiménez, una suma mayor, en las cuentas del responsable.

"Por lo que queda expuesto hasta aquí, se puede deducir, sin riesgo de errar, que los consabidos \$ 5.000 están comprendidos en los \$ 8.296,68 pagados al señor Jiménez por valor de traviesas, cuánto más que, según los juicios de cuentas premencionados, nunca se hicieron contratos escritos para el suministro de esos elementos, cuya adquisición se efectuó por medio de una serie de cuentas de cobro de valor menor de cien pesos.

"Se puede conjeturar también -termina la Contraloría- con los mismos fundamentos, que los \$ 5.000 del recibo provisional presentado fueron entregados en calidad de avance o anticipo para el fin indicado, crédito que el contratista señor Jiménez fue amortizando o cancelando paulatinamente con entregas de traviesas, mediante la presentación de cuentas definitivas, tal como aparecen relacionados en los comprobantes que obran en los juicios de cuentas antedichos."

Hasta aquí la historia o relación de los hechos que han de servir al Consejo de elementos de apreciación para deducir de la apelación propuesta.

Lo primero que se presenta al análisis de la corporación es la suficiencia del documento presentado por el responsable como prueba exculpativa de la responsabilidad que sobre él hacen recaer las glosas de la Contraloría.

Al efecto, precisa ante todo considerar su autenticidad como instrumento público comprendido dentro de los señalados por el artículo 632 del Código Judicial.

Dice el artículo mencionado:

"Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos; las certificaciones de los Jueces y Magistrados sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso y en los demás casos autorizados por la ley, y las certificaciones de quienes lleven el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes."

Se ha citado el artículo 632, transcrito, como base para considerar el carácter probatorio del documento traído a los autos, porque aunque no ha sido invocado por el apoderado del responsable, si lo ha tenido en cuenta la Contraloría como interpretación de la intención de aquél al presentarlo. Pero bien claro se ve que no cabe el documento aducido como plena prueba dentro de ninguno de los casos contemplados en dicho artículo.

En efecto: el que más se acerca a la naturaleza de dicho documento es el relativo a "instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública", pero es bien sabido que los Ferrocarriles Nacionales constituyen hoy un servicio público autónomo, cuyos funcionarios, aunque dentro de la órbita administrativa del Estado, no ejercen, propiamente, "cargos por autoridad pública".

Por otra parte, la calidad en el firmante "D. E. Marquez", de Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, no se halla acreditada en forma alguna, ni la firma se ha autenticado como lo exige la ley cuando, como en el presente caso, no se presume auténtica. De esta última deficiencia, adolece también la firma del señor "Celerino Jiménez".

Como consecuencia, el documento presentado por el señor apoderado del responsable, es un simple documento privado que apenas alcanza a constituir un principio de prueba por escrito.

Pero aun suponiendo o concediéndole al referido documento plena fuerza probatoria en cuanto a la entrega por el Cajero Pagador Luis J. Franco de los \$ 5.000 a que hace relación la comunicación dirigida a él por el Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, y que tiene la constancia del "Recibi" del señor Celerino Jiménez, la existencia del comprobante nada prueba en relación con que dice haber incurrido el responsable no imputando tal cantidad en los libros.

La Contraloría, en su sólida providencia, explica cómo en las cuentas del Cajero Pagador existen comprobantes incontrovertibles sobre pagos hechos al mismo contratista, Celerino Jiménez, con posterioridad a la entrega de los \$ 5.000, por el mismo concepto del contrato de traviesas que tenía celebrado con la Empresa, y en cantidad mayor de la expresada.

El señor Franco se limita a afirmar, por intermedio de su apoderado, que estaba imposibilitado para registrar la erogación en sus libros con cargo a "gastos", por tratarse de un anticipo a un contrato no cumplido aún, y que *no lo hizo* en la cuenta de "Avances" o "Anticipos", aunque, según se deduce de su dicho, si existía en los libros.

La confesión que tales afirmaciones entraña, más bien que mejorar la situación del responsable, demuestran una culpabilidad total en todas las consecuencias que de su omisión voluntaria e injustificada, puedan sobrevenirle.

Las obligaciones de un Cajero Pagador, deducidas de la propia naturaleza de sus funciones, son las de llevar cuenta detallada y exacta de todos los ingresos y egresos que se realicen. Todos los dineros que entren o salgan por cualquier circunstancia, deben ser anotados escrupulo-

samente, so pena de su responsabilidad personal. De ahí, que a tales funcionarios se les exijan fianzas especiales y se les someta a un control permanente y severo por parte, inmediatamente, de sus superiores jerárquicos, y, mediatamente, de la Contraloría General de la Nación.

¿Qué justificaba al Cajero señor Franco para que dejara de anotar en la cuenta "Avances" o "Anticipos" la cantidad entregada al señor Celerino Jiménez? Nada, absolutamente nada. Al contrario, era una obligación inherente a su cargo. Si en los libros que llevaba y que habrían de servir para el control de sus actos relativos a su función, no cargó los \$ 5.000 entregados al señor Celerino Jiménez, es claro que tenían que aparecer luego en su contra al ser revisadas sus cuentas por la Contraloría. Al no imputarlos en los libros, quedaba sometido a que el contratista, por olvido u otra circunstancia, volviera a cobrar nuevamente la suma por medio de las cuentas de cobro que presentó posteriormente.

Para que no hubiera resultado el alcance de los \$ 5.000 en contra del Cajero Contador, no habiéndolos descontado éste de las cuentas de cobro presentadas posteriormente por el contratista, hubiera sido necesario que este último se hubiera abstenido de presentar las cuentas correspondiente al monto de la cantidad anticipada superando el valor real de los contratos a los valores existentes en los libros en una suma igual a dicha cantidad.

Por otra parte, no hay constancia alguna de la existencia de un contrato por precio alzado igual o mayor a la suma entregada por el Cajero Pagador al contratista como anticipo.

Ninguna de tales pruebas se acompañaron al juicio, y, por consiguiente, es necesario concluir que sobre el señor Luis J. Franco recae toda la responsabilidad sobre el alcance anotado por la Contraloría General de la República. Se impone, pues, la confirmación del fenecimiento motivo del presente recurso.

En consecuencia, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia número 982, de 30 de abril de 1941, proferida contra el señor Luis J. Franco por la Contraloría General de la República.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Diógenes Sepúlveda Mejía—Gonzalo Gaitán.
Con salvamento de voto, *Antonio Escobar Camargo—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.*

Salvamento de voto

Consejero, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

Si la providencia de la Contraloría, materia del recurso, envuelve en sus términos una contradicción flagrante, que requiere más detenido estudio con mejores elementos de juicio, en vez de confirmarse el alcance, en presencia de la deficiencia probatoria lo procedente sería dictar un auto para mejor proveer, a fin de que la decisión tenga como fundamento, no simples presunciones sino hechos de realidad incontrovertible, más conformes con la naturaleza de los juicios de cuentas.

Disiento de la opinión de la mayoría de mis distinguidos colegas del Consejo de Estado, por las dos consideraciones siguientes:

1ª Para restar mérito probatorio al documento extendido por el señor Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, arguye la mayoría de mis colegas que no encaja dentro de los documentos que hacen plena prueba como auténticos, porque "es bien sabido que los Ferrocarriles Nacionales constituyen hoy un servicio público autónomo, cuyos funcionarios, aunque dentro de la órbita administrativa del Estado, no ejercen propiamente cargos por autoridad pública". Pero si realmente es esa la actual situación de los ferrocarriles, regidos por el Consejo Administrativo, no lo era en la época en que se extendió el precitado documento (octubre de 1924). En esa fecha, los ferrocarriles eran ramas del servicio público oficial y no gozaban de la relativa autonomía de que gozan hoy como establecimientos públicos. El documento emanado del Superintendente, que hacía relación a sus legítimas funciones, si era documento con valor probatorio de auténtico, por venir de un funcionario que ejercía cargo por autoridad pública.

Pero, si suponemos, en vía de discusión, que se trataba de un simple documento privado, emanado del Estado, como lo dice la mayoría de la Sala, también debe dársele valor de reconocido, por haber hecho parte del proceso, sin que la parte de quien emana (que en este caso era el Estado, representado por la Contraloría), lo hubiera redarguido de falso (artículo 645 del Código Judicial).

Por estas consideraciones, estimo que el citado documento es prueba plena de su contenido.

2ª En concepto de la mayoría del Consejo, los fundamentos de la glosa están expuestos en la "sólida providencia" de la Contraloría. Pero examinando con atención esa providencia, en lo sustancial, se observa una flagrante contradicción. Veámoslo:

Dice la Contraloría:

"De suerte que el citado mes recibió (el señor Jiménez) por lo menos los \$ 5.000, que constan en el recibo de que se hace mérito, y que agregados a los \$ 8.296,68, de noviembre y diciembre, forman un total de \$ 13.296,68."

"Del resultado que antecede se infiere rectamente que este Despacho no puede aceptar el comprobante exhibido como descargo de los \$ 5,000, del alcance que se le liquidó al responsable como faltantes en caja, puesto que en los meses de noviembre y diciembre de 1924 aparece cargada por compra de traviesas al señor Jiménez, una suma mayor en las cuentas del responsable."

"Por lo que queda expuesto hasta aquí, se puede deducir, sin riesgo de errar, que los consabidos \$ 5,000 están comprendidos en los \$ 8,296.68 pagados al señor Jiménez por valor de traviesas."

De esta transcripción se desprende que, en el primer párrafo, la Contraloría estima que el vendedor de traviesas señor Celerino Jiménez, recibió los \$ 5,000 de la cuenta, más los \$ 8,296.68, que aparecen en los meses de noviembre y diciembre, o sea en total \$ 13,296.68, y en el segundo afirma que, estando los \$ 5,000 comprendidos dentro de los \$ 8,296.68, sólo recibió esta última cantidad, lo que envuelve una contradicción que requiere un mejor estudio, con mayores elementos de juicio.

Por esta consideración, juzgo que, en vez de confirmar el auto apelado, en presencia de esta deficiencia probatoria, habría sido más natural dictar un auto para mejor proveer que esclareciera que cantidad de dinero recibió el señor Celerino Jiménez, ya que si este recibió, en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1924, la cantidad de \$ 13,296.68, debe descargarse en \$ 5,000 el alcance deducido a Franco, y si sólo recibió \$ 8,296.68, debe confirmarse ese alcance. Esclarecido este hecho, la decisión no habría tenido como fundamento simples presunciones sujetas a prueba contraria, sino hechos de realidad incontrovertible, más conformes con la naturaleza de los juicios de cuentas.

Antonio Escobar Camargo—Luis E. García V., Secretario.

Cabeceras de los Distritos

Consejero ponente, doctor

DIOGENES SEPULVEDA MEJIA

Tratándose de la solicitud que exige el ordinal a) del artículo 1° de la Ley 45 de 1931, es a quien afirma que dicha solicitud no se hizo en forma legal a quien incumbe probar su aserto, en el sentido que los individuos que firman el memorial dirigido a la Asamblea no son ciudadanos, pues no es indispensable comprobar previamente la calidad de ciudadanía para hacer esa petición.

Consejo de Estado.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y uno.

Con poder del señor Demetrio Pardo, vecino del Municipio de Cite (Santander), demandó el doctor Manuel Barrera Parra ante el Tribunal Administrativo de Bucaramanga, en ejercicio de la acción pública, la nulidad de la Ordenanza número 42 de 1940, expedida por la Asamblea de Santander, "por la cual se ordena el traslado de la cabecera del Municipio de Cite, a la población de Barbosa, jurisdicción del mismo Municipio, y se dictan otras disposiciones."

Tal Ordenanza es del siguiente tenor:

"ORDENANZA NUMERO 42 DE 1940

(junio 21)

por la cual se ordena el traslado de la cabecera del Municipio de Cite a la población de Barbosa, jurisdicción del mismo Municipio, y se dictan otras disposiciones.

"La Asamblea de Santander,

CONSIDERANDO:

"Que la Ley 25 de 1935 autoriza ampliamente a las Asambleas Departamentales para trasladar cabeceras municipales;

"Que los requisitos exigidos por la mencionada Ley han sido estudiados detenidamente en el caso de la traslación de la cabecera del Municipio de Cite a la población de Barbosa, dentro de la misma jurisdicción, y se hallan de conformidad con la misma Ley.

"ORDENA:

"Artículo 19 A partir de la promulgación de la presente Ordenanza, la cabecera del Municipio de Cite se trasladará a la población de Barbosa, en jurisdicción del mismo Municipio.

"Artículo 20 Una vez efectuado el traslado de que trata el artículo anterior, el Gobierno Departamental sostendrá en la nueva sede municipal un destacamento de Policía compuesto por no menos de diez unidades.

"Artículo 30 Queda de cargo del Municipio el suministro de locales para el funcionamiento de las dependencias municipales, por mientras

el Gobierno construye el edificio de que trata la Ordenanza número 55 de 1938, en el cual, una vez concluido, funcionarán, además de las departamentales, las oficinas municipales.

"Artículo 4º Fijanse en las sumas de cien (\$ 100) y setenta pesos (\$ 70), respectivamente, las asignaciones del Alcalde y Secretario que entren a desempeñar en la nueva cabecera municipal.

"Artículo 5º El Municipio, que hasta ahora ha venido llamándose Cite, si denominara en lo sucesivo 'Municipio de Barbosa', y su capital será Barbosa.

"Artículo 6º Autorízase al Gobierno para abrir los créditos y hacer los traslados a que haya lugar, dentro del presupuesto de la actual vigencia, por las sumas necesarias para sufragar los gastos que ocasione el cumplimiento de la presente Ordenanza, quedando facultado para reglamentarla.

"Artículo 7º Deróganse todas las disposiciones contrarias a la presente, la cual rige desde su promulgación."

Como hechos para fundamentar su demanda consignó los siguientes:

"1º La Asamblea de Santander expidió, el diez y siete (17) de junio de mil novecientos cuarenta (1940), la Ordenanza número cuarenta y dos (42), por la cual se ordena el traslado de la cabecera del Municipio de Cite a la población de Barbosa, jurisdicción del mismo Municipio, y se dictan otras disposiciones".

"2º La Gobernación del Departamento sancionó dicha Ordenanza el veintiuno (21) de junio de mil novecientos cuarenta.

"3º La referida Ordenanza se halla promulgada por su publicación en el número cinco mil novecientos cincuenta y nueve (5959) de *Gaceta Santander*, órgano de publicidad de los actos del Gobierno Departamental, correspondiente al treinta y uno de julio del año en curso;

"4º Por sentencia definitiva dictada por el Tribunal Administrativo Seccional de Santander el catorce (14) de marzo de mil novecientos treinta y ocho (1938), publicada en el número cinco mil ochocientos cincuenta y tres (5853), de *Gaceta Santander*, se declaró la nulidad de la Ordenanza número sesenta y seis (66) de mil novecientos treinta y siete (1937), por la cual se ordenaba el traslado de la cabecera del Municipio de Cite al Corregimiento de Barbosa, en jurisdicción del mismo Municipio;

"5º Dicha sentencia fue confirmada por el Consejo de Estado en fallo del veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938);

"6º La Ordenanza número cuarenta y dos (42) de mil novecientos cuarenta (1940) reprodujo en su esencia las mismas disposiciones de la Ordenanza número sesenta y seis (66) de mil novecientos treinta y siete (1937);

"7º A la Asamblea de Santander no se hizo solicitud sobre cambio de la cabecera del Municipio de Cite, suscrita por más de trescientos ciudadanos, vecinos de tal Municipio, y que sepan leer y escribir;

"8º En el Corregimiento de Barbosa no hay locales adecuados para escuelas, casa municipal y cárcel, ni tales locales pueden adquirirse fácilmente;

"9º En la actual cabecera del Municipio de Cite si hay locales adecuados para escuelas, cárcel, casa municipal (ésta de propiedad del Distrito), y existen también iglesia parroquial y casa cural de propiedad de la parroquia;

"10. En el Corregimiento de Barbosa no hay sino un proyecto de urbanización, en el cual están interesados los dueños de lotes que quieren valorizarlos con el cambio de la cabecera municipal."

Como fundamento de derecho el actor invocó las disposiciones de los artículos 191 de la Constitución Nacional; 110 del Código de Régimen Político y Municipal; 1º, 3º, ordinal a); 52 y siguientes de la Ley 130 de

1913; 6º de la Ley 71 de 1916; 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 45 de 1931, y demás disposiciones concordantes del Código Contencioso Administrativo.

Solicitada la suspensión provisional del acto acusado, el Tribunal, por auto de fecha veintuno de agosto de mil novecientos cuarenta, no accedió a decretarlo.

El doctor Germán Silva Azuero, haciendo uso del derecho que confiere el ordinal c) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913, pidió que se le tuviera como parte en el juicio, con el objeto de impugnar la demanda, cosa que fue aceptada por el Tribunal. El doctor Silva confirió poder al doctor Pedro Alejandro Gómez Naranjo para sostener sus puntos de vista ante el Consejo.

Con fecha cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta, el Tribunal Administrativo de Bucaramanga decidió, por sentencia definitiva, que "no es nula la Ordenanza número 42, de 21 de junio de 1940, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, por la cual se ordena el traslado de la cabecera del Municipio de Cite a la población de Barbosa, jurisdicción del mismo Municipio, y se dictan otras disposiciones."

No conforme con esta providencia el actor interpuso el recurso de apelación contra ella para ante esta corporación, y como no se observa ninguna causal de nulidad en el juicio, y se halla agotada la tramitación de esta segunda instancia, es llegado el momento de proceder a decidir el recurso, lo que va a hacerse mediante algunas consideraciones.

Dos son las cuestiones cardinales que deben ser estudiadas por el Consejo para fallar el presente negocio, a saber:

1ª si con la expedición de la Ordenanza número 42, de 21 de junio de 1940, de la Asamblea de Santander, se quebrantó lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 45 de 1931; y

2ª Si en la expedición de la misma se omitieron por la Asamblea los requisitos que señala el artículo 1º de la Ley 25 de 1935 para poder efectuar el traslado de la cabecera del Municipio de Cite a la población de Barbosa.

Violación del artículo 1º de la Ley 45 de 1931.

El texto de esta disposición es el siguiente:

"Las ordenanzas u otros actos de las Asambleas Departamentales anulados definitivamente por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, en el concepto de ser contrarios a la Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menos que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a las Asambleas para ocuparse de tales asuntos.

"Parágrafo. Las ordenanzas y demás actos que se expidan en contravención a esta disposición son nulos. Los Gobernadores objetarán los proyectos de ordenanza que se encuentren en este caso, y estas objeciones sólo podrán ser declaradas infundadas por la mayoría absoluta de los votos de los Diputados."

La aplicación de este precepto no suscita, en sentir del Consejo, graves dificultades. Se trata sencillamente de impedir la repetición de aquellos actos que ya han sido sometidos al examen y estudio de las autoridades de lo contencioso-administrativo y sobre los cuales ha recaído un fallo anulatorio. La sanción que esta disposición envuelve busca el reconocimiento del valor de la cosa juzgada, del respeto a la verdad legal, a fin de que no se burlen los mandatos legales y los mismos fallos que se pronuncien en razón del control de legalidad que está establecido sobre los actos a que se refiere este precepto.

El pensamiento del legislador está claramente expuesto en la exposición de motivos del proyecto que dio origen a la Ley 45 de 1931, cuyos párrafos esenciales transcribe en su alegato de fondo el señor doctor Gómez Naranjo para sostener la legalidad de la ordenanza acusada.

"...se ha visto con frecuencia que algunas corporaciones públicas, para burlar los fallos dictados por los Tribunales de última instancia, reproduzcan las disposiciones anuladas, conservando en posteriores determinaciones el fondo de aquélla, con sólo variar la forma, sin que leyes posteriores, u ordenanzas en su caso, modificaran previamente la situación jurídica de los actos anulados, ni las causales que determinaron la nulidad decretada en la sentencia."

"A evitar esta clase de procedimientos, rodear de mayor autoridad a los Tribunales Administrativos, garantizando la efectividad del cumplimiento de sus sentencias, y rodear de mayores seguridades el derecho de los asociados tiende el proyecto."

Pero es necesario para poder dar recta aplicación al precepto que contiene la Ley 45 citada, hacer antes análisis de la forma como procede el autor del acto que se dice reproducido y la calidad misma de ese acto. Porque hay actos simples, que pueden ser dictados por las Asambleas Departamentales o por los Concejos Municipales sin necesidad de someterse en su expedición al lleno de determinados requisitos, en tanto que hay otros que no pueden expedirse sino mediante el cumplimiento de las formalidades señaladas por las normas superiores.

Las Asambleas Departamentales no ejercitan una facultad discrecional cuando proceden a dictar ordenanzas sobre traslado de taberneros municipales sino una clara facultad condicionada. De consiguiente, si falta alguno de los requisitos establecidos por la norma superior para la expedición de la respectiva ordenanza no hay duda de que se está en presencia de un acto irregular que debe ser sancionado con la anulación. Los requisitos formales son, en concepto de algunos expositores, esenciales, sustanciales e íntegros. Los que se han mencionado, que se pueden adoptar por medio de una proposición una medida cuyo contenido debe ser materia de ordenanza, omitió un requisito esencial que invalida el respectivo acto; si adoptándose por medio de ordenanza la medida respectiva lo fuere sin el *quórum* exigido, entonces se omitiría una formalidad sustancial, y por último, si dejare de llenarse un requisito de los que exige la norma superior para que el acto sea válido, como la falta de alguna prueba, se tendrá el caso de la omisión de un requisito integral.

Pero la nulidad que se origina en la falta de requisitos formales no puede tener los mismos efectos que aquella que se desprende de la violación constitucional o legal de carácter sustantivo, esto es, de la carencia de facultad para la expedición del acto respectivo. La reproducción de una ordenanza a otro acto cualquiera de una Asamblea que ha sido anulado por hallarse en pugna con disposiciones superiores, cae bajo la sanción establecida en el artículo 19 de la Ley 45 de 1931. Mas si de lo que se trata es de la omisión de formalidades establecidas por la ley, el acto irregular puede sanearse mediante el llenar de los requisitos omitidos.

De lo anterior se deduce que la sanción establecida por el artículo 19 de la Ley 45 de 1931 no puede tener lugar sino cuando se está en presencia de actos expedidos en contra de la Constitución o de la ley, por falta de facultad por parte de las corporaciones públicas a que se refiere la citada Ley. Y aun cuando es verdad que cuando la ley no distingue no le es dable al intérprete distinguir, también lo es que los preceptos legales deben aplicarse en forma que produzcan resultados positivos, que al mismo tiempo recojan o envuelvan el pensamiento del legislador. Cuando se dice en la disposición que se comenta que las Asambleas no pueden reproducir las ordenanzas que hayan sido anuladas, "a

menos que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a las Asambleas para ocuparse en tales asuntos", se está haciendo referencia restringidamente a aquellas ordenanzas o actos para cuya expedición no se hallan facultadas esas corporaciones.

Es esta la misma tesis que ha sostenido en otras ocasiones el Consejo, y que es oportuno confirmar hoy. En efecto, en sentencia proferida el 20 de agosto de 1935 se dijo lo siguiente:

"Las Asambleas, al dictar ordenanzas sobre segregación de términos municipales y creación de nuevos Municipios, ejercen no una facultad discrecional o incondicionada, sino una atribución reglada, y siendo esto así, el artículo 1º de la Ley 45 de 1931 no es aplicable en cuanto prohíbe reproducir disposiciones anuladas, porque sujeta como está la facultad reglada al lleno de determinadas condiciones o requisitos para su ejercicio, es de presumirse que la causa o motivo que haya dado lugar al pronunciamiento de la nulidad en un caso, pueda ser distinta a la que se invoque como generadora de ese vicio en el otro, dada la diversidad de aquellas condiciones o requisitos, de los cuales los que no se cumplieron en el primer caso bien pudieron llenarse en el segundo. En estas circunstancias no puede sostenerse que se ha conservado en la repetición del acto la misma esencia de las disposiciones anteriormente anuladas."

"El pensamiento que sobre el particular informó la Ley citada es muy otro; el legislador lo que quiso fue ampliar con esa medida el respeto a la cosa juzgada, para evitar la frecuente burla que se hacía de los fallos contencioso-administrativos sobre la nulidad de los actos de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales, mediante la repetición del acto anulado. Pero en modo alguno aquella prohibición puede ir hasta limitar a una sola vez el ejercicio de la facultad constitucional que tienen las Asambleas para atender al desarrollo y progreso de las secciones cuyos intereses administran por voluntad expresa del mismo constituyente."

"Si esto no fuera así, se llegaría al absurdo, en el caso de autos, de que anulada una ordenanza sobre creación de un Municipio o sobre agregación o segregación de términos municipales, por causa de haberse omitido el cumplimiento de alguna o algunas de las condiciones exigidas por la ley para ese efecto, o con motivo de que alguna o algunas de esas condiciones se llenaron imperfectamente, en lo sucesivo ya no se podría atender a la creación de Municipios, aun cuando en la nueva ocasión aquellos requisitos se cumplieran superabundantemente."

Esta doctrina de la corporación es de cabal aplicación en el caso que se estudia, *mutatis mutandis*. Se interpreta en ella el sentido de la sanción que establece el artículo 19 de la Ley 45 en forma que consulta los intereses de la justicia, de acuerdo con la finalidad perseguida por el legislador, sin convertir la ley en lastre o peso muerto que estorbe el libre movimiento de las fuerzas que ponen en juego la capacidad de las secciones interesadas en su propio progreso. Es la interpretación más acorde con la realidad y que da las soluciones más positivas en los conflictos que se presenten para su aplicación.

El señor Fiscal de la corporación dice a este respecto:

"No debe perderse de vista que la nulidad de las ordenanzas, acuerdos y otros actos de los Concejos, cuando son reproducción de la esencia de disposiciones anuladas, ha sido establecida por la Ley 45, a fin de hacer respetar por esas corporaciones el principio de la autoridad de la cosa juzgada: *res judicata pro veritate habetur*, impidiéndoles que mediante la promulgación de un acto idéntico al anterior violen lo resuelto por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; por lo cual en presencia de un acto que *prima facie* se presenta como reproducción de otro anulado, es necesario aplicar los principios que fijan el alcance

y límites del fenómeno de la cosa juzgada. Y como uno de esos principios es que para que ella surta efecto en otro juicio se requiera no solamente identidad de objeto y de personas, sino identidad de *causa petendi*, resulta que cuando un acto de una Asamblea o de un Concejo ha sido invalidado por una causa, y ésta no subsiste en el nuevo que lo sustituye, no hay medida administrativa posterior que sea contraria a la sentencia, y por lo tanto, no es reproducción en su esencia de lo anulado, que lo coloque bajo el imperio de la sanción consagrada por la Ley 45 de 1931."

Las anteriores consideraciones son suficientes para afirmar que la ordenanza acusada no es violatoria de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 45 de 1931, una de las bases cardinales de la acusación.

Violación del artículo 1º de la Ley 25 de 1933.

El texto de este artículo es el siguiente:

"Las Asambleas Departamentales podrán trasladar las cabeceras de los Municipios a otros lugares, dentro de los respectivos territorios, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- "a) Solicitud hecha por más de trescientos ciudadanos del respectivo Municipio, que sepan leer y escribir, debidamente razonada;
- "b) Que en el lugar que aspire a ser erigido cabecera del Municipio resida habitualmente un número de ciudadanos aptos para el desempeño de los destinos públicos municipales;
- "c) Que haya además en tal lugar locales adecuados para escuelas, casa municipal, o que éstos puedan fácilmente adquirirse;
- "d) Que el respectivo Gobernador conceptúe favorablemente, previo un detenido estudio de las condiciones del lugar que haya de ser erigido cabecera del Municipio, que verificará una comisión que designará para tal efecto dicho funcionario, y
- "e) Que oiga previamente al respectivo Concejo Municipal sobre la conveniencia de realizar el traslado de la cabecera del Municipio al lugar que indiquen los solicitantes. Este concepto no producirá efectos obligatorios."

El argumento importante del actor contra la ordenanza acusada es el de que no se llenó el requisito de que trata la letra a), en virtud del cual debe mediar una solicitud hecha por más de trescientos ciudadanos del respectivo Municipio, que sepan leer y escribir. No obstante que en autos aparece que la Asamblea procedió sobre la base de un memorial suscrito por trescientos diez y siete personas, se afirma que no hubo solicitud hecha en la forma legal, esto es, que las firmas no corresponden a personas que tengan la calidad de ciudadanos, por no haberse comprobado previamente esa calidad, ni tampoco haberse establecido el hecho de que los solicitantes saben leer y escribir y que son vecinos del Municipio de Cite.

La rigidez excesiva de las condiciones contenidas en el artículo 7º de la Ley 71 de 1916 indujo al legislador a modificarlas, en lo tocante a traslación de cabeceras municipales, con el objeto precisamente de dar mayores facilidades, eliminando obstáculos casi insalvables, de diverso orden, que tal disposición consignaba.

Se redujo a trescientos el número de los individuos que deben hacer la solicitud, que antes era de quinientos, como lo exigía el mencionado artículo, y se reemplazó el requisito de la petición razonada del respectivo Concejo Municipal por el simple concepto, no obligatorio, de la citada corporación, acerca de la conveniencia de efectuar el traslado. El propósito, como puede observarse, fue obvio: facilitar el cambio de las cabeceras de los Municipios, cuando ello fuera aconsejable, racionalizando el procedimiento.

La cuestión que debe estudiarse aquí se contrae especialmente a determinar si es necesario demostrar previamente la condición de ciudadanos para poder hacer la solicitud de traslado de la cabecera de un Municipio, y si es forzosa la presentación de la respectiva cédula de ciudadanía para acreditar tal hecho.

Es de una evidencia notoria que la ciudadanía no es una calidad que se otorgue o adquiera mediante el cumplimiento de ciertas formalidades, sino que es un estado que se deriva de hechos corrientes, naturales, si se quiere. Nuestra Constitución reconoce la calidad de ciudadano a todos los varones mayores de veintiún años. Pero esa calidad se pierde de hecho cuando se pierde la nacionalidad, y se pierde o se suspende a virtud de decisión judicial, en los casos que determinan las leyes. Así lo expresa el artículo 13 de la Carta; y lo hace en condiciones de generalidad cuando asigna esa calidad a todos los varones que llegaren a determinada edad. La excepción está consignada en la misma disposición cuando señala los casos en que el *status* reconocido por la Constitución desaparece, bien sea por pérdida de la nacionalidad o en aquellos determinados por las leyes. Por esta causa tal *status* es potencial y podría decirse que inherente al individuo, y de ahí que se acepte que quien afirme que tiene la calidad de ciudadano lo es en realidad, a menos que se demuestre que concurre alguno de los casos de excepción para que se considere que no tiene tal carácter. Análogamente a lo que ocurre con la ciudadanía acontece con la capacidad de las personas, pues sobre las mismas consideraciones, la ley declara que tienen aquella condición civil todos los individuos a quienes la misma ley no ha declarado incapaces.

Pero, por otra parte, es también cierto que la palabra ciudadano tiene una acepción amplísima, dentro del lenguaje corriente, que ha sido analizada por esta misma corporación en fallo que se cita por el señor abogado impugnador de la demanda, doctor Pedro Alejandro Gómez Naranjo, acepción que la hace sinónima de persona, y cuyos apartes es pertinente reproducir aquí, porque en ellos se dilucida claramente la cuestión debatida.

Dijo así el Consejo, en sentencia de 26 de febrero de 1931:

“Yerra igualmente el demandante al sostener que en tratándose de segregación de términos municipales es necesario demostrar la ciudadanía ante las respectivas Asambleas Departamentales con el respectivo censo electoral, como lo exige el artículo 153 de la Ley 4ª de 1913, porque este artículo fue implícitamente derogado por el 79 de la Ley citada (71 de 1916), que reglamentó integralmente la materia (artículo 39 de la Ley 153 de 1887), y en él no se exige aquel requisito.”

“Aparte de esto, bien sabido es que en nuestras leyes, así como en el lenguaje corriente del derecho, la palabra ciudadano, del latín *civitas*, tiene un significado lato equivalente a persona, y con el cual se designa a quien es vecino de la ciudad. Tiene otro más restringido, exclusivo del Derecho Constitucional, y con el cual se clasifica, según el artículo 15 de la Constitución, a ‘los colombianos varones mayores de veintiún años que ejerzan profesión, arte u oficio, o tengan ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia’. Esta calidad de ciudadano únicamente se exige en nuestra legislación, según el artículo 18 de la Carta, ‘para ejercer funciones electorales y poder desempeñar empleos que lleven anexa autoridad o jurisdicción’. De aquí que cuando la ley habla de derechos concedidos a los ciudadanos se refiere a éstos tomando esta voz en su acepción común, que es la de natural o vecino de una ciudad.”

La enmienda constitucional de 1936 reemplazó el artículo 15 de la Carta de 1886, eliminando lo relativo al ejercicio de profesión, arte u

oficio y demás condiciones allí señaladas, para reconocer de modo simple la calidad de ciudadano a todos los varones que fueren mayores de veintitún años, como lo hace el artículo 13 de la actual Codificación, lo cual es una mejor demostración del espíritu del constituyente en orden a ampliar el concepto de ciudadanía a fin de que pudiera recaer sin restricciones sobre el mayor número de individuos. Como consecuencia, derogó expresamente los artículos 16 y 17 de la mencionada Carta de 1886, que establecían las causales de pérdida y suspensión del ejercicio de la ciudadanía, atribuyendo a la ley ordinaria el señalamiento de ellas.

Pero se dice que como la cédula de ciudadanía, establecida por la Ley 31 de 1929, es el instrumento que sirve para comprobar que se tiene la calidad de ciudadano, su presentación era ineludible por parte de los señores que suscribieron el memorial de petición hecho a la Asamblea de Santander para solicitar el traslado de la cabecera del Municipio de Cite. Y para sostener esta tesis se ha traído a los autos el concepto emitido por el señor Secretario del Ministerio de Gobierno, sobre una consulta formulada por el actor, doctor Barrera Parra, acerca de los siguientes puntos:

- a) ¿Los firmantes de una solicitud sobre traslado de una cabecera municipal deben poseer cédula de ciudadanía?
- b) ¿La mencionada solicitud debe presentarse personalmente por los peticionarios ante alguna autoridad administrativa o judicial?
- c) ¿Para acreditar que los firmantes de la solicitud son ciudadanos del respectivo Municipio, que saben leer y escribir, bastará un certificado del Alcalde o Juez Municipal que dé fe sobre tales calidades?
- d) Los ciudadanos cedulados que no hayan hecho revalidar su cédula en el respectivo Municipio, pueden considerarse vecinos de éste, para los efectos del artículo 19, ordinal a), de la Ley 25 de 1935?

El señor Secretario del Ministerio de Gobierno ha opinado:

"1º Como el documento que acredita que un individuo es ciudadano colombiano es su cédula, la presentación de ésta es requisito para probar tal circunstancia, tanto más cuanto que la Ley 7ª de 1934 dispuso que la cédula de ciudadanía es de obligatoria presentación en todos aquellos actos civiles y políticos en que es necesaria la identificación personal.

"2º La circunstancia de saber leer y escribir de los ciudadanos a que se refiere el artículo 19 de la Ley 25 de 1935 se puede comprobar presentando personalmente el memorial respectivo a alguna autoridad administrativa o judicial, la cual debe exigir en tal acto el cumplimiento del artículo 19 del Decreto 1053 de 1937, o sea la identificación de los firmantes por medio de sus cédulas de ciudadanía, cédulas que deben anotarse a continuación de cada firma, sobre todo lo cual certificará el funcionario ante quien se haga la presentación, y

"3º Los ciudadanos cedulados se entiende que son vecinos del Municipio en donde les fue expedida su cédula, mientras no hayan hecho revalidar tal documento en su nuevo domicilio, al tenor de lo dispuesto en la Ley 19 de 1935."

Lo primero que debe observarse aquí es que las consultas sobre la aplicación de las leyes administrativas, fiscales y militares deben ser absueltas por el señor Presidente de la República o por los respectivos Ministros del Despacho. Los Secretarios de los Ministerios solamente pueden absolver tales consultas cuando se hallen encargados de ellos. Pero, en gracia de discusión, y considerando procedente la absolución de dicha consulta, es conveniente reparar en la circunstancia de que los términos contenidos en el oficio número 8369, de 24 de octubre de 1940,

no dan respuesta categórica a ninguna de las preguntas sometidas a consulta. En efecto, la primera cuestión sobre si los firmantes de una solicitud de traslado de una cabecera municipal debèn poseer cédula de ciudadanía se absuelve diciendo que como la cédula es el instrumento para comprobar que se es ciudadano, la presentación de ella es requisito para comprobar tal circunstancia, que no es el contenido de la cuestión formulada. A la pregunta de que si tal solicitud debe presentarse personalmente no da ninguna respuesta el aludido oficio, pues el punto segundo se refiere a otra cuestión. Tampoco se contestó nada con respecto a la cuestión cuarta, y solamente se refiere concretamente la nota del señor Secretario del Ministerio al punto último cuando afirma que los ciudadanos cedulados se entiende que son vecinos del Municipio en donde les fue expedida la cédula, mientras no hayan hecho revalidar tal documento en su nuevo domicilio.

Implantada por la Ley 31 de 1929 la cédula de ciudadanía con el laudable propósito de hacer efectiva la identificación de los sufragantes a fin de sanear las costumbres electorales que venian viciándose con el fraude, y como no fuera posible llevar a la práctica tal medida en forma inmediata, por dificultades de diverso orden, fue preciso aplazar por algún tiempo su definitivo establecimiento, mientras se vencian tales dificultades. Por eso el legislador de 1934, al expedir la Ley 7ª, dijo en el artículo 5º:

“A partir del 1º de febrero de 1935 será obligatoria la presentación de la cédula de ciudadanía que para efectos electorales exige la Ley 31 de 1929, en todos aquellos actos civiles y políticos en que la identificación personal sea necesaria, cuandoquiera que se trate de personas que deban estar provistas de tal instrumento. El Gobierno reglamentará esta disposición.”

¿Cuáles eran los actos en que se requería la identificación personal en el momento en que se expidió la disposición transcrita? La ley no los habia determinado expresamente; mas como al Gobierno le fue atribuida en forma especial la reglamentación de esa disposición, dictó el Decreto 1053 de 1937, en el cual señaló los actos en que es obligatoria la identificación personal.

En el ordinal e) del artículo 1º del expresado Decreto dijo:

“Para la presentación de la demanda en toda clase de juicios, diligencias o actuaciones que no sean de índole criminal ante cualquiera autoridad de la República, o de cualquier memorial que deba ser presentado personalmente, según las leyes.”

De acuerdo con el texto de las disposiciones citadas no puede ciertamente afirmarse que una solicitud sobre traslado de cabecera municipal es de aquellos documentos en que es precisa la presentación personal por todos los firmantes, ya que no hay ninguna disposición legal que así lo ordene; pues lo que dice el Decreto 1053 en su artículo 1º es que, cuando sea necesaria la presentación personal, la identificación se hará con la cédula, lo cual es esencialmente distinto a sostener que esa clase de solicitudes deben hacerse por medio de presentación personal.

El Consejo de Estado dijo en su sentencia de 21 de septiembre de 1938 lo siguiente:

“La Ley 25 de 1935 no dice que la solicitud sobre traslado de una cabecera municipal se presente ante las autoridades personalmente por todos los que la hacen. Según la costumbre, los memoriales son entregados por un pequeño número de interesados. Si éstos exhiben sus cédulas, el respectivo empleado deja constancia sobre el particular. Pero, ¿puede negarse a darles curso a los memoriales si no se expresa al pie de cada firma el número de la cédula y el lugar de su expedición? No, porque

si bien se supone que quien posee cédula es ciudadano, hay personas con calidad constitucional de ciudadanos que, por cualquier motivo, no tienen aquel documento, y no es justo impedirles el ejercicio del derecho especial que les confiere la Ley 25 de 1935."

Como corolario de las consideraciones anteriores resulta que una cosa es que, llegado el momento de acreditar que se está en el goce de los derechos que otorga la ciudadanía, sea la cédula el documento indicado para ello, sin que sea el único medio, y otra muy distinta que quien no posea dicho documento carezca por lo mismo de la condición que la Constitución confiere a todos los varones mayores de veintiún años.

Por último, acerca del hecho de que sea necesario acreditar la vecindad por medio de la presentación de la cédula, tampoco hay razón para sostener que solamente las personas que figuran en el censo electoral por haber obtenido su cédula en determinado Municipio son los que pueden ser considerados como tales, pues, como lo observa juiciosamente el Tribunal *a quo*, no puede afirmarse de manera rotunda que una persona es vecina del lugar en donde se le expidió, "ya que ese no fue el fin que tuvo el legislador, el de acreditar por medio de la cédula la vecindad, sino la identificación personal". Bien puede darse el caso, y se da muy frecuentemente, de que a pesar de hallarse un ciudadano avecinado en un lugar conserve su cédula de ciudadanía expedida en otro, pues si bien es verdad que no puede utilizarse para efectos electorales, en cambio es de recibo en todos los demás actos en que su exhibición es necesaria.

Cuanto al hecho alegado por el actor en contra de la ordenanza acusada, consistente en que los ciudadanos que aparecen haciendo la solicitud de traslado de la cabecera de Cite a Barbosa no saben leer y escribir, solamente se demostró en autos que tres de ellos se hallan en tales circunstancias. Pero ello en nada invalida la solicitud que siempre contiene el número de firmas que la ley requiere.

Los demás requisitos exigidos por el artículo 19 de la Ley 25 de 1935, tales como la existencia de locales adecuados para escuelas, casa municipal y cárcel, o que tales locales puedan adquirirse fácilmente, así como los referentes a los numerales d) y e), o sean los que exigen el concepto favorable del Gobernador, previo un detenido estudio de las condiciones del lugar en donde haya de trasladarse la cabecera municipal, lo mismo que el concepto no obligatorio del Concejo Municipal acerca de la conveniencia de efectuar el traslado, fueron llenados en forma satisfactoria, y el actor los considera muy secundarios dentro de las alegaciones que ha producido en contra de la Ordenanza número 42, de que se ocupa el presente fallo. Por esta razón, y en gracia de la brevedad, el Consejo no se detiene en su consideración, pues el Tribunal de primera instancia hizo un detenido estudio sobre el particular, tomando como base los hechos que han sido comprobados en el juicio, y en esta segunda instancia no han jugado apreciablemente en su turno las alegaciones de las partes. "Basta que no exista en forma legal la solicitud de los 300 ciudadanos de Cite para que la ordenanza acusada adolezca de nulidad, dice el actor en su alegato de conclusión. En esa circunstancia se basa fundamentalmente la acusación."

Como se ha visto antes, no resultan exactas las aseveraciones del demandante en cuanto afirma que no se hizo la solicitud de traslado de la cabecera de Cite a Barbosa en la forma legal. Debiendo probar sus asertos en el sentido de que los individuos que figuran como firmantes del memorial dirigido a la Asamblea Departamental de Santander no son ciudadanos, o que no saben leer ni escribir, se ha limitado a ensayar demostrar que es indispensable comprobar previamente la calidad de ciudadano para hacer una petición como la de que se trata, y que por haber hecho figurar en ella los nombres de tres personas que no saben leer ni escribir carece de valor todo el memorial.

Las consideraciones que se han hecho antes, que son en realidad la confirmación de tesis que ya el Consejo había expuesto en forma singularmente clara, acerca de las mismas cuestiones que han sido materia del presente litigio, son suficientes para declarar que las peticiones del actor deben ser rechazadas. La solicitud sobre traslado de la cabecera de Cite a Barbosa, sobre la cual obró la Asamblea de Santander para expedir la Ordenanza número 42 de 1940, llena, en sentir de esta corporación, los requisitos legales, por lo cual es procedente mantener el acto acusado.

En mérito de las razones expuestas, de acuerdo con el señor Fiscal de la corporación, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confirmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga, de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta.

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

Tulio Enrique Tascón—Diógenes Sepúlveda Mejía—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Gustavo Hernández Rodríguez. Gonzalo Gaitán—Con salvamento de voto, Antonio Escobar Camargo. Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor

ANTONIO ESCOBAR CAMARGO

La falta de la cédula no priva del carácter de ciudadano, pero sí del ejercicio de la ciudadanía para todos los actos políticos en que sea menester la identificación personal. Por otra parte, tratándose de actos que influyen decisivamente en la vida municipal como el traslado de cabecera, debe la Asamblea respectiva saber que los ciudadanos que lo solicitan existen realmente.

Difiero de la opinión de mis distinguidos colegas del Consejo de Estado en cuanto estimo que el memorial que deben dirigir los vecinos que solicitan el cambio de cabecera municipal debe ser presentado personalmente por todos los firmantes, con la exhibición de la respectiva cédula de ciudadanía. Me baso para ello en que la acción que se ejercita en tal caso, no es una simple acción popular, de las que pueden intentar todos los colombianos, sino una acción restringida a los ciudadanos colombianos; es una acción política, que no puede efectuarse sino por quien esté en el ejercicio de la ciudadanía, y conforme al artículo 5º de la Ley 7ª de 1934, es obligatoria la presentación de la cédula en todos aquellos actos civiles y políticos en que sea menester la identificación personal. La circunstancia de que hay ciudadanos que no tienen cédula, y que, sin embargo, no pierden su calidad de tales, no arguye nada en contra de la tesis que se viene sosteniendo, porque la falta de la cédula no priva del carácter de ciudadano, pero sí del ejercicio de la ciudadanía, para todos los actos políticos en que sea menester la identificación personal.

Sin que valga decir que la calidad de ciudadano se presupone en todo varón, mayor de veintiún años, porque la presunción implica el carácter de ciudadano, pero no la facultad de ejercer la ciudadanía cuyo ejercicio pueden reglamentar las leyes sin violentar normas constitucionales.

Por otra parte, tratándose de un acto que va a influir decisivamente en la marcha municipal, debe la Asamblea saber que esos ciudadanos que ejercitan esa acción política existen realmente, cosa que se establece en forma inequívoca con la presentación ante una autoridad pública que dé fe de su existencia. De otro modo, el requisito de la solicitud de los trescientos ciudadanos sería vano, porque bastaría que una sola mano escribiera trescientos nombres, para que de hecho se cumpliera la condición que exige la Ley 25 de 1931.

Antonio Escobar Camargo—Luis E. García V., Secretario.

JURISPRUDENCIA



A

Páginas.

Acción privada (improcedencia). La acción privada no es de recibo cuando el acto acusado—reconocimiento de una suma de pesos decretado por una Asamblea a favor de un empleado—en nada afecta los intereses del demandante, quien carece de interés para ejercitarla, ya que la medida de las acciones la da el interés jurídico. Dada la esencia del acto, la acción pública es la única que tiene cabida: en efecto, todos los ciudadanos tienen interés jurídico abstracto en que los dineros públicos se inviertan en forma legal, aun cuando su patrimonio privado no sufra menoscabo con inversiones ilegales. Este es el fundamento de la diferencia entre la acción pública y la privada y el motivo que indujo al legislador a dar participación a los ciudadanos en la tutela del orden jurídico, mediante el control que con el ejercicio de la acción pública o ciudadana ejercen los Tribunales Administrativos. (Sentencia de 25 de julio de 1941).....

898

Actos (legalidad). La legalidad de un acto administrativo sólo puede juzgarse en relación con las disposiciones vigentes en el momento de dictarse. La circunstancia de haber dejado de figurar una maestra en el escalafón, nada significa contra la nulidad del decreto de la Gobernación que la destituyó, sin el lleno de los requisitos que señalan las leyes y los decretos reglamentarios, cuando la maestra pertenecía aún al escalafón del magisterio. (Sentencia de 22 de julio de 1941).

974

Actos acusados (reproducción). Conforme a la jurisprudencia del Consejo, cuando durante el juicio desaparece por derogación u otra causa un acto administrativo acusado en acción pública, carece de objeto el pronunciamiento de fondo, pues ya se ha obtenido el fin que se persigue con la acción, o sea el restablecimiento del imperio de las normas superiores conculcadas. Pero cuando el acto acusado no ha sido derogado sino reproducido por otro posterior, no puede estimarse que el acto primitivo haya desaparecido en presencia del nuevo, como tampoco podría estimarse que la nulidad del primero causara la consecuente nulidad del segundo, pues los dos actos

tienen vida jurídica independiente. No habiendo derogación sino repetición del acto acusado, el Consejo debe entrar a estudiar el problema **sub judice**, o sea la nulidad de dicho acto. (Sentencia de 15 de julio de 1941).....

866

Actos anulados (reproducción). La nulidad que se origina en la falta de requisitos formales no tiene los mismos efectos que la originada en violaciones constitucionales o legales de carácter sustantivo, esto es, en la carencia de facultad para la expedición del acto. La reproducción de una ordenanza o de otro acto de una Asamblea, anulado por hallarse en pugna con disposiciones superiores, cae bajo la sanción establecida en el artículo 1º de la Ley 45 de 1931. Mas si se trata de la omisión de formalidades establecidas por la ley, el acto irregular puede sanearse mediante el lleno de los requisitos que fueron omitidos. La sanción establecida por el artículo 1º citado no tiene lugar sino cuando se está en presencia de actos expedidos en contra de la Constitución o de la ley, por parte de la corporación que los expidió. Cuando un acto de una Asamblea o de un Concejo ha sido invalidado por una causa, y ésta no subsiste en el nuevo acto que lo sustituye, la medida administrativa posterior no es contraria a la sentencia que anuló la anterior, y, por lo tanto, no es reproducción en su esencia de lo anulado. (Sentencia de 30 de septiembre de 1941).....

1053

Acuerdos Municipales (obligatoriedad). Si conforme a los artículos 175 y 178 de la Ley 4ª de 1913, sancionando un Acuerdo por el Alcalde y publicado, principia su obligatoria observancia, resulta **prima facie** ilegal el artículo de un decreto, en cuanto dispone que mientras los Concejos no decidan sobre las objeciones hechas por el Gobernador, los acuerdos carecen de valor jurídico, no son acuerdos, y su cumplimiento—que el artículo 196 de la Constitución hace obligatorio para gobernantes y gobernados—implica responsabilidad para los Alcaldes y Tesoreros que los obedezcan. (Auto de 18 de septiembre de 1941).....

842

Acuerdos Municipales (objeciones de los Gobernadores). Los artículos 9º, 11, 12 y 13 de la Ley 72 de 1926, que reformó las disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal sobre la materia, son inconstitucionales en cuanto imponen a los Gobernadores la obligación de declarar la exequibilidad o inexequibilidad de los Acuerdos Municipales,

que es atribución exclusiva de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, y de objetarlos cuando en su concepto sean contrarios a la Constitución o a la ley, porque aquélla únicamente autoriza, cuando ocurre este caso, para pasarlos al Tribunal competente para que decida sobre la exequibilidad o inexequibilidad, sin que tampoco hable el estatuto constitucional de facultad ninguna para los Gobernadores de dar pase a los acuerdos para que éstos puedan entrar a regir. No es, pues, el caso de perseverar en la doctrina sentada anteriormente por el Consejo, en el sentido de que los Gobernadores no pueden ordenar al Fiscal respectivo que entable la acción de nulidad de los acuerdos municipales, mientras los Concejos no hayan declarado infundadas las objeciones formuladas por aquellos empleados, porque, en primer lugar, la facultad concedida a los Gobernadores para objetar los acuerdos no es constitucional, y en segundo lugar, porque si el artículo 11 de la Ley 72 de 1926 autoriza al Personero Municipal para instaurar la demanda de nulidad luego que el Concejo declare infundadas las objeciones del Alcalde, ello significa que la ley no requiere que el Concejo haya declarado infundadas las objeciones del Gobernador para que éste pueda autorizar al Fiscal para demandar tal nulidad. (Auto de 18 de septiembre de 1941).....

842

Acuerdos Municipales (revisión de los Gobernadores). Dice el artículo 196 de la Codificación Constitucional, que los acuerdos de los Concejos son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial, hoy los Tribunales de lo contencioso administrativo. Disposición que se encuentra repetida en el artículo 180 del Código de Régimen Político y Municipal. Aprobado, pues, un acuerdo por el Concejo y sancionado por el Alcalde, es obligatorio, para gobernantes y gobernados, mientras no sea anulado por la autoridad competente, que es hoy únicamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en única instancia, cuando no se trate de Municipios que se encuentren en el caso del artículo 2° de la Ley 89 de 1936, en relación con la Ley 72 de 1926, y en primera instancia por el mismo Tribunal, y en segunda por el Consejo de Estado, cuando los Municipios sean capitales de Departamento o su presupuesto anual sea o exceda de trescientos mil pesos. Acorde con el precepto constitucional citado, el ordinal 7° del ar-

título 192 de la Codificación Constitucional— artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910— enumera como atribución del Gobernador “revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad.” La reforma de 1910 tuvo por objeto privar a los Gobernadores de la atribución que les daba el artículo 195 de la Constitución de 1886 para suspender los Acuerdos Municipales. Hoy el Gobernador revisa los Acuerdos Municipales por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, y si como resultado de la revisión llega a la conclusión de que son contrarios a la Constitución o a la ley, no puede suspenderlos, sino pasarlos al Tribunal competente para que éste decida si son o nó exequibles. Desde este punto de vista resulta **prima facie** inconstitucional sostener que “...objettato un acuerdo por el Gobernador, en virtud de ser inconstitucional o ilegal, dicho acto deja de ser acuerdo, a pesar de la sanción del Alcalde, mientras el Concejo que lo dicta no declare fundadas o infundadas las objeciones...” (Auto de 18 de septiembre de 1941).

842

Autorizaciones (alcance). Si las autorizaciones dadas por la Asamblea a un Gobernador se contraen a la facultad de suprimir o refundir empleos o reducir la asignación de los existentes, cuando ocurra la fusión de empleos en uno solo, la asignación no se modifica en el subsistente: refundir o reducir excluyen el término aumentar. En estas condiciones el decreto del Gobernador, por el cual se aumenta la asignación de un empleado departamental, la cual se le había fijado por ordenanza, contraría manifiestamente las normas de autorizaciones establecidas por la Asamblea, y esa violación de la norma superior constituye un perjuicio notoriamente grave inferido al orden jurídico y, en consecuencia, debe prosperar la demanda de suspensión provisional del acto violador. (Auto de 21 de agosto de 1941)....

925

Autorizaciones (extensión). Cuando la propia ley —la 6ª de 1936— autoriza al Gobierno para señalar las causales de retiro de los aviadores en el decreto reglamentario, el Gobierno, al determinar esas causas —Decreto número 1706 de 1940— no obra únicamente en ejercicio de la potestad reglamentaria, sino en virtud de la facultad especial que le

otorgó el legislador. Este procedimiento, aceptado por la Legislación y la Jurisprudencia francesa, tiene en Colombia antecedentes reconocidos por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado. (Sentencia de 22 de agosto de 1941).....

927

Auxilios (accidente de Santa Ana). Tanto la Ley 100 como el Decreto 1664 de 1938 establecen expresamente que el auxilio que otorgan no implica reconocimiento ni desconocimiento de derechos que los damnificados consideren que les asisten para exigir indemnización del Estado. En caso de muerte de la víctima, deberán tenerse en cuenta las normas que contienen los ordinales d) y e) del artículo 4° del Decreto 1664. El ordinal e), al disponer que se tenga en cuenta lo que establecen las leyes vigentes sobre indemnizaciones por accidentes de trabajo, no se propone otra finalidad que la de que, cuando se trate de una persona de las que están comprendidas en la reglamentación de esas leyes, se tome como base para la determinación del auxilio la cantidad precisa que ellas fijan, en caso de muerte, como indemnización; pero esta base debe coordinarse con las circunstancias modificativas que contempla el ordinal d), según el número, sexo, edad, estado civil y demás circunstancias de las personas que dependían económicamente o recibían apoyo material de las personas fallecidas a causa del accidente. En caso de que la víctima no pueda catalogarse en el número de las personas a que se refieren las leyes sobre accidentes de trabajo, pero si esté establecido que devengaba un salario determinado, tomando como base este salario y las circunstancias que contempla el ordinal d) del artículo 4° del Decreto, debe fijarse la cuantía del auxilio demandado, ya que, por voluntad expresa del decreto, cabe la analogía entre los asalariados y las personas favorecidas por la legislación sobre accidentes de trabajo. Debe tomarse en cuenta, empero, únicamente el salario libre, porque, si hay razón para tomar en cuenta la cantidad equivalente a la alimentación y el alojamiento cuando se trata de lesiones que impiden a la víctima continuar trabajando o disminuyen su capacidad, porque ella sigue existiendo con las mismas necesidades que antes podía satisfacer, y una vez ocurrido el accidente no puede hacerlo o lo hace en forma deficiente, cuando ocurre la muerte, la víctima no requiere la satisfacción de esas necesi-

dades, y sería injurídico computar su valor en la indemnización a los deudos, a quienes sólo podrían aprovechar directamente los proventos líquidos de la víctima. (Sentencia de 12 de agosto de 1941).....

909

B

Baldíos (adjudicaciones de menor cuantía). En la tramitación de las solicitudes de menor cuantía, la ley no exige que se dé conocimiento al público de la demanda ni contempla el caso de posibles oposiciones, ni menos señala término dentro del cual puedan éstas formularse, como sí ocurre en la secuela de las adjudicaciones de mayor cuantía. Empero, el artículo 4º de la Ley 46 de 1926 faculta al funcionario que conoce del negocio para practicar "las diligencias que juzgue convenientes para el mejor conocimiento de los hechos a que se refiere la solicitud", y el artículo 5º señala la oportunidad para decretar la adjudicación. "si no hubiere causa legal que la impidiere." Estas disposiciones significan que el funcionario puede encontrar dudas o defectos en el proceso, los cuales pueden surgir o de insuficiencia de la documentación creada por el interesado, o de la intervención de terceros que se oponen. De una u otra circunstancia puede resultar una causa legal que impida la adjudicación: si el funcionario, por su propia iniciativa, puede investigar para el mejor conocimiento de los hechos y como resultado encontrar una causa legal que impida la adjudicación, no hay razón para no admitir que esa causa legal pueda resultar de la intervención de terceros que se oponen. (Sentencia de 19 de agosto de 1941).....

913

Baldíos (adjudicaciones de menor cuantía). La brevedad del procedimiento en las adjudicaciones de menor cuantía se explica por la poca importancia pecuniaria del asunto, y por lo mismo se explica que la ley en este caso no contemple expresamente la posibilidad de oposiciones, ni les señale el procedimiento que establece para las de mayor cuantía, las cuales deben ventilarse ante la justicia ordinaria. Pero esa misma brevedad del procedimiento autoriza para aceptar que, mientras la cuestión no se haya resuelto en definitiva, los terceros interesados pueden intervenir para oponerse a la adjudicación. Si la ley prevé que el funcionario que conoce de la solicitud puede negarse a decretar

la adjudicación por encontrar causas legales que la impidan, es él quien debe resolver si, en vista de las oposiciones que puedan presentarse, decreta o nó la adjudicación, o, lo que es lo mismo, es él quien debe resolver esas oposiciones. No puede, pues, sostenerse que haya ilegalidad en que, antes de resolver en definitiva una solicitud de adjudicación de baldíos de menor cuantía, los funcionarios decreten oficiosamente las pruebas que consideren convenientes para el esclarecimiento del asunto, ni en que admitan y decidan oposiciones de terceros. (Sentencia de 19 de agosto de 1941)..... 913

Baldíos (adjudicaciones de menor cuantía). Cuando en el proceso obra una titulación que tiende a acreditar que los terrenos demandados en adjudicación como baldíos no tienen ese carácter, sino que son de propiedad privada, los títulos deben ser respetados mientras no se invaliden por autoridad competente, y los terrenos no pueden adjudicarse como baldíos, porque se interpone una causa legal que lo impide. (Sentencia de 19 de agosto de 1941)..... 913

Bebidas fermentadas (medidas restrictivas). Los Alcaldes Municipales carecen de facultades para dictar medidas restrictivas del consumo y producción de bebidas fermentadas, ya que, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución, la restricción no puede decretarla sino la ley. El artículo 12 de la Ley 88 de 1923, que prohibía el expendio de bebidas fermentadas de las cuatro de la tarde a las ocho de la mañana, es precepto anterior en muchos años al artículo 15 del Acto legislativo número 1° de 1936—38 de la Codificación—, que reservó al legislador tal facultad, y fue sustituido por el artículo 3° de la Ley 88 de 1928, que limitó la prohibición de expendir licores a los domingos y demás días de fiesta cívica y eclesiástica, los de elecciones populares y los días jueves y viernes santos, siendo más tarde reemplazado por la Ley 47 de 1930. (Sentencia de 19 de septiembre de 1941)..... 1024

C

Cajeros Pagadores (obligaciones). Las obligaciones de un Cajero Pagador son las de llevar cuenta detallada y exacta de todos los ingresos y egresos que se realicen. Todos los dineros que entren o salgan deben

anotarse escrupulosamente, so pena de incurrir el Cajero en responsabilidad. Es obligación inherente al cargo de Cajero anotar en la cuenta de avances o anticipos, por no poderse registrar la erogación con cargo a gastos, la suma entregada a un contiatista como buena cuenta del valor de los suministros contratados. Si el Cajero, en los libros que lleva, libros que han de servir para el control de sus actos, no cargó la suma entregada, ella tenía que aparecer luego en su contra al ser revisadas sus cuentas por la Contraloría. La omisión demuestra la culpabilidad del Cajero y le acarrea las consecuencias que de ella puedan sobrevenir. (Sentencia de 19 de septiembre de 1941).....

1045

Carrera Administrativa (carácter de las acciones). La demanda de nulidad contra el decreto por el cual se llama a desempeñar un cargo vacante a persona no inscrita en la carrera administrativa, no sólo prescindiéndose de escoger entre los empleados de inferior categoría del escalafón, sino aun de proveerlo por concurso, procedimiento que, no obstante las deficiencias reglamentarias, estima el actor violatorio de la letra y el espíritu de la Ley 165 de 1938, podría ser eficaz si el acto se hubiera demandado directamente ante el Consejo de Estado como violatorio de normas legales, de conformidad con las reglas consignadas en la Ley 130 de 1913. Pero es improcedente cuando la acción intentada es la que consagra el artículo 10 de la Ley 165 de 1938 a favor de los empleados de la Carrera Administrativa, **“por violación de los derechos que les confiere la presente Ley”**, en primera instancia ante los Tribunales Administrativos, y en segunda, ante el Consejo, y el actor ha pedido el reconocimiento del sueldo que hubiera dejado de devengar por causa del decreto acusado, desde la fecha de su expedición hasta el momento en que cese la lesión del derecho individual del demandante. En estas condiciones se ha intentado la acción privada, y el demandante habría tenido que demostrar, para acreditar satisfactoriamente el menoscabo de un derecho individual lesionado, que, al producirse la vacante del puesto, el actor y únicamente el actor tenía claro derecho a ocuparlo en virtud del ascenso. Pero en caso de quedar vacante un cargo de mejores condiciones, susceptible de proveerse por ascenso, el Jefe del ramo no sólo tiene la facultad de escoger entre los empleados de inferior categoría dentro del respectivo escalafón, según sus méritos y competen-

cia, sino además la de proveer el cargo por concurso, si estima que ninguno de tales empleados es apto para desempeñarlo. (Sentencia de 20 de agosto de 1941)..... 980

Carrera Administrativa (condiciones de admisión). De conformidad con los párrafos 1º y 2º del artículo 6º de la Ley 165 de 1938, no puede nombrarse para empleos de la carrera administrativa a quienes no llenen las condiciones mínimas que para ser admitido al servicio señale el reglamento dictado por el Órgano Ejecutivo, y éste no puede fijar tales condiciones cuando ellas han sido ya establecidas en la ley, ordenanza o acuerdo. Por consiguiente es menester estudiar en cada caso si la ley ha fijado ya las condiciones mínimas para ser admitido en el puesto de que se trate. Y cuando se demuestre que una disposición del Ejecutivo ha modificado las condiciones ya establecidas por la ley para ser admitido en un puesto, dicha disposición es nula conforme al párrafo 1º del artículo 6º de la Ley 165 citada. (Sentencia de 31 de julio de 1941). 825

Carrera Administrativa (derecho al ascenso). Se reúnen las condiciones que la Ley 165 de 1938 —párrafo b) del artículo 2º— y el reglamento —artículo 12 del Decreto 2091 de 1939— señalan para que tenga lugar el ascenso, cuando el cargo inferior y el superior pertenecen a categorías inmediatas del mismo capítulo del escalafón de un Ministerio, y cuando, entre las condiciones mínimas señaladas para el desempeño de uno y otro empleo, no figuren requisitos de carácter técnico, que pudieran hacer el puesto vacante no susceptible de ascenso para los no técnicos. Pero aun en el caso de haber quedado vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, susceptible de proveerse por ascenso, según las indicaciones del respectivo escalafón, la facultad del superior para proveerlo es en cierto modo discrecional, puesto que entre los varios empleados del ramo, inscritos en la carrera, puede elegir el que a su juicio reúna mejores condiciones para desempeñarlo, o aun puede proveer la vacante por concurso, cuando estime que ninguno de esos empleados es apto para cumplir las funciones del cargo. (Sentencia de 20 de agosto de 1941).... 980

Carrera Administrativa (empleados excluidos). La Ley 165 de 1938 excluyó de la carrera administrativa a los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad

y a sus Secretarios. Y el Decreto 2091 de 1939, reglamentario de dicha ley, dice que ejercen jurisdicción o autoridad "los empleados cuyas providencias son de obligatorio cumplimiento." Si en un sentido lato, **jurisdicción**, según el Diccionario, es "poder o autoridad que tiene uno para gobernar y poner en ejecución las leyes", el Director General de Prisiones tiene atribuciones que implican la ejecución de leyes de su ramo, como son las que se le confieren en el artículo 10 de la Ley 30 de 1936, el 19 del Decreto ejecutivo número 860 de 1936, el 638 del Código de Procedimiento Penal, los artículos 4°, 6°, 9° y 15 del Decreto-ley número 756 de 1939 y el 28 del Decreto 259 de 1938. Sin entrar a estudiar hasta dónde el Decreto 2091 de 1939 haya excedido la potestad reglamentaria, fijando una condición que la Ley 165 de 1938 no contenía al determinar que ejercen jurisdicción o autoridad los empleados cuyas decisiones o providencias son de obligatorio cumplimiento, el hecho de que algunas o todas las resoluciones del Director General de Prisiones deban ser revisadas por el Ministerio de Gobierno, para el efecto de su aprobación, reforma o revocación, no significa que estén desprovistas del carácter de obligatoriedad que, según el Decreto 2091, vendría a implicar el ejercicio de jurisdicción. No porque la providencia de un Alcalde necesite la aprobación del Gobernador, ni porque las de un Juez puedan ser revisadas por el superior en grado de apelación o de consulta, puede decirse que estos funcionarios no ejerzan jurisdicción o autoridad, ni que sus providencias o decisiones no sean de obligatorio cumplimiento. Además, al Director General de Prisiones le corresponde aprobar providencias o decisiones de otros funcionarios del ramo, con cuya aprobación adquieren el carácter de obligatorias. Ejerce, pues, el Director General de Prisiones jurisdicción o autoridad y, por tanto, está excluido de la carrera administrativa. Es nulo, en consecuencia, el artículo 8° del Decreto número 1729 de 1940, en cuanto incluye a dicho agente en el escalafón de empleados del Ministerio de Gobierno, que pertenecen a la carrera administrativa. Con esta declaración queda también virtualmente excluido de dicha carrera el Secretario de la Dirección General de Prisiones, que el artículo 9° del Decreto 1729 clasifica como empleado de segunda categoría del escalafón mencionado, ya que, conforme al artículo 8° del Decreto 2091 de 1939, reglamentario de la Ley 165

de 1938, están excluidos de la carrera administrativa los Secretarios de los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad. (Sentencia de 31 de julio de 1941)..... 825

Cédula (de ciudadanía). La Ley 31 de 1929 implantó la cédula de ciudadanía con el propósito de hacer efectiva la identificación de los sufragantes. La Ley 7ª de 1934, artículo 5º, hizo obligatoria la presentación de la cédula "en todos aquellos actos civiles y políticos en que la identificación personal sea necesaria." El Gobierno, a quien le fue atribuida especialmente la reglamentación de este precepto, dispuso que la identificación personal se hará con la cédula en la presentación de la demanda en toda clase de juicios o de cualquier memorial que deba ser presentado personalmente, y en las diligencias o actuaciones que no sean de índole criminal ante cualquier autoridad—Decreto 1053 de 1937. Pero no puede afirmarse que la solicitud hecha por más de trescientos ciudadanos del respectivo Municipio, que exige el ordinal a) del artículo 1º de la Ley 45 de 1931 para la traslación de las cabeceras de los Distritos a otros lugares, es de aquellos documentos que exigen la presentación personal de todos los firmantes, ya que ninguna disposición legal así lo ordena. (Sentencia de 30 de septiembre de 1941)..... 1053

Ciudadanía (conceptos). La Constitución reconoce la calidad de ciudadanos a todos los colombianos mayores de veintiún años. Esa calidad se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad, y se pierde también o se suspende a virtud de decisión judicial en los casos que determinen las leyes. El **status** de ciudadano es potencial y podría decirse que inherente al individuo, y de ahí que se acepte que quien afirme tener la calidad de ciudadano lo es en realidad, a menos que se demuestre que se encuentra en alguno de los casos de excepción. Por otra parte, la palabra ciudadano tiene una acepción amplísima dentro del lenguaje corriente, analizada por el Consejo en fallo de 26 de febrero de 1931, acepción que la hace sinónima de persona, natural o vecino de una ciudad. (Sentencia de 30 de septiembre de 1941)..... 1053

Competencia (actos de los Gobernadores). Cuando el acto acusado se origina en un contrato, no es de competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, conforme al ordinal g) del artículo

38 de la Ley 130 de 1913. Pero la resolución de un Gobernador, por la cual se ordena cancelar la inscripción de una plantación de caña de azúcar y abstenerse de seguir negociando sus productos con el propietario, ya sea directamente o por interpuesta persona, no se apoya en ninguna cláusula contractual, cuando no aparece que se haya celebrado con el interesado contrato alguno de compraventa de mieles, sino en las disposiciones de una ordenanza que ordena cancelar la inscripción del cultivador que haga pasar como dulce producido en fincas inscritas al introducido de otros Departamentos. No se diga que por haber el propietario inscrito su plantación de caña dulce para los efectos de la ordenanza, celebró con el Departamento un contrato de los impropriamente llamados de adhesión, cuando la inscripción no comporta para los cultivadores la obligación de vender los productos de sus plantaciones al Departamento, ni para éste la obligación de comprárselos, sino únicamente otorgar una **protección** a los cultivadores inscritos del Departamento, disponiendo que sólo a éstos se les compre la panela, las mieles o el anís en grano que el Departamento necesite para su fábrica de licores, con exclusión de los productores de los demás Departamentos. En estas condiciones la inscripción no entraña una manifestación bilateral de voluntad contractual, sino que es un acto-condición para que al inscrito pueda aplicársele el **status** de cultivador que establece la ordenanza, es decir, colocársele en una situación jurídica que lo capacite para negociar con el Departamento, derecho que la ordenanza les niega a los productores de otros Departamentos. El acto así acusado no tiene pues, origen en contrato alguno y es de competencia de los Tribunales Administrativos. (Auto de 12 de septiembre de 1941).

831

Competencia (declaración de obligaciones). Conforme al artículo 1º de la Ley 130 de 1913, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas. Cuando mediante la demanda no se persigue la revisión de ningún acto administrativo, sino sólo se impetra la declaración de obligaciones a cargo de un Departamento y en favor de los demandantes, la materia del litigio no cae bajo la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que pertenece al do-

minio de la justicia ordinaria, que es la encargada de reconocer los derechos e imponer las obligaciones de carácter patrimonial. (Sentencia de de 16 de septiembre de 1941).... . 937

Competencia (impuestos nacionales). Cuando es una decisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la que pone fin a la actuación administrativa, iniciada por un Administrador de Hacienda y un Síndico Ejecutor, el Consejo de Estado es competente para el estudio de la resolución ministerial, con competencia privativa, en única instancia, al tenor de lo dispuesto en el ordinal i) del artículo 18 de la Ley 130 de 1913. (Auto de 15 de septiembre de 1941).... . 872

Competencia (ternas de Registradores). El Consejo ha negado en repetidas ocasiones la competencia que tengan las autoridades del Organó Administrativo para revisar los actos de las corporaciones que pertenezcan a un orden distinto, sean esos actos electorales o nó. Ni en el Código Contencioso Administrativo ni en las leyes que lo adicionan y reforman se encuentra disposición alguna que les dé jurisdicción para ello, disposición indispensable, desde luego que así lo exige el artículo 151 del Código Judicial. La competencia que el artículo 189 de la Ley 85 de 1916 asigna a los Tribunales Administrativos, dice relación a las demandas de nulidad de las votaciones y de los registros de escrutinios que se verifiquen ante los Jurados de Votación y las que se hagan por las Asambleas Departamentales, Consejos Electorales y otras entidades de orden administrativo, pero no a las realizadas por el Organó Legislativo o por el Judicial. Hay que tener en cuenta el principio fundamental de la separación de funciones de los Poderes Públicos y la autonomía de que gozan las entidades del Organó Judicial, conforme a los mandatos constitucionales. Las disposiciones electorales no pueden referirse sino a aquellas corporaciones que tienen por misión el desarrollo y efectividad del derecho de sufragio, y a aquellas que ocasionalmente realizan funciones electorales y que se citan expresamente en la ley, como ocurre con las Asambleas Departamentales, que, sin ser corporaciones de carácter electoral, tienen en esta materia determinadas atribuciones señaladas por el legislador. (Sentencia de 27 de septiembre de 1941).... . 851

Consultas (facultad de absolverlas). Las consultas sobre la aplicación de las leyes administrativas, fiscales y militares, deben ser absueltas por el Presidente de la República o por los respectivos Ministros del Despacho. Los Secretarios de los Ministerios sólo pueden absolverlas cuando se hallan encargados del Despacho. (Sentencia de 30 de septiembre de 1941)..... 1053

Contralores Departamentales (funciones). La disposición de una ordenanza, en virtud de la cual el Contralor Departamental no aprobará los acuerdos de gastos mientras no se pague determinado auxilio, viola el ordinal 2º del artículo 192 de la Codificación Constitucional—artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910—que atribuye al Gobernador el dirigir la acción administrativa en el Departamento, dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración, así como el ordinal 3º, del artículo 54 del mismo Acto legislativo número 3—artículo 186 de la Codificación—que atribuye a las Asambleas el organizar las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos y nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes, sin que la Constitución hable de que los Contralores puedan ejercer funciones distintas de las correspondientes a un Contador o Magistrado de Tribunal de Cuentas. En concordancia con estos preceptos, dispone el artículo 123 del Código de Régimen Político y Municipal, que en cada Departamento habrá un Gobernador, que será Jefe de la Administración seccional y Agente del Poder Ejecutivo, y el 127 de la misma obra, que son atribuciones de los Gobernadores cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento la Constitución, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos municipales y las órdenes del Gobierno, y dirigir la acción administrativa en el Departamento, dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración. (Auto de 12 de septiembre de 1941).... 934

Contralores Departamentales (funciones). Resulta inconstitucional e ilegal toda ordenanza que disponga que el Contralor Departamental no apruebe los acuerdos de gastos que expida la Gobernación mientras no se haya incluido en el acuerdo determinado gasto y girádose las cuotas correspondientes, porque con semejante disposición se invierte al Contralor de atribuciones que, conforme a la Constitución y a las leyes, corresponden a los

Páginas.

Gobernadores, como son las de dirigir la acción administrativa en los Departamentos y cumplir y hacer que se cumplan las ordenanzas, acordando los gastos que deben hacerse cada mes y ordenando la ejecución de las obras o el pago de los auxilios. Ninguna disposición de orden constitucional o legal requiere la aprobación del Contralor para que la Gobernación pueda acordar los gastos que deban hacerse; antes bien, la técnica contraindica que tal atribución deba darse a los Contralores, porque entonces se convertirían en administradores y no en funcionarios encargados de fiscalizar la administración. Aun tratándose de la Contraloría General de la República, la Ley 42 de 1923 y el Decreto-ley número 911 de 1932, que la modificó, no le dan al Contralor General facultad para aprobar o improbar los acuerdos de gastos que expida el Gobierno, y sus funciones son: llevar las cuentas generales de la Nación, prescribir los métodos de contabilidad y manera de rendir los informes financieros, vigilar y procurar la recaudación de las deudas a favor del Estado, es decir, medidas de fiscalización pero no de administración. Sería inadmisibles que los Contralores Departamentales, cuya creación ha autorizado la Constitución como simples Contadores, pudieran tener atribuciones mayores que las concedidas por la ley a la Contraloría General de la República, sin que esas atribuciones derivaran de una autorización legal sino de una ordenanza, autorización que, por otra parte, no podría darse con menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los Gobernadores. (Auto de 12 de septiembre de 1941)..... 934

Cosa juzgada (fallos sobre pensiones). En los fallos sobre pensiones, recompensas y demás derechos en que no existe un estado de controversia, una acción contenciosa sino administrativa, puede pedirse por los interesados la revisión o reconsideración del fallo adverso, cuando se presenten nuevas pruebas que cambien la faz del asunto. Imperativos de equidad no justifican que se prisione, dentro del círculo férreo de la cosa juzgada, providencias que obedecen a gracias concedidas por la ley a servidores que no dejan de ser acreedores a ellas, por el hecho de que inicialmente no se hayan llenado determinadas exigencias de procedimiento probatorio. Pero cosa muy distinta sucede cuando la reconsideración se pide sobre la misma situación de hecho para que se modifique

la interpretación jurídica del fallo primitivo, pues en tal caso se iría contra el criterio mismo de la corporación sobre la aplicación de textos legales, que, mientras no sean modificados por otros posteriores, conservan toda su fuerza. Este es el caso que se contempla tratándose de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en que se consideró que, si es verdad que la ley asimiló a militares a los músicos del Ejército para efecto de las pensiones y recompensas, tal asimilación no abarca en manera alguna a los herederos de los músicos, doctrina que el Consejo comparte sobre el particular. (Sentencia de 2 de julio de 1941)...

1029

Cuentas (concepto de alcance). El alcance que se eleva o deduce contra un funcionario, constituye un crédito a favor del Estado y en contra del empleado. Fiscalmente, en presencia de una lista o planilla debidamente legalizada, el Estado no aparece como deudor de ninguno de los trabajadores que en ella figuran, y en caso de habérseles cercenado el sueldo por el empleo pagador, ese crédito, de existir, no sería a favor del Estado, sino de terceras personas, o sea de los trabajadores cuyo sueldo se cercenó. Podría argüirse que esas terceras personas mantienen un crédito vivo contra el Estado y pueden reclamarlo en la debida oportunidad. Pero esta obligación, así reclamada, debería ser deducida en un juicio civil ordinario, ajeno al procedimiento fiscal. Juicio que si haría surgir una obligación de orden civil contra el cuenta-dante en caso de ser resuelto en contra de la Nación. Pero mientras no exista la sentencia definitiva, cuya decisión obligue a la Nación, ésta no puede resarcirse prematuramente de daños que, en el campo estrictamente fiscal, no aparece que se le hubieran causado. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941).....

875

Cuentas (deficiencias formales). El Consejo de Estado, que tiene facultades de apreciación más amplias que las que la ley ha otorgado a la Contraloría, puesto que su función es impartir justicia administrativa, ha resuelto aceptar el mérito de cuentas que no llenen formalmente todos los requisitos exigidos, cuando el gasto se ha operado en beneficio de la Nación, sin violentar normas ú órdenes superiores. Si aparece plenamente establecido que se efectuó el pago en beneficio de la Nación para un servicio previamente ordenado por autoridades competentes, no sería equitativo deducir alcance a cargo del responsable, por defi-

ciencias adjetivas o formales que, si pueden generar una glosa de la Oficina de Cuentas de la Contraloría, no pueden ser razón suficiente para que la justicia administrativa deseche los descargos del cuentadante, con perjuicio de éste y en beneficio de la Nación que, por tal causa, aparecería enriquecida sin causa justa. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941).... 875

Cuentas (efectividad del gasto). Cuando de cuentas que tienen todos los requisitos reglamentarios, aparece que determinada cantidad se invirtió en beneficio de la Administración, aunque la inversión se hubiera hecho en forma distinta a la autorizada, el criterio que guió al cuentadante al verificar el gasto rectamente no puede satisfacer a una oficina de cuentas, pero si hay fundamentos de equidad suficientes para que la jurisdicción administrativa lo acepte. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941).... 875

Cuentas (exoneración). La circunstancia de que un Pagador no tenga culpa alguna en las irregularidades ocurridas, por razón del inmenso radio de acción en que le toque actuar, puede ser un motivo de exculpación, susceptible de ser debatido en un proceso de exoneración, pero en ningún caso razón suficiente para libertarlo de la responsabilidad fiscal que le compete por esas irregularidades. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941).. 875

Cuentas (fraude). La glosa formulada a un cuentadante, con base en haber sido defraudada la Nación, por aparecer en las cuentas jornaleros que declararon no haber prestado servicio alguno, no puede ir más allá de la cuantía de las sumas que se pruebe haberse hecho figurar sin respaldo real, pero no puede prosperar en lo que se refiere al total de las gastadas en la obra, si esas sumas aparecen respaldadas con las respectivas cuentas y planillas de pago. La prueba de que se hicieron figurar nombres de personas que no trabajaron, no es suficiente para considerar fraudulento el total del valor de las planillas, no sólo porque éstas envuelven una presunción de verdad, sino por el principio de derecho que hace presumir la fama y la buena fe, salvo prueba en contrario. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941)..... 875

Cuentas (gastos de emergencia). Un cuentadante pudo respaldar los gastos de determinado mes con autorizaciones de meses posteriores, porque adoptó el pro-

cedimiento de formular una cuenta global de varios meses. En la práctica, es este el sistema más conforme con las necesidades imprevistas del servicio de emergencia. No lo estudia por ese aspecto, la Contraloría, por la naturaleza estricta de sus funciones: si la oficina fiscalizadora aceptara esos sistemas irregulares de gastos, perdería el control de la Administración. Pero el Consejo de Estado, a quien toca decidir con criterio de justicia, si acepta la legitimidad del gasto, en consideración a que se hizo en beneficio de la Administración. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941).....

875

Cuentas (responsabilidad de los subalternos). Para que se opere el desplazamiento de responsabilidad del Jefe o responsable directo al subalterno o responsable mediano, se requiere la vinculación del último con la Nación, por medio de la fianza, vinculación que puede ser directa en el caso de fianza prendaria o hipotecaria, o indirecta, cuando sea personal. Y para que el vínculo se forme, es indispensable el consentimiento de la Nación, manifestado por medio de su órgano autorizado, la Contraloría. La garantía que el subalterno pueda darle al superior, lo respalda ante éste, pero no releva al superior o cuentadante de la responsabilidad ante la Nación, mientras ésta no acepte tal garantía. (Sentencia de 29 de agosto de 1941).....

1032

Cuentas (responsabilidad fiscal). Los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 42 de 1923 hacen recaer sobre los empleados de manejo la responsabilidad fiscal de las pérdidas, aun de las provenientes de la más leve negligencia en la custodia de los fondos a ellos encargados. El hecho de obedecer el desfalco a un delito ejecutado a espaldas y sin conocimiento del cuentadante, por un subalterno de la oficina y en connivencia con un funcionario de la Contraloría, no exime al cuentadante de responsabilidad fiscal, no sólo por lo preceptuado en los artículos citados, sino también porque la oportunidad legal de hacer valer esa causa exculpativa no es la del juicio de cuentas, sino la correspondiente a la exoneración de que trata el artículo 43 de la misma Ley 42 de 1923. (Sentencia de 14 de agosto de 1941).....

1022

Cuentas (verdad fiscal). Las nóminas constituyen una verdad fiscal que no puede destruirse sino por otra verdad fiscal; pero las declaraciones y el proceso de esclarecimiento constituyen también una verdad fiscal, desde luego que tienen como fun-

damento una investigación encaminada a destruir la verdad formal o aparente que existe en las nóminas. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941)..... 875

D

Decretos (control de legalidad). La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, por la cual se declara que no es inexecutable, como contrario a la Constitución, el artículo 37 del Decreto número 1270 de 1931, en su parte final, no se opone a la conclusión, adoptada por el Consejo de Estado, de que es ilegal por contrario a la Ley 37 de 1931, por no corresponder a la Corte juzgar de ese Decreto, desde el punto de vista de su legalidad, según se reconoce en la parte motiva del fallo, al cual pertenece el siguiente aparte: "Lo dicho no significa que la Corte asuma una competencia que no le corresponde, cual sería la de juzgar el Decreto desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad, función que está atribuida al Consejo de Estado." (Sentencia de 25 de julio de 1941).... 998

Decretos (ilegalidad). Se arguye, con el objeto de asignar al Decreto número 1270 de 1931 un carácter legislativo que no tiene, que fue expedido, no por virtud de la facultad reglamentaria de que trata el ordinal 3° del artículo 115 de la Constitución, sino en uso de la autorización especial de que trata el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, que dice: "El Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que han de someterse." Aparte de que el preámbulo del Decreto dice otra cosa en relación con la fuerza de ley que quiere asignársele, obran en contra de ese pretendido carácter legislativo las siguientes razones: **Primera.** La referida autorización de la Ley 37 no amplía las facultades que corresponden al Ejecutivo como ejecutor de las leyes, ni le da atribuciones distintas de las que tiene constitucionalmente por virtud de la facultad reglamentaria. **Segunda.** Dentro de esa limitadísima autorización, simple invitación a reglamentar la ley en lo referente a la forma como deben presentarse las propuestas de exploración de petróleos y al procedimiento administrativo a que deben someterse, no cabe la facultad de establecer ficciones que destruyan, cercenen o vulneren derechos reconocidos por la ley reglamentada o por otros preceptos legales, como ocurre con el artículo 37 del Decreto que, al equiparar las di-

versas horas del día, se lleva de calle el derecho de preferencia que, a favor del primer proponente y no de otro que se presente con posterioridad a éste, consagra el artículo 16 de la Ley 37 de 1931. **Tercera.** Por medio de decretos expedidos en uso de autorizaciones especiales —no en razón de facultades extraordinarias concedidas **pro tempore**— no se pueden reformar ni derogar preceptos legales, ni vulnerar o restringir derechos reconocidos por el legislador, pues tales decretos no tienen más fuerza legal que la correspondiente a los simplemente reglamentarios, ya que, como éstos, sólo tienen el carácter de leyes en sentido material, no formal. El artículo 37 del Decreto 1270 de 1931, en su parte final es, pues, contrario a la Ley 37 de 1931, y las resoluciones ministeriales que, con base en él, desconocen el derecho preferencial que a favor del primer proponente reconoce esta Ley, aun tratándose de propuestas presentadas el mismo día, son igualmente ilegales y, por ende, nulas. (Sentencia de 25 de julio de 1941)

998

Documentos (carácter de públicos). El documento presentado por un empleado de manejo, consistente en la orden telegráfica dada al cuentadante por el Superintendente de un Ferrocarril para que entregue a un contratista determinada suma como buena cuenta del contrato de traviesas que tiene celebrado con el Ferrocarril, acompañada del **Recibi** del contratista, no cabe dentro de los que hacen plena prueba, conforme al artículo 632 del Código Judicial. No puede considerarse dentro de los “instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública”, porque los ferrocarriles nacionales constituyen un servicio público autónomo, cuyos funcionarios aunque dentro de la órbita administrativa del Estado, no ejercen propiamente “cargos por autoridad pública.” Por otra parte, si la calidad en el firmante de Superintendente del Ferrocarril no se ha acreditado en forma alguna, ni su firma ni la del contratista se han autenticado, como lo exige la ley cuando las firmas no se presumen auténticas, el documento en cuestión es simplemente privado y apenas alcanza a constituir un principio de prueba por escrito. (Sentencia de 19 de septiembre de 1941)

1045

E

Páginas.

Empleados (pago de servicios). La incompetencia de un empleado o el mal desempeño de sus funciones son motivo para destituirlo, pero no para negarle el pago de sus dotaciones, mientras esté desempeñando el cargo. (Sentencia de 25 de julio de 1941)..... 898

Empleados (remuneración de servicios). Si un empleado departamental, que, en derecho, debió abandonar el empleo en la fecha en que se ejecutorió el auto que decretó la suspensión provisional del decreto que lo nombró, continuó de hecho en el desempeño de sus funciones hasta una fecha posterior, habida consideración a que el empleado no era el obligado a hacer cumplir la providencia del Tribunal Administrativo, la Asamblea procedió dentro de sus facultades legales al reconocerle el pago de los servicios prestados. Más aún, el empleado no podía retirarse de su empleo, mientras no viniera la persona que debía reemplazarlo, so pena de incurrir en la falta de abandono del puesto. Si la providencia no se cumplió oportunamente, culpa fue de otros empleados, que pueden tener su responsabilidad para con el Departamento. (Sentencia de 25 de julio de 1941)..... 898

Empleados (requisitos para su nombramiento). Los Jefes de la Administración Seccional tienen la facultad de nombrar y separar libremente sus agentes, como se desprende de los artículos 192, numeral 2°, de la Codificación Constitucional, y 127, numeral 2°, del Código Político y Municipal. Esta facultad sólo está limitada en cuanto la ley haya establecido condiciones o antecedentes para desempeñar ciertos empleos, como se deduce del artículo 56 de la Codificación Constitucional, que dice que la ley determinará "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución." El adjetivo **ciertos** califica a empleos en forma vaga e indeterminada, y por tanto equivale a **algunos**, de manera que es la ley la que debe determinar cuáles son los empleos que requieren requisitos o condiciones previas para ejercerlos, atribución que corresponde, en los casos no previstos por la Constitución, única y exclusivamente al Congreso. En cuanto a los cargos de mando y jurisdicción, el artículo 241 del Código Político y Municipal establece que para ellos pueden ser nombrados todos los ciudadanos en actual ejercicio, menos cuando la Constitución o la ley exi-

jan determinados requisitos o establezcan prohibiciones determinadas, y que "para los demás empleos no se necesita otro requisito que el nombramiento por quien corresponda." La parte final de este artículo, aunque aparentemente contradice el artículo 56 de la Carta, en realidad armoniza con éste, si se tiene en cuenta que su aplicabilidad se extiende a aquellos cargos para cuyo desempeño la ley no ha impuesto condiciones o requisitos previos. El espíritu del artículo 56 de la Codificación Constitucional se inspiró, pues, en razones de conveniencia técnica y eficacia administrativa, que aconsejan exigir de los aspirantes a ciertos cargos públicos determinados conocimientos, a fin de que cumplan adecuadamente sus funciones; pero en ninguna forma puede interpretarse dicho artículo en el sentido de exigir determinado color político como condición previa para desempeñar ciertos cargos públicos. (Auto de 30 de septiembre de 1941)....

972

Empleados de manejo (estatuto especial). Las actividades del Estado, en orden a la percepción, manejo e inversión del patrimonio colectivo destinado a los servicios públicos, se ejercen por medio de funcionarios o empleados especiales conocidos por la ley con el nombre de **empleados de manejo**. Como los demás servidores, tales empleados están colocados frente al Estado en una **situación jurídica general o reglamentaria**; pero sus funciones especiales, relativas a la guarda de los caudales públicos, los obligan a la prestación de garantías o cauciones, que respondan ante la Administración de su correcto manejo, las cuales los colocan en una **situación concreta o individual** por razón del contrato respectivo. Se modifica así la situación legal o reglamentaria, en tal forma que el nombramiento del empleado de manejo requiere como requisito esencial, como condición **sine qua non**, la prestación de la fianza o caución, según se desprende de los artículos 251 del Código de Régimen Político y Municipal, 38 de la Ley 42 de 1923 y 25 del Decreto 911 de 1932, entre otros. Los empleados de manejo están, pues, sometidos a un estatuto especial por razón de la misma naturaleza de sus funciones. (Sentencia de 29 de agosto de 1941)....

1032

Empleados de manejo (naturaleza de la caución). La fianza o caución que deben prestar los empleados de manejo, si bien participa en términos generales de la naturaleza de la fianza civil, difiere de ésta en

cuanto su constitución está regida por disposiciones especiales y ha de someterse a las condiciones exigidas por la Contraloría General de la República. Mientras la Contraloría no imparta su aprobación a la fianza, no existe el vínculo contractual entre el fiador y el Estado, para efectos de la validez del nombramiento del empleado de manejo. Esto, en lo que respecta a los empleados que deben rendir sus cuentas a la Contraloría, por ser los jefes de las oficinas o departamentos administrativos de manejo; en cuanto a los subalternos de tales oficinas o departamentos, si bien es válido su nombramiento sin la prestación de la fianza, ésta debe serles exigida por el jefe cuando se quiera hacerlos responsables directos ante la Nación. Y es indispensable, en tal caso, que la caución constituida por el subalterno haya sido otorgada ante la Nación y aprobada por la Contraloría, según lo dispone el artículo 108 de la Resolución número 248 de 1940. De lo contrario, la responsabilidad recae directa y definitivamente sobre el funcionario que rinde cuentas. (Sentencia de 29 de agosto de 1941)... ..

1032

Especialidades farmacéuticas (cancelación de las licencias).

Entre las funciones asignadas a la Comisión de Especialidades Farmacéuticas por la Ley 116 de 1937, figuran la de autorizar, por medio de licencias, la venta de productos farmacéuticos, y la de revisar, suspender y cancelar las licencias cuando el producto no corresponda a la fórmula autorizada o determinado elemento que éntre en su composición sea perjudicial para la salud, o de mala calidad o existan impurezas en sus ingredientes. El Decreto 667 de 1928 dispuso que las solicitudes de licencia que se hagan a la Comisión deben ir acompañadas de certificado, en que conste que la marca del producto que se desea licenciar no está registrada o en curso de registro por persona distinta de la que pide la licencia. Y el Decreto número 1023 de 1934 estableció que, cuando se ha obtenido por terceros distintos del que obtuvo o solicita la licencia, la resolución posesoria de amparo de que trata el artículo 68 de la Ley 31 de 1925, si el producto que constituye usurpación debidamente calificada por la autoridad competente necesitare o hubiere necesitado para su uso licencia especial, las autoridades se abstendrán de concederla o la cancelarán inmediatamente, según el caso. La Comisión de Especialidades Farmacéuticas debe, pues, cancelar las licencias

otorgadas cuando se trata de productos patentados a favor de terceros y se ha usurpado la patente, o cuando lo usurpado es la marca con que se distingue el producto. Pero a la Comisión no le compete calificar si en un caso dado existe usurpación o nó: ella simplemente ejecuta las providencias que al respecto dicten las autoridades competentes para proteger la propiedad industrial. Por lo cual, si el tercero que se opone a la licencia no tiene registrado nombre alguno para sus productos, y si, además, quien obtuvo o solicita la licencia tiene registradas ciertas denominaciones como etiquetas distintas a la que se ordenó cancelar por sentencia judicial, viola las normas legales y reglamentarias vigentes en la materia, la resolución del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, que ordena, en estas condiciones, cambiar el nombre de un producto: con la advertencia de que, si no se cambia dentro del plazo señalado, se le cancelará la licencia concedida por la Comisión de Especialidades Farmacéuticas. (Sentencia de 3 de julio de 1941).

861

F

Fianza (de los empleados de manejo). Los lineamientos del contrato de fianza de los empleados de manejo se adaptan a las normas del Código Civil. Como accesorio que es, demanda la existencia, no de un contrato principal, sino de una obligación principal, pues son afianzables todas las obligaciones, sea cual fuere la causa que las haga nacer: los contratos, la ley, los cuasicontratos, los hechos ilícitos, las culpas. En el caso de los empleados de manejo, las obligaciones afianzables nacen directamente de la ley, que fija unilateralmente las condiciones que han de regir las funciones de aquéllos. No es de rigor, por tanto, que en el contrato de fianza se estipulen las obligaciones del fiado, ni menos que aparezca en él la firma de éste. La función del fiado se limita a proponer a la consideración de la Contraloría la solvencia de los fiadores, cuando se trate de fianza personal, o la suficiencia de la garantía real, las cuales se supone que garantizan las obligaciones que se desprenden de la naturaleza misma del empleo. Si se trata de un documento de fianza, constituido por un empleado subalterno ante el Jefe de la oficina de manejo, documento en el cual, a pesar de figurar el subalterno como otorgante, no aparece su firma, aunque sí la de

los fiadores, el contrato no pierde su carácter por la ausencia de la firma del fiado, ya que la obligación a que accede nace de la ley misma, y los fiadores están obligados a responder de los malos manejos del deudor ante la oficina que los admitió como tales. Pero de ahí no puede deducirse el relevo a favor del Jefe de la oficina como directo responsable ante la Nación de los manejos de sus subalternos, si faltó el requisito esencial de la aprobación definitiva de la fianza otorgada por el subalterno de parte de la Contraloría. No establecido, pues, el vínculo de responsabilidad directa entre el empleado subalterno y el Estado, el único responsable ante éste es el empleado superior o Jefe de la oficina de manejo, sin perjuicio de la subrogación, a que le dan derecho las leyes civiles. (Sentencia de 29 de agosto de 1941). 1032

G

Gastos (prelación). En el artículo de una ordenanza, por el cual se dispone que el Contralor Departamental no aprobará los acuerdos de gastos mientras no se pague un auxilio decretado en la misma ordenanza, no aparece de manifiesto una violación del artículo 51 de la Ley 89 de 1888, que preceptúa que las cantidades destinadas al sostenimiento de la instrucción pública **deberán ser pagadas de preferencia**, violación que cause perjuicio notoriamente grave al orden jurídico, porque tal disposición no establece un orden de prelación conforme al cual deba cumplirse el renglón presupuestal que implica el auxilio; lo que ordena es que no se apruebe por el Contralor el acuerdo de gastos, si no se incluye tal renglón y se giran las partidas correspondientes. Si se diera el caso de que en el Tesoro departamental no hubiera más dinero que el indispensable para atender a ese gasto, esto tampoco impondría la preferencia sobre otros privilegiados por la ley. Ocurriría sí que, al no aprobarse por el Contralor los acuerdos de gastos, se dejaría a la Gobernación sin modo de cumplir la obligación que le impone el artículo 51 de dicha Ley 89. (Auto de 12 de septiembre de 1941).... 934

Gobernadores (atribuciones). La disposición de una ordenanza, por la cual se atribuyen a la Junta Directiva de un ferrocarril departamental los nombramientos del personal de la empresa, la provisión

de los empleos necesarios y la supresión y refundición de los existentes, **prima facie** no solamente peca contra la doctrina de la separación de los Organos del Poder Público y contra la organización del Estado, sino que viola mandatos precisos, como son los que adscriben a los Gobernadores el nombramiento de sus agentes: artículos 59, atribución 2ª, de Acto legislativo número 3 de 1910; 127, numeral 2º, de la Ley 4ª de 1913; 1º y 2º del Decreto ejecutivo número 604 de 1933, reglamentario de los artículos 127, ordinal 2º, y 331 del Código Político y Municipal. (Auto de 27 de agosto de 1941).....

967

Gobernadores (facultad reglamentaria). Los Gobernadores tienen únicamente la facultad reglamentaria, en relación con las ordenanzas departamentales, y carecen de facultad para dictar órdenes, decretos y resoluciones encaminados al desarrollo de los preceptos legales. (Auto de 18 de septiembre de 1941).....

842

I

Impuestos nacionales (alícuota de depreciación). La deducción de la renta bruta por concepto de la alícuota de depreciación, sólo puede aceptarse cuando la estimación del patrimonio se ha hecho conforme a las reglas del artículo 98 del Decreto 818 de 1936, es decir, por el precio de costo, pues claramente dice el artículo 9º del mismo Decreto, que tal precio podrá castigarse con las cuotas de amortización acumuladas, calculadas razonablemente sobre la vida probable de la propiedad usada en el enogcio, comercio o industria, y que sea susceptible de depreciación por desgaste o rotura; mas no es aceptable cuando la estimación se hace por el precio comercial en 31 de diciembre del año gravable, de que habla el artículo 100 del mismo Decreto. (Sentencia de 18 de septiembre de 1941).

835

Impuestos nacionales (concepto de renta). Es preciso no confundir el impuesto de donaciones con el impuesto sobre la renta que pueda afectar el objeto de la donación. El segundo es de cargo del donatario, quien recibe la utilidad o beneficio y para quien puede constituir renta la donación, ya mediata, ya inmediatamente. Si alguien da a otro gratuitamente una casa para que éste la habite con su familia, el donante deja de percibir arrendamientos, es decir, deja de recibir renta. Falta, por este aspecto, uno de los elementos que la ley

Páginas.

— artículo 1º de la Ley 78 de 1935— señala como condición para que haya renta, como es el de que se **reciba** por el contribuyente un beneficio o utilidad. Por otra parte, al ceder el dueño gratuitamente la casa, no lo hace o **no lo lleva a cabo con miras de lucro**, y por tanto, según la expresión de la ley, tampoco puede ser gravada esa operación en cabeza del dueño con el impuesto sobre la renta. (Sentencia de 28 de agosto de 1941).. 930

Impuestos nacionales (concepto de renta). El concepto de renta, en sentido genérico, es todo beneficio o utilidad provenientes del ejercicio de una actividad personal o de un bien material. La renta, para el sujeto a quien se atribuye, debe ser algo real, percibido, capaz de aumentar su haber de modo efectivo. En un contrato gratuito, en que uno de los contratantes recibe el beneficio o utilidad, y el otro nó, para el último no se ha producido una renta como sí se ha producido para el primero. Un profesional que resuelve no cobrar por sus servicios, un dueño que da en comodato sus muebles o semovientes o que constituye gratuitamente un derecho de uso o habitación sobre un inmueble, no obtienen una renta. Sí la obtienen, en cambio, los beneficiados. Estos conceptos están de acuerdo con el que la ley colombiana ha adoptado como norma para gravar la renta, según el cual es condición, para que las actividades de los ciudadanos sean materia de imposición, que se lleven a cabo con miras de lucro, y que, cuando haya en realidad provento, la renta que éste constituye sea **recibida** por el contribuyente dentro del año gravable. (Sentencia de 28 de agosto de 1941).... 930

Impuestos nacionales (costo de materias primas). Cuando para fijar el precio de costo de las materias primas empleadas en la industria, la Jefatura de Rentas ha llevado a cabo las averiguaciones del caso, según se acredita en el expediente, no puede decirse que tal oficina haya obrado incon-sulta o arbitrariamente. Las declaraciones en sentido contrario, presentadas por el contribuyente, para comprobar que el precio de las referidas materias primas es superior al deducido por la Jefatura, no pueden aceptarse como pruebas, cuando han sido recibidas extrajuicio y no han sido ratificadas durante el término probatorio del juicio, al tenor de lo estatuido en el artículo 693 del Código Judicial. (Sentencia de 31 de julio de 1941).... 1016

Impuestos nacionales (deudas sin valor). El numeral 5° del artículo 2° de la Ley 78 de 1935 permite deducir de la renta bruta las deudas que manifestamente no tengan valor y que se hayan descargado durante el año gravable. Esta deducción exige dos requisitos: a) Que se compruebe la efectividad del descargo en los libros del contribuyente, y b) Que se justifique ese descargo. El primer requisito se cumple con la manifestación a que se refiere el inciso 7° del artículo 47 del Decreto 818 de 1936, de que no se ha autorizado reserva para las deudas, y la justificación del descargo deberá comprobarse en cualquiera de las formas que indica el mismo artículo 47. El decreto exige esa justificación, precisamente para el caso de deudas sin valor no respaldadas con reserva, distintas de las deudas de dudoso o difícil cobro, amparables con reserva. De otro modo, el fraude a la ley sería muy fácil. Si un contribuyente no justifica el descargo de las deudas en la forma indicada por el reglamento, no son éstas deducibles de su renta bruta. (Sentencia de 17 de septiembre de 1941).... .

943

Impuestos nacionales (entidades bancarias). De conformidad con el artículo 10 de la Ley 57 de 1931, los establecimientos bancarios están autorizados para negociar con bonos de deuda interna, salvo la limitación impuesta en la parte final del ordinal 7° de dicho artículo, relativa a las obligaciones cuyos intereses de amortización estén atrasados. El artículo 40 del Decreto 818 de 1936 considera que una persona, natural o jurídica, negocia en papeles de crédito cuando, por sí o por medio de comisionistas, compra **habitualmente** esos papeles para venderlos a clientes o permutarlos con ellos, con la mira de obtener ganancias y utilidades. Y el ordinal 2° del artículo 1° de la Ley 78 de 1935 dispone que la ganancia obtenida o la pérdida sufrida en la venta o cambio de propiedades muebles, se considerará como aumento o pérdida de capital, a menos que tales operaciones se efectúen por una persona que tenga el negocio de comprar o cambiar tales propiedades, caso en el cual las ganancias o las pérdidas se considerarán como rentas sujetas al impuesto o como deducciones de la renta bruta. Si una persona se ocupa ordinariamente en el negocio de comprar y vender fincas raíces, con el propósito de obtener utilidades, éstas forman parte de su renta; si una persona vende la casa

Páginas.

en que vive, para comprar otra con el mismo destino, la ganancia que obtenga acrece a capital y no a renta. Si un banco contribuyente se ocupa habitualmente en el negocio de papeles de crédito, las pérdidas son deducibles de la renta bruta; en caso contrario, las pérdidas son imputables a capital. Cuando no se ha demostrado que un banco contribuyente negocie ordinariamente en papeles de crédito, sino sólo se trata de unos bonos de deuda interna, recibidos como dación en pago, es decir, de una operación aislada, la pérdida sufrida en el negocio es imputable a capital. Ni se arguya que esta clase de operaciones cabe dentro del giro ordinario de los negocios bancarios, porque lo que se trata de averiguar es si determinado banco negocia habitualmente o no en estos papeles. Un banco puede dedicarse a la explotación de ciertos negocios autorizados por la ley, y no a otros también permitidos legalmente. Hay bancos, por ejemplo, que tienen secciones fiduciarias y otros no. (Sentencia de 17 de septiembre de 1941)... ..

943

Impuestos nacionales (estimación del patrimonio). La cuestión estriba en determinar si la estimación del valor de la flota de una compañía de navegación debe hacerse por su precio de costo, conforme al artículo 98 del Decreto 818 de 1936, o por su precio comercial en 31 de diciembre del año gravable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del mismo Decreto. No estando obligada la compañía contribuyente a practicar los inventarios de que trata el artículo 31 del Decreto 818, puesto que sus ingresos no provienen de la producción, extracción, transformación, compra o enajenación de materias primas, productos y frutos naturales, semovientes u otras mercancías, ni del giro ordinario de compra y venta de inmuebles, a la luz del artículo 100 del Decreto en mención, puede estimar su flota por el precio comercial que tuvo en 31 de diciembre del año gravable. Las razones aducidas en favor de la tesis de que debe estimarse el activo fijo de un contribuyente por el precio de costo y no por el precio comercial, habida consideración a la estabilidad del primero, pueden ser valederas para que se reforme el artículo 100 del Decreto 818 de 1936, pero no para dejar de aplicarlo en los casos que él contempla. (Sentencia de 18 de septiembre de 1941).... ..

835

- Impuestos nacionales (exenciones por personas a cargo).** Cuando en autos obra la demostración plena de que las personas a cargo del contribuyente durante el año gravable, tienen peculio propio, y que a estas personas el mismo contribuyente les pagó por razón de arrendamientos determinadas cantidades, carece de fundamento y apoyo legal la exención solicitada por este concepto, pues el ordinal 4º del artículo 8º de la Ley 78 de 1935 exige para tener derecho a la exención, que las personas a cargo no tengan peculio propio. (Sentencia de 31 de julio de 1941)..... 1016
- Impuestos nacionales (gastos del negocio).** Cuando el contribuyente, al hacer su denuncia de renta, no ha discriminado los gastos cuya cuantía pretende que se le deduzca, y cuando las explicaciones dadas posteriormente son tan deficientes que de ellas no puede deducirse nada cierto relativamente a la inversión total de tal partida, no puede desecharse la apreciación de la Jefatura de Rentas que los objeta como exagerados. En lo relativo a deducciones —ha dicho repetidas veces el Consejo— al estimar el liquidador las verificadas por los contribuyentes, hecha a éstos la carga de la prueba de que sí gastaron determinadas sumas en hacer producir sus rentas, y con la sola objeción del liquidador, tratándose de deducciones, debe el interesado allegar la prueba del monto de éstas. (Sentencia de 31 de julio de 1941)..... 1016
- Impuestos nacionales (gastos personales).** Los gastos personales del contribuyente y de su familia no son deducibles de la renta bruta, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 78 de 1935. (Sentencia de 31 de julio de 1941).... 1016
- Impuestos nacionales (libros de los contribuyentes).** Se arguye que el artículo 30 de la Ley 224 de 1938 vino a dar fuerza legal a los artículos 30 y 31 del Decreto 818 de 1936, al decir en su parte final: “Esto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 30 y 31 del Decreto 818 de 1936, que rige para toda clase de contribuyentes.” Mas si, de conformidad con el principio consagrado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, las solas referencias que se hagan a una ley derogada no podrán revivirla, mientras la disposición derogada no aparezca reproducida en una ley nueva, con mayor razón la sola referencia a los artículos de un decreto reglamentario, no podrá conferirles la fuerza legal de que carecen. No es posible convalidar o ratificar lo que

nunca ha tenido existencia jurídica, ni por virtud de la simple referencia de una ley posterior adquiere eficacia el reglamento que jamás la tuvo, por carecer de base en la ley reglamentada. Para que tuviera eficacia la obligación de llevar libros los contribuyentes no comerciantes, era preciso que la Ley 224 de 1938 la hubiera establecido de modo expreso. (Sentencia de 31 de julio de 1941)....

977

Impuestos nacionales (libros de los contribuyentes). Cuando las actividades de un contribuyente no pueden considerarse incluidas entre las que la ley denomina actos de comercio, no le son aplicables los artículos 27 y 28 del Código que rige la materia. Además, cuando los comerciantes, por no llevar libros, incurren en las sanciones previstas en los artículos 39 y siguientes del mismo Código, corresponde imponer esas sanciones a las Cámaras de Comercio y no a los funcionarios de Hacienda. Y el artículo 30 del Decreto 818 de 1936, que impone a los contribuyentes no comerciantes la obligación de llevar libros, es inaplicable, por cuanto exige una formalidad no prevista en la ley reglamentada, y son, por consiguiente, ilegales las multas con que se sancione el incumplimiento de esa formalidad, ya que el reglamento no puede establecer penas que no estén previstas en la ley reglamentada, y cuando hay contradicción entre la ley y el reglamento, prevalece la primera. (Sentencia de 31 de julio de 1941)....

977

Impuestos nacionales (libros de los contribuyentes). El Decreto número 818 de 1936, en sus artículos 30 y 31, impone a los contribuyentes no comerciantes la obligación de hacer registrar un libro de ingresos y egresos y uno de inventarios y balances, y el artículo 129 autoriza a los funcionarios de Hacienda para imponer multas a los que desobedezcan estas disposiciones. Pero ninguna de las leyes tributarias ha dado autorización al Gobierno para exigir libros a los no comerciantes ni para sancionar con multas, tanto a éstos como a los comerciantes que no presenten los suyos con las formalidades legales en las Oficinas de Hacienda. La facultad reglamentaria del Gobierno no puede salirse de la órbita señalada por la ley, y estando en conflicto con ésta una ordenación reglamentaria, se debe desechar el reglamento por acato al principio de la separación de los Organos del Poder Público. Sorprende que, siendo constante la jurisprudencia del Consejo de Estado en este

sentido, los funcionarios de Hacienda continúen aplicando los artículos 30, 31 y 129 del Decreto 818 de 1936, cuya ilicitud ha sido puesta de manifiesto en muchas sentencias. Proceder tanto más grave cuanto que no produce otro efecto que obligar a los contribuyentes a presentar demandas y a gravarse con los gastos y las zozobras que todo pleito lleva consigo. (Sentencia de 5 de agosto de 1941).....

870

Impuestos nacionales (multas por falta de libros). Las disposiciones del Decreto 818 de 1936, que imponen la obligación de llevar libros a las personas no obligadas a ello por el Código de Comercio y sancionan el incumplimiento del mandato, son ilegales y por consiguiente inaplicables, en virtud del principio de preferencia de la ley sobre el reglamento ejecutivo. Si se trata de un comerciante que sí lleva libros pero con descuido o falta de puntualidad en los asientos, no es el Decreto 818 el aplicable, sino el Código de Comercio, el cual atribuye competencia para imponer la sanción correspondiente, a las Cámaras de Comercio, no a los funcionarios liquidadores del impuesto sobre la renta. (Sentencia de 15 de julio de 1941).

950

Impuestos nacionales (partidas no gravables). No es deducible de la renta bruta la partida pagada por un contribuyente, por concepto de gastos de administración a la casa matriz, que funciona en el Exterior, porque esa suma se invirtió en pago de sueldos a empleados extranjeros, sin domicilio en el país, no gravables en Colombia. Esta tesis ha sido aceptada en varios fallos del Consejo, con base en lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 76 del Decreto 818 de 1936, precepto que no puede tacharse de contrario a la ley orgánica, porque encuentra sólida base en el ordinal 1º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935. La razón de estas disposiciones es muy clara: si una persona natural o jurídica paga a otra por servicios una suma de dinero, y esta última persona es contribuyente del impuesto sobre la renta, la deducción procede a favor de la que verificó el pago, porque, de lo contrario, el Estado percibiría un tributo mayor del que le corresponde al gravar la renta del que percibió, y al no deducir la suma respectiva de la renta bruta de quien hizo el pago; pero cuando el que recibe dinero en compensación de servicios no es gravable en Colombia, la deducción de la renta bruta del que paga no procede, porque

el Estado dejaría de percibir un tributo a que tiene derecho. (Sentencia de 17 de septiembre de 1941)..... 943

Impuestos nacionales (revisión contencioso-administrativa).

Aunque la jurisprudencia del Consejo ha admitido en algunos fallos que la jurisdicción contencioso-administrativa, al revisar las liquidaciones del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, puede reformarlas para hacer más gravoso el tributo, también en otros casos ha rectificado tal doctrina y expresado que incurre en error un Tribunal Administrativo al fijar el patrimonio de un contribuyente en una cuantía mayor que la fijada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, teniendo en cuenta que ello va en perjuicio del contribuyente y que la demanda de revisión de la liquidación se extiende solamente a lo desfavorable, como puede verse, entre otros fallos, en el de 28 de junio de 1940, publicado en los **Anales del Consejo de Estado**, números 290 a 292, página 309. (Sentencia de 18 de septiembre de 1941).....

835

Incapacidad (concepto jurídico). El fenómeno de la incapacidad debe individualizarse, contemplarse en relación con la persona que lo alega, atendiendo a las condiciones de edad, sexo, medio social y económico, etc. Un varón, que a los veinte o veinticinco años se halle en incapacidad de ganarse la vida mediante un trabajo mental, si por otra parte tiene un organismo físicamente íntegro, puede dedicarse a un oficio o profesión distintos: afectado de una incapacidad relativa, no está en incapacidad de ganarse lo necesario para su sustento. Una mujer de cuarenta y seis años, que ha gastado más de veinte en la profesión de maestra de escuela, con un organismo débil, en peligro inminente de llegar a la pérdida total de las facultades mentales, habituada a determinado medio social y económico, al tener que abandonar su profesión de maestra, por incapacidad mental, queda en un estado de incapacidad para ganarse lo necesario para su sustento, pues le será muy difícil emprender un oficio o profesión distinta, que, al menos en parte, sustituyan la que hubo de abandonar. Esa maestra se halla, pues, en el caso que contempla el numeral 6° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913, que otorga la gracia de la pensión a quienes, sin ser mayores de cincuenta años, se hallen en incapacidad, por en-

fermedad u otra causa, para ganar lo necesario para su sostenimiento. (Sentencia de 20 de agosto de 1941)..

922

Inmuebles (fuera del comercio). La orden dada por un funcionario de Hacienda a un Registrador de Instrumentos Públicos para que se abstenga de inscribir las enajenaciones de inmuebles que hagan determinadas personas, contiene **prima facie** una disposición contraria a todo nuestro sistema legal, que sólo permite sacar bienes del comercio mediante embargo o demanda judicial. Sólo en juicio con jurisdicción coactiva, mediante embargo, pueden los funcionarios de Hacienda trabar enajenaciones de inmuebles determinados. Pero, en ningún caso, tienen facultad para dictar una orden de carácter universal, que impida la enajenación de inmuebles a determinadas personas. (Auto de 15 de septiembre de 1941)....

872

Inspección ocular (mérito probatorio). No obstante la deficiencia de que no se recorrieron los linderos de que tratan los títulos de propiedad presentados por la parte opositora y de que el dictamen de los peritos no se perfeccionó porque no se cumplieron respecto de él las ritualidades que exige el artículo 719 del Código Judicial, si aparece que un hecho, materia de la inspección, fue observado directamente por el Juez, hecho consistente en que a la vista del Inspector aparece que un lote pedido en adjudicación como baldío, está comprendido dentro de los linderos de los terrenos de que dan cuenta los títulos presentados por la parte opositora, debe tenerse como plenamente probado el hecho en cuestión, ya que, conforme al artículo 530 del Código Judicial, "el acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez." (Sentencia de 19 de agosto de 1941)..

913

J

Jueces de Rentas (agentes del Gobernador). Las funciones de los Jueces de Rentas no pueden ser otras que las de evitar el fraude, reprimir el contrabando y, en general, ejercer todas las actividades encaminadas al mejor recaudo de las rentas departamentales. La naturaleza de las funciones de estos empleados los colocan como agentes del Gobernador, subordinados a la autoridad de éste, quien en el numeral 2° del artículo 192 de la Constitución tiene señalada la atribución de

“dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando todas las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración.” La Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto: “A los Gobernadores compete privativamente hacer los nombramientos de todos los empleados departamentales que deben funcionar en calidad de agentes o auxiliares suyos, bajo su dirección inmediata, y por consiguiente debe considerarse inexecutable toda disposición de las ordenanzas que, en cualquier forma, restrinja o arrebate a los Gobernadores esa potestad constitucional.” En idéntico sentido sentó doctrina el Consejo de Estado en sentencia de 12 de julio de 1915. Finalmente, el artículo 282 del Código de Régimen Político y Municipal establece que la determinación del periodo de un empleado en nada coarta la facultad de removerlo, si ésta se le ha conferido expresamente a alguna autoridad, como sucede con los Jueces de Rentas respecto de los Gobernadores. (Sentencia de 2 de julio de 1941)

858

Juicios (costas y perjuicios). No hay fundamento legal que permita hacer la condenación en costas, tratándose de un Departamento, entidad que por disposición expresa de la ley no puede ser condenada en ellas. En relación con los perjuicios, la acción respectiva no cae bajo la jurisdicción contencioso administrativa y debe ejercitarse ante otras autoridades. (Sentencia de 2 de agosto de 1941)

907

M

Maestros (destitución). Comprobada la posesión de una maestra del cargo de directora de determinada escuela, el decreto que nombra nueva directora de la misma escuela constituye una destitución de la antes nombrada. Y 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 los Decretos 1602 de 1936 y 1829 y 2255 de 1938. Cuando no aparece comprobado que una maestra haya cometido actos de los que permiten su destitución, ni la Gobernación ha acatado las normas de procedimiento que deben observarse en estos casos, es nulo el decreto que nombra otra maestra para reemplazarla y, en consecuencia, debe ordenarse

el pago de los sueldos correspondientes al período comprendido entre la destitución y la restitución al cargo, cuando así se ha solicitado en la demanda. (Sentencia de 22 de julio de 1941).....

974

Marcas de fábrica (oposiciones). Posteriormente a la expiración del término de treinta días, de que habla el artículo 36 de la Ley 31 de 1925, concurrió ante el Ministerio del ramo el apoderado del opositor, en nombre del cual había intentado en anteriores memoriales la oposición como agente oficioso, oposición que el Ministerio no había tomado en cuenta, por falta de la caución de que trata el artículo 6° de la Ley 94 de 1931. Considera el Ministerio que la última solicitud, por extemporánea, no podía ser atendida, y el apoderado del opositor afirma que los efectos de la última solicitud deben retrotraerse a la época en que hizo la presentación de su primer memorial como agente oficioso, puesto que la ratificación del opositor produce tales efectos desde la fecha en que se instauró la oposición. La ratificación produce el efecto de un mandato retrospectivo, pero sólo entre el mandante y el mandatario, no con relación a terceros, cuyos derechos no pueden perjudicarse. Presentado el poder vencido el término de que trata el artículo 36 de la Ley 31 de 1925, y siendo inadmisibile la oposición del agente oficioso por falta de la caución, surge a favor del solicitante del registro un claro derecho a que se adelante y resuelva favorablemente su petición. Al disociar el Ministerio las solicitudes, considerándolas independientemente, sigue la tesis de que la presentación del poder no sana la situación jurídica anterior, puesto que el presunto opositor ningún derecho podía alegar, desde luego que no había otorgado la caución respectiva, y entonces la última solicitud es la verdadera oposición, pero formulada extemporáneamente, por la cual tampoco podía tramitarse. (Sentencia de 2 de septiembre de 1941).... ..

1039

Marcas de fábrica (oposiciones). Siendo una obligación perentoria del presunto opositor prestar la caución de que trata el artículo 6° de la Ley 94 de 1931, mientras tal cosa no ocurra, no puede el Ministerio del ramo ocuparse de la solicitud de oposición sino para decidir que no debe tomarse en consideración. Si está acreditado que el agente oficioso, dentro de los seis días hábiles siguientes a la presentación del memorial de oposición —ar-

título 8º del Decreto 1707 de 1931 —, no otorgó la caución, el Ministerio no se hallaba ante una verdadera oposición, que le estorbara conceder el registro de la marca al solicitante, porque la tramitación de la oposición no podía hacerse sino cuando se hubiera constituido la caución.

(Sentencia de 2 de septiembre de 1941)... .. 1039

Marcas de fábrica (procedimiento administrativo). Las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931 y el Decreto 1707 de 1931 contienen un procedimiento especial para el reconocimiento del derecho a usar marcas comerciales, que se lleva a cabo administrativamente mientras no surjan derechos de terceros en pugna con los que están en vía de reconocerse, pues en tal caso el conocimiento del negocio corresponde a la justicia ordinaria, única que puede dirimir conflictos entre particulares por razón de intereses de orden estrictamente privado. La resolución que concede el registro de una marca es un acto unilateral de la administración, el cual crea una situación subjetiva de derecho, una situación concreta en favor del solicitante. La relación de derecho que surge de la solicitud de inscripción de una marca de fábrica, opera únicamente entre el solicitante y la administración, lo cual quiere decir que en esta clase de asuntos no puede haber partes, salvo el caso de la oposición contemplada en las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931. El hecho, pues, de cometerse irregularidades u omisiones en el procedimiento, como no haberse decidido nada acerca de una petición de inadmisibilidad del registro, o no haberse sustanciado debidamente las solicitudes sobre oposición, no puede ser causal suficiente para invalidar lo actuado, sobre la suposición de que tales omisiones o irregularidades lleven hasta poder decretar la nulidad del acto, en virtud del cual se hizo el reconocimiento del derecho del solicitante. El Ministerio —de la Economía Nacional— no puede válidamente revocar su propia resolución, ni aun mediante la tramitación de una causal de nulidad. La resolución que concede el registro de una marca sólo puede anularse mediante el recurso contencioso administrativo. (Sentencia de 2 de septiembre de 1941).... .. 1039

Militares (pensiones de retiro). Cuando el Oficial se encuentra dentro de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 75 de 1925, por haber sido retirado del Ejército durante la vigencia de la Ley 7ª de 1922 y

antes de la expedición de la 75 de 1925, el valor de la pensión que le corresponde es el cincuenta por ciento del sueldo correspondiente a su grado cuando entró a regir esta última. Para señalar la cuantía de la pensión no se puede tener en cuenta el sueldo que actualmente devenga—en el momento de reconocérsele la gracia—un Oficial del mismo grado, porque la misma disposición que concede la gracia—artículo 19 citado—deja ver que el sueldo a que se refiere el legislador es del Oficial en la época en que se expidió la ley y no otro distinto. De otra suerte, los militares a quienes oportunamente se reconoció pensión, podrían, ya que las providencias de esa naturaleza no causan ejecutoria, solicitar aumento de sus pensiones cada vez que el sueldo correspondiente a su grado fuera aumentado, lo cual, a más de ilegal, sería perjudicial para el Tesoro Público. (Sentencia de 26 de septiembre de 1941)... ..

1027

Militares (retiro de aviadores). Un aviador no puede obtener retiro con pensión mientras no haya cumplido los años de servicio que establece la Ley 6ª de 1936, aun cuando tenga en su registro de horas de vuelo una cantidad mayor de la que requieren las disposiciones del Decreto reglamentario número 1706 de 1940; pero éste estableció, además, como causal de retiro con pensión, dentro de los ocho años de servicio, un minimum de horas de vuelo, requisito este último que debe satisfacerse, puesto que el Gobierno podía legalmente señalar las causales de retiro, y el acto por medio del cual cumplió esa función no es contrario a la norma que lo autorizó, ya que la ley no le fijó ninguna limitación para determinar esas causas. (Sentencia de 22 de agosto de 1941)... ..

927

Minas (contratos de explotación). Los artículos 1º de la Ley 13 y 1º del Decreto número 1343 de 1937, autorizan al Gobierno para celebrar contratos en orden a la explotación de las minas de aluvión de metales preciosos, de la reserva nacional, ubicadas en las riberas de los ríos navegables. Fundado en el artículo 24 del Decreto que le atribuía jurisdicción, el Ministerio de la Economía Nacional declaró infundadas las oposiciones que se habían formulado a una propuesta de contrato y dispuso la celebración de éste. Pero el artículo 24 era contrario a la Constitución, como lo declaró luego la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de febrero de 1941, y como los funcionarios públicos

están en la obligación de no aplicar las disposiciones reglamentarias cuando son contrarias a la Constitución, según lo preceptúa el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, los actos que con fundamento en una disposición reglamentaria así viciada se lleven a cabo, son inválidos, y es manifiesto que el Ministerio carecía de jurisdicción para fallar las oposiciones. Si el Ministerio es competente para admitir las oposiciones, no lo es para decidir las, y, por tanto, las formuladas a la propuesta de contrato deben considerarse como no decididas aún legalmente, lo que lleva a concluir que no ha llegado la oportunidad legal de proceder al perfeccionamiento del contrato, y al celebrarlo el Ministerio no obró con sujeción a las normas legales. (Dictamen de 25 de julio de 1941).

902

Multas (ilegalidad). Así como el Órgano Ejecutivo, al reglamentar las leyes, no puede crear penas que no figuren en la ley reglamentada, tampoco pueden hacerlo los Gobernadores, en las mismas circunstancias, al tratarse de la reglamentación de las ordenanzas. Cuando las disposiciones de la ordenanza, que se invocan como base del reglamento, no señalan multas, el artículo del Decreto reglamentario que castiga el incumplimiento con multas sucesivas, pugna, **prima facie**, con la ley, máxime cuando entre las atribuciones de los Gobernadores no figura tal facultad. (Auto de 17 de septiembre de 1941).....

988

Municipios (creación). Si de acuerdo con el censo de 1938 el total de habitantes de un Municipio es de 13.066, dentro de esta cifra no puede cumplirse el mandato legal—artículo 1º de la Ley 49 de 1931, en armonía con el 186, numeral 4º, de la Codificación Constitucional, y el 97, numeral 22, del Código de Régimen Político y Municipal—para que el nuevo Municipio que de él se segrega tenga 8.000 habitantes, quedando el antiguo con 12.000. Pero para que pudiera estimarse violada la ley por este concepto con base en los datos del censo, sería necesario que el censo se hubiera hecho como una función regular del Estado, es decir, que los hechos que la ley señala para el efecto de la creación se hayan cumplido exactamente. Si esos hechos antecedentes no se han cumplido, o se han cumplido con visible imperfección, no podría afirmarse que existe la realidad que el Estado busca con el levantamiento del censo como para operar sobre ella. El censo debe expresar una rea-

lidad, y esa realidad es la que debe estimarse aprobada por el Congreso. Si la realidad no ha existido, porque la cifra expresada no está fundada en los elementos indispensables para conocer la verdad, no es posible concluir que, por la sola circunstancia de haberse aprobado el censo, la cifra debe tenerse como inmodificable dentro del proceso de creación de un Municipio, en el cual se ha establecido lo contrario. (Sentencia de 14 de agosto de 1941).... . 958

Municipios (creación). El estudio detenido de las pruebas presentadas por el actor, que demanda la nulidad de la ordenanza por la cual se crea un Municipio, sólo sería pertinente si examinadas las pruebas de la oposición, que se orientan por la afirmación, es decir, a comprobar que si se han llenado las condiciones legales para la creación del Distrito, estas últimas no fueren efectivas. (Sentencia de 14 de agosto de 1941).. 958

Municipios (límites provisionales). La indeterminación de linderos entre dos Municipios ofrece problemas para el ejercicio de la jurisdicción civil y de la penal, cobro de impuestos municipales, cuestiones electorales, etc. Si las Asambleas tienen la facultad de aclarar en definitiva los límites dudosos entre dos Municipios mediante el lleno de los requisitos legales, a *fortiori* la tienen para resolver provisionalmente las dificultades que se presenten y establecer un *modus vivendi*, aunque no se llenen a cabalidad los requisitos exigidos para la solución definitiva. De lo contrario, el grave perjuicio causado por la indeterminación de linderos se prolongaría indefinidamente por carencia de autoridad competente para resolverlo siquiera provisionalmente. Si en principio debe respetarse el *statu quo* o las posesiones de los diferentes Municipios, no sucede lo propio cuando las líneas divisorias apenas están trazadas imaginariamente, sin haberse materializado en el terreno por medio de hitos o mojones u otras señales que las hagan ostensibles. (Sentencia de 18 de julio de 1941)..... 893

Municipios (traslado de cabeceras). El artículo 7º de la Ley 71 de 1916 impuso a las Asambleas determinadas condiciones para poder trasladar las cabeceras de los Municipios de un lugar a otro. La Ley 25 de 1935 modificó las condiciones que había impuesto la Ley 71 de 1916 e impuso algunas nuevas. La ley posterior limitó más las facultades de las

Asambleas en lo relativo al traslado de las cabeceras municipales, pues al paso que la anterior sólo exigía la solicitud del Concejo y de quinientos ciudadanos, previo concepto del Gobernador, la nueva ley exige otros requisitos como la existencia habitual de ciudadanos aptos para el desempeño de empleos públicos, la existencia de locales para oficinas públicas, concepto favorable del Gobernador, etc. La única modificación favorable al arbitrio de las Asambleas fue la relativa al concepto de los Concejos, pues conforme a la primera ley no sólo era necesario este concepto, sino que la solicitud de traslado debía ser hecha por el propio Concejo, en tanto que conforme a la segunda, debe oírse el concepto del Concejo, pero la Asamblea no tiene obligación de subordinarse a esa opinión. La intención, tanto de la Ley de 1916 como de la Ley de 1935, fue poner un dique a la arbitrariedad de las Asambleas, a fin de que no pudieran proceder discrecionalmente al cambio de cabeceras municipales, sino subordinándose a las circunstancias especiales de cada lugar. Pueden las Asambleas ordenar el cambio de cabeceras, pero acomodándose a las condiciones exigidas por el artículo 1º de la Ley 25 de 1935, todas obligatorias y que deben aparecer previamente acreditadas para poder expedir la respectiva ordenanza de traslado. Faltando uno cualquiera de los requisitos exigidos por dicho artículo 1º, la ordenanza se expide con violación de la ley y no puede tener existencia jurídica, sin que sea menester estudiar si se cumplieron o nó los demás, pues basta que falte uno solo de ellos para que el acto esté viciado de nulidad. (Sentencia de 15 de julio de 1941).....

866

Municipios (traslado de cabeceras). Una cosa es que, llegado el momento de acreditar que se está en el goce de los derechos de ciudadanía, sea la cédula el documento indicado para ello, sin que sea el único medio, y otra muy distinta que quien no posea dicho documento carezca por lo mismo de la calidad que la Constitución confiere a todos los colombianos mayores de veintiún años. Tampoco puede sostenerse que sea necesaria la presentación de la cédula para acreditar la vecindad, sobre el supuesto de que solamente las personas que figuren en el censo electoral por haber obtenido la cédula en determinado Municipio, son las que pueden considerarse como vecinos, pues por una

parte, no puede afirmarse que una persona es vecina del lugar donde se le expidió la cédula, y por otra, puede un ciudadano avecindado en un lugar conservar su cédula de ciudadanía expedida en otro. De lo expuesto se deduce que, tratándose de la solicitud hecha por más de trescientos ciudadanos del respectivo Municipio, que exige el ordinal a) del artículo 1º de la Ley 45 de 1931, para la traslación de las cabeceras municipales, es a quien afirma que dicha solicitud no se hizo en forma legal a quien incumbe probar su aserto, en el sentido que los individuos que figuran como firmantes del memorial dirigido a la respectiva Asamblea no son ciudadanos, o que no saben leer ni escribir, pues no es indispensable comprobar previamente la calidad de ciudadano para hacer esa petición. (Sentencia de 30 de septiembre de 1941)....

1053

N

Nulidades (aplicación restrictiva). La nulidad es una sanción determinada en forma expresa por la ley y, de consiguiente, su aplicación debe ser restrictiva. El Código Judicial enumera taxativamente cuáles son esas nulidades en el procedimiento, y al intérprete no le es dado salirse de esa enumeración bajo ningún pretexto. Las leyes administrativas no le agregan a esa enumeración ninguna otra y, en consecuencia, el juzgador, sea en materia civil o administrativa, debe ceñirse estrictamente al Código citado. Por eso el Ministerio—de la Economía Nacional—después de dictar con carácter definitivo la resolución por la cual concedía en favor del solicitante el registro de una marca de fábrica, no podía retrotraer las cosas a un estado anterior, aplicando por analogía el artículo 455 del Código Judicial, para poner en conocimiento de las partes una causal de nulidad que no existía. Además, el artículo 455 sólo faculta al Juez para poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad, **antes de decidir sobre lo principal**, pero en ningún caso para hacerlo después de resuelto el asunto, que fue el procedimiento adoptado por el Ministerio. (Sentencia de 2 de septiembre de 1941)....

1039

Nulidades (declaración). Es contradictorio un auto en cuyo punto primero el Tribunal se declara inhibido para conocer del negocio, por no ser de su competencia; en el segundo, lo decide en el fondo,

negando la solicitud sobre suspensión provisional, y en el tercero, revoca un auto anterior, que estaba ejecutoriado, sobre admisión de la demanda, y declara sin valor ni efecto lo actuado posteriormente, cosa que no podía hacer el Tribunal, por cuanto entraña una declaración de nulidad. Antes de que el negocio se encuentre en estado de decidir definitivamente sobre lo principal del juicio, sólo las partes pueden pedir que se declaren las nulidades observadas, mediante la sustanciación de una articulación, como así lo disponen los artículos 455 y 456 del Código Judicial. (Auto de 12 de septiembre de 1941)..

831

Nulidades (declaración). El Consejo, al confirmar la providencia del inferior, por la cual se negaba la suspensión provisional del acto acusado, no podía declarar la nulidad de lo actuado hasta entonces, por incompetencia de jurisdicción, si las partes no habían pedido que se declarara en la forma prevista en el artículo 456 del Código Judicial; el Consejo no podía hacer tal declaración de oficio sino a tiempo de decidir sobre lo principal, como lo dispone el artículo 455 de la misma obra. (Sentencia de 27 de septiembre de 1941)....

851

O

Oposiciones (al registro de marcas). La oposición, a nombre de quien no ha conferido poder, consta de dos etapas, claramente señaladas en la ley: la primera, en la cual se formula la oposición, seguida del otorgamiento de la caución correspondiente; la segunda, la ratificación que se hace sobre la base de que se han cumplido las formalidades de la primera etapa. Si falta uno de los requisitos en que se asienta el derecho de iniciar la oposición, la ratificación no puede producir efectos. Si la oposición formulada en tiempo se desestimó por no haberse constituido la caución de que trata el artículo 8º del Decreto 1070 de 1931, la ratificación, hecha fuera de tiempo, no puede retrotraerse a la fecha de la presentación inicial. La ley quiere que no se estorbe el derecho del solicitante a que se adelanten las gestiones administrativas para obtener el registro de la marca. Si llegado el vencimiento del plazo para hacer oposiciones, no se había constituido la caución, la presentación posterior del poder no puede sanear la

situación irregular en que venía actuando el agente oficioso del presunto opositor. (Sentencia de 2 de septiembre de 1941). 1039

Ordenanzas (debates). El primer debate de una ordenanza sólo tiene por objeto saber si la Asamblea quiere que se legisle sobre determinada materia, y en el segundo debate se reglamenta la materia en sus pormenores, pudiéndose suprimir artículos del primitivo proyecto y agregar artículos nuevos, los cuales no tenían por qué sufrir el primer debate, porque sólo en el segundo caben modificaciones. Los tres debates se exigen para el proyecto en general, pero no para cada una de sus disposiciones. Es censurable que en proyectos que tratan de una materia se introduzcan disposiciones que regulan materias completamente diferentes, mas este proceder no entraña vicio capaz de anular el acto. (Sentencia de 18 de julio de 1941). 893

Ordenanzas (violaciones del reglamento). La violación del reglamento de una Asamblea producida por una ordenanza no genera la nulidad de ésta, porque el reglamento es también una ordenanza y no una norma de carácter superior, cuya infracción conlleve la sanción de nulidad. (Sentencia de 18 de julio de 1941). 893

P

Pensiones (cosa juzgada). Cuando subsiste la misma causa, hay identidad de acción, y la parte es la misma, desde luego que los peticionarios obran como herederos del primitivo solicitante, aun cuando aparentemente la demanda tenga la forma externa de una nueva acción, en el fondo no es sino una solicitud de reconsideración del fallo que ya había sido proferido en el mismo negocio. (Sentencia de 2 de julio de 1941). 1029

Petróleos (prelación de las propuestas). Tratándose de dos propuestas, relativas a exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, ajustadas ambas a las disposiciones legales, en lo referente tanto a su aspecto técnico como a su fisonomía jurídica, presentadas ambas el mismo día, pero en horas diferentes, debe tenerse en cuenta la primera causal de prelación de que habla el artículo 16 de la Ley 37 de 1931 y debe ser preferido el primer proponente. Ni gramatical ni jurídicamente se puede afirmar que dos personas, que se presentan en distintos momentos a ejer-

cer un mismo derecho, se han presentado simultánea y no sucesivamente, asignándole al término **simultáneamente** una significación que no tiene en castellano y que destruye la causal de prelación o preferencia que a favor del primer proponente, o sea del que se presente antes que otro, con antelación siquiera sea de minutos, establece el ordinal 1º del citado artículo 16. No se diga que esa simultaneidad nace de lo estatuido en el Decreto ejecutivo número 1270 de 1931, cuyo artículo 37 dice en su parte final: "se entenderán hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día", porque similitudes o analogías de esa naturaleza, que no se compadecen con el significado gramatical de los términos y que en su aplicación vulneran derechos reconocidos por la ley, no pueden resultar sino de ficciones establecidas por el legislador, no por el Órgano Ejecutivo, cuya facultad de reglamentación está circunscrita a fijar los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, a llenar los vacíos que estorben la ejecución o el cumplimiento de la ley, sin ampliar o restringir el alcance de esos principios. (Sentencia de 25 de julio de 1941).....

998

Presupuestos (carácter administrativo). Se dice que el acto de formular el presupuesto es un acto de organización, porque en el fondo es un acto legal, y que, por consiguiente, no corresponde al Gobierno cuando la ley, como en el caso de las Intendencias y Comisarias, lo ha atribuido a las Juntas de Obras Públicas, y la Constitución—artículo 5º de la Codificación—ha reservado al legislador proveer a la organización y a la división administrativa de esas secciones. A esto se contesta que dentro del concepto de organización—dada la acepción que de la palabra **organizar** trae el Diccionario de la Academia—caben todos aquellos actos que tiendan a dar a las Intendencias y Comisarias estatutos especiales—electorales, judiciales o contencioso administrativos—o a crearlas o suprimirlas o anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, actos que corresponden al legislador. Pero que no cabe dentro del concepto de organización la expedición del presupuesto, acto esencialmente periódico y condición **sine qua non** para el correcto funcionamiento, durante el período respectivo, de los servicios que constituyen la vida administrativa. Para los expositores de Derecho Administrativo,

la expedición del presupuesto es el acto-condición típico. Carece, pues, de las características que distinguen a los actos legislativos o reglamentarios, que **organizan, crean** situaciones jurídicas. Siendo, por tanto, el presupuesto, un acto de administración, carácter que no altera la circunstancia de que su expedición en lo nacional esté atribuida al Congreso, en lo departamental a las Asambleas, y en lo municipal a los Concejos, tratándose de las Intendencias y Comisarias, entidades en las que no existen corporaciones análogas a las que compete privativamente su expedición, la modificación de los presupuestos elaborados o formulados por las Juntas de Obras Públicas, cae dentro de la órbita de las facultades del Gobierno, bajo cuya inmediata administración ha puesto el constituyente a las Intendencias y Comisarias. (Sentencia de 17 de septiembre de 1941).

984

Presupuestos (de las Intendencias y Comisarias). Al disponer el párrafo único del artículo 1° del Decreto número 2110 de 1932, que los presupuestos de las Intendencias y Comisarias sean devueltos por el Gobierno, para que por las Juntas de Obras Públicas se les hagan las correcciones necesarias, se refiere a los requisitos formales, no a la distribución de las rentas para atender a los gastos de la vigencia fiscal, y al preceptuar el artículo 7° del mismo Decreto que los traslados de partidas presupuestas sólo pueden hacerse por medio de Acuerdos de las Juntas, se refiere a los presupuestos ya aprobados por el Ejecutivo. (Sentencia de 17 de septiembre de 1941).....

984

Presupuestos (de las Intendencias y Comisarias). Lo que se propuso tanto la ley—Ley 96 de 1928 y artículo 7° de la Ley 10 de 1930—como los reglamentos—Decretos números 2089 de 1930 y 2110 de 1932—fue atribuir a las Juntas de Obras Públicas de las Intendencias y Comisarias la facultad de **formular** los presupuestos, de intervenir en la **preparación** de ellos, pero sometidos a la ulterior aprobación del Órgano Ejecutivo para su validez. En ninguna parte se dice que las Juntas tengan la facultad de expedirlos con fuerza obligatoria. Ni es posible aceptar que la intervención del Gobierno deba limitarse a devolver a las Juntas los acuerdos de presupuestos, para que obligatoria. Ni es posible aceptar que la intervención del Gobierno sería nugatoria, ya que las Juntas podrían declararse inconformes con las observaciones del Ejecutivo, y se correría el ries-

go de que los presupuestos intendenciales no llegaran a expedirse o se expidieran tardíamente, con grave menoscabo de la Administración Pública. El Gobierno, a quien la ley atribuye la facultad de aprobar o improbar los presupuestos de las Intendencias y Comisarias, con mayor razón la tiene para hacer en ellos modificaciones, correcciones o traslados, sin necesidad de nueva intervención de las Juntas de Obras Públicas. (Sentencia de 17 de septiembre de 1941)... ..

984

Pruebas (eficacia). En el campo del derecho privado lo que confiere eficacia a la prueba es la contradicción a que está sometida entre las partes. El funcionario que preside esa clase de litigios no puede, en movimiento propio, aducir nuevas pruebas distintas de las que, por voluntad de las partes, constituyen el proceso probatorio. En los debates civiles, los Jueces no pueden salirse de esta órbita y deben circunscribirse a definir la verdad relativa que resulte de los hechos acreditados por las partes. La facultad de investigar, de buscar la verdad intrínseca, es ajena a este procedimiento, que tiende únicamente a fallar de conformidad con la verdad procesal que hayan construido los interesados en el litigio. No ocurre lo mismo en el derecho público, bajo cuyo amparo el funcionario tiene obligación de buscar la verdad intrínseca, investigando en la forma que le parezca más acertada y construyendo, por su propia cuenta, el proceso probatorio, que es por naturaleza inquisitivo. No existiendo partes entre el Estado—que se empeña en hacer constar determinada situación real—y el particular que por cualquier concepto aparece mezclado a esa situación, las leyes han dado al funcionario amplitud para inquirir la verdad de las cosas sin sujeción a contradicción ninguna. En el procedimiento fiscal, en que el Estado no puede tener interés distinto del esclarecimiento de los hechos, sí debe dársele valor probatorio a los testimonios recibidos sin citación de un cuentadante, como se otorga suficiente mérito a las declaraciones recibidas en el procedimiento penal, sin que intervenga el reo. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941).... ..

875

R

Resoluciones ministeriales (publicación). El hecho de publicarse una resolución ministerial en la forma de un edicto de notificación de ella, no le resta efi-

cacia a la publicación si el edicto contiene la parte de la resolución que debe publicarse, que no es otra que la dispositiva, conforme al artículo 4º de la Ley 77 de 1931. El hecho de haber permanecido fijado el edicto durante los quince días que señalaba el artículo 2º de la Ley 53 de 1909, no se desvirtúa por el de la publicación del edicto durante la fijación, ni antes ni después. De conformidad con el citado artículo 2º, una resolución ministerial sólo quedaba ejecutoriada treinta días después de su publicación en el **Diario Oficial**, y desde entonces empezaba a correr el término para la presentación de la demanda de nulidad; pero por virtud de una disposición legal posterior y expresa—artículo 81 de la Ley 130 de 1913—este término se cuenta desde el día siguiente a la publicación del acto en el **Diario Oficial**, no desde la notificación o ejecutoria. (Auto de 27 de septiembre de 1941)... ..

849

Restablecimiento (del derecho). El decreto que dispone el traslado de una maestra a la dirección de una escuela distinta de la que venía regentando, no la priva, por ilegal que sea, de la posibilidad de seguir devengando el sueldo, ni menos de la acción para obtener la declaratoria de nulidad del decreto y hacerse restituir a su primitivo puesto, menos aún si no se demuestra la imposibilidad absoluta o siquiera relativa que la maestra tenga para desempeñar el puesto a donde fue trasladada, al menos mientras ejercita su acción contra el decreto. En estas condiciones no procede decretar a su favor el pago de los sueldos correspondientes al cargo primitivo desde que fue trasladada a otro, hasta cuando se la restablezca en el primero, por no haber quedado privada la maestra con el acto de promoción o traslado—no de destitución—de su sueldo, que podía seguir devengando, si concurría a prestar el servicio en el nuevo puesto. En cuanto a los perjuicios que por causa de la traslación haya podido sufrir la maestra, la ley le otorga acciones y vías de derecho adecuadas para su reparación. (Sentencia de 2 de agosto de 1941)... ..

907

Restablecimiento (del derecho). La acción de restablecimiento del derecho violado—artículo 4º de la Ley 80 de 1935—debe intentarse como consecuencia de la contencioso administrativa, y es preciso, además, que se haya ejercitado la acción privada. Este procedimiento es un desarrollo y aplicación del principio de la economía procesal, que tiende

a obtener el máximo de reconocimiento con el mínimo de costo y de procesos. Este principio se admite y aplica igualmente en el proceso penal, donde se acepta el ejercicio de la acción civil en orden a la reparación del daño patrimonial ocasionado por el delito. Pero así como la acción civil debe ejercitarse ante la justicia ordinaria cuando no se ejercitó en el proceso penal, debe aplicarse la misma regla cuando en el proceso contencioso-administrativo no se ejercitó la acción privada para el restablecimiento del derecho vulnerado. Debiéndose entonces iniciar un nuevo juicio para el solo efecto del restablecimiento del derecho, que es función propia de la justicia ordinaria, sería injurídico dejar de lado las normas comunes y adoptar en su lugar un procedimiento no autorizado por la ley. Si en el proceso en que se declaró la nulidad de una ordenanza y un decreto de la Gobernación, en lo relativo a determinados impuestos, no se ejercitó la acción privada y no hubo, por ello, lugar a que por la jurisdicción contencioso-administrativa se proveyera al restablecimiento del derecho violado, en el caso de reclamar luego el restablecimiento de ese derecho, mediante un nuevo juicio, éste no podría ya ventilarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ante la justicia ordinaria. (Sentencia de 16 de septiembre de 1941).....

937

S

Suspensión provisional (acción privada). La suspensión provisional de los actos acusados, en el concepto de inferir agravio a derechos civiles; se opera siempre que concurren los dos requisitos siguientes: que exista prueba, siquiera sumaria, del perjuicio que el acto acusado esté causando o en vía de causar, y que ese acto, que así lesiona intereses particulares, se haya dictado en oposición ostensible a normas superiores. La jurisprudencia ha aceptado que la violación de las normas debe aparecer a simple vista, porque la suspensión provisional puede trastornar el organismo de la Administración, sustentado concretamente en el acto acusado. La prueba, siquiera sumaria, del perjuicio, es esencial en los juicios intentados con acción privada, porque, no teniendo el demandante interés directo en la conservación de normas objetivas de derecho, debe acreditar la lesión particular sufrida, que haga necesaria la suspen-

sión del acto. Cuando se trata de la acción pública, en la cual puede operar la suspensión provisional sin la prueba del perjuicio del demandante, se estima que hay interés general en que se respeten las normas constitucionales o legales vigentes. El interés, en tal caso, es un interés mediató o indirecto, radicado en todo ciudadano para la defensa del orden jurídico de la Nación. (Auto de 15 de septiembre de 1941)....

872

Suspensión provisional (ejercicio de autorizaciones). En los casos de suspensión provisional, debe examinarse si hay una violación de norma superior que se presente **prima facie**. De lo contrario, habría que entrar a hacer análisis e interpretaciones, que exigirían un estudio a fondo del problema, propio del fallo definitivo. Solamente la presentación manifiesta de la violación lleva al estudio de los perjuicios. Cuando el Gobierno obra en virtud de una autorización otorgada por la ley, de existir en el decreto violación de la norma superior, no sería por falta de autorización, sino por extralimitación de ésta, y en este caso no sería suficiente la lectura y confrontación de las disposiciones, sino que debería hacerse un estudio interpretativo de ellas y aun de los preceptos constitucionales que dominan la materia, lo que equivaldría a estudiar el asunto a fondo. Aceptada la existencia de la autorización, lo que se debate es si la extensión y la oportunidad de su aplicación por parte del Órgano Ejecutivo están o nó de acuerdo con el espíritu que animó al legislador al dictar la autorización, y en estas condiciones no es procedente decretar la suspensión provisional del decreto acusado. (Auto de 19 de julio de 1941)....

954

Suspensión provisional (improcedencia). Cuando en la demanda se aducen motivos de violación de normas superiores por parte del acto acusado, que se refieren a cuestiones de fondo, no pueden decidirse en un auto de suspensión provisional, que sólo debe analizar lo que pueda apreciarse **prima facie**, sin hacer estudio sustancial alguno. La decisión de los motivos que contienen apreciaciones de derecho, no puede tomarse en el auto de suspensión provisional. Asimismo, el mérito que deba darse a determinadas pruebas, aducidas en el proceso, implica un análisis de fondo, ajeno a la apreciación superficial que comporta el auto de suspensión provisional. (Auto de 15 de septiembre de 1941)....

872

Suspensión provisional (procedencia). El ordinal d) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913, autoriza la suspensión provisional, cuando fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave. La jurisprudencia ha adoptado como doctrina que ese perjuicio puede considerarse en relación con los intereses de particulares o con los de la moral y de la ley. Ha de aparecer, por otra parte, en forma manifiesta, de suerte que para notarlo sea suficiente la presentación del asunto, sin necesidad de los razonamientos profundos que se requerirían para un fallo de fondo. Cuando del acto acusado no aparezca, pues, una violación manifiesta de la ley o de normas superiores, no podrá sostenerse que causa un perjuicio notoriamente grave al orden jurídico o a los intereses particulares. (Auto de 12 de septiembre de 1941)..... 934

T

Términos (finalidad). El no haber resuelto el Ministerio de la Economía Nacional dentro del término de diez días que señala el artículo 7º de la Ley 47 de 1926, sobre la confirmación o revocación de la resolución de un Gobernador, no acarrea, por sí solo, ningún vicio capaz de afectar en el fondo la legalidad de la resolución ministerial que revoca la providencia del Gobernador, en virtud de la cual se adjudicó provisionalmente, a título de cultivo, un lote de terreno denunciado como baldío. Los términos que la ley señala a los funcionarios públicos para que dentro de ellos cumplan determinadas actividades procedimentales o pronuncien los fallos, tienen por finalidad que la justicia se administre con la mayor prontitud posible, en orden a que los intereses de los ciudadanos no sufran merqua. Con tal fin, las mismas disposiciones que señalan los términos, establecen sanciones para los funcionarios morosos. Pero ello no quiere decir que si un fallo, por ejemplo, es proferido fuera del término que la ley señala, quede afectado por este solo hecho, de algún vicio que lo invalide: en primer lugar, porque no puede haber dos sanciones por una infracción, y en segundo lugar, porque el derecho que se ventila en los procesos judiciales o administrativos depende de la ley que lo consagra y de haber sido oportunamente demandado y probado por quien lo persigue, y en ningún caso de la actitud diligente o morosa del funcionario encargado de reconocerlo o declararlo. (Sentencia de 19 de agosto de 1941)..... 913

Testigos (mérito de la prueba). La circunstancia de estar entendidos los testimonios por un mismo tenor literal y de no explicar los testigos la razón de sus dichos, no siempre es una tacha que invalide o amengüe el valor del testimonio por sí sola. Tal circunstancia puede en ocasiones ser un elemento que, aunado a otro u otros, contribuya a formar en el juzgador la sospecha o aun la convicción de que el testigo no dijo la verdad; pero esos elementos deben ser tan manifiestos, tan vehementes y de tal calidad, que sean capaces de producir en el Juez una convicción racional acerca de la falta de veracidad en el testimonio. El hecho de que la declaración sobre unos mismos hechos, emitida por varios testigos, se extienda bajo un mismo tenor literal, se explica por la ley del menor esfuerzo y la economía de tiempo que generalmente persiguen los funcionarios, máxime si encuentran acuerdo perfecto en lo fundamental de la exposición de los testigos, lo cual no puede ser motivo de sospecha cuando los hechos son sencillos y han podido ser observados igualmente por los deponentes. (Sentencia de 19 de agosto de 1941).....

913

Testigos (mérito de la prueba). No puede ser plena prueba de su dicho la declaración de un testigo que formula contra un empleado de manejo la acusación de haber sustraído el veinte por ciento de los jornales que debía pagar a los obreros de una obra pública, si el mismo testigo aparece certificando en las listas o planillas respectivas que el personal prestó sus servicios y recibió sus haberes de conformidad. Hay una notoria contradicción entre la declaración rendida en el proceso criminal y la certificación que de puño y letra del testigo aparece al pie de las cuentas. Frente a esta oposición de testimonios, el uno anterior a la investigación, y el otro posterior, recibido cuando ya el proceso seguía su curso, las reglas generales de interpretación mandan que ambos se destruyan y pierdan la eficacia probatoria. Además, aun en el caso de que no existiera esta contradicción, no sería jurídico desechar la fe que merece un documento que lleva varias firmas, por acatar el testimonio de un solo testigo, cuyo mérito ha discutido siempre la ley. (Sentencia de 25 de septiembre de 1941).....

875

Títulos (de dominio). La falta de registro de una hijuela en el lugar de ubicación de los inmuebles, en el Libro de Causas Mortuorias, que puede ser subsanada

Páginas.

con sólo presentarse la escritura para que se registre debidamente, sólo significaría que el dominio aún no se ha traspasado, por el medio legal de la tradición, de la cabeza del causante de la herencia al adjudicatario, y que la nueva inscripción que debe hacerse no ha cancelado la anterior. Pero los bienes figuran en el patrimonio de particulares, en virtud de una titulación que no puede desconocerse mientras no haya sido invalidada por Tribunales competentes, pues en último caso corresponden al patrimonio de la mortuoria representada por los herederos. No puede, pues, decirse, que en este caso el interesado carezca de personería para oponerse a la adjudicación como baldíos de esos bienes o parte de ellos, porque, mientras el dominio de los bienes de la mortuoria no se vincule en forma legal a los adjudicatarios, la mortuoria puede ser representada por éstos. (Sentencia de 19 de agosto de 1941).....

913

INDICE

Actos de los Gobernadores.

	Páginas.
Cundinamarca.—Demanda de nulidad del Decreto número 206 de 1941. Auto de 18 de septiembre de 1941, por el cual se confirma el del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 22 de julio de 1941, que decretó la suspensión provisional del Decreto. Actor, doctor Antonio Rueda Terán, como Personero Municipal de Bogotá. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	842
Salvamento de voto de los Consejeros doctores Guillermo Peñaranda Arenas, Antonio Escobar Camargo y Gonzalo Gaitán al auto anterior	846
Huila.—Demanda de nulidad del Decreto número 113, de 1º de julio de 1941. Auto de 21 de agosto de 1941, por el cual se confirma el del Tribunal Administrativo de Neiva, de 18 de julio de 1941, que decretó la suspensión provisional del Decreto. Actor, Julio Bahamón. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	925
Magdalena.—Demanda de nulidad de la Resolución número 20, de 27 de febrero de 1941. Auto de 12 de septiembre de 1941, por el cual se revocan los puntos primero y tercero del apelado del Tribunal Administrativo de Santa Marta, de 23 de mayo de 1941, y se confirma el segundo, por el que no se accedió a decretar la suspensión provisional de la providencia acusada. Actor, Marco A. Hernández Durán. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	831
Nariño.—Demanda de nulidad del artículo 6º del Decreto número 398, de 5 de septiembre de 1940. Sentencia de 22 de julio de 1941, por la cual se revoca la del Tribunal Administrativo de Pasto, de 22 de marzo de 1941, y en su lugar se declara nulo el acto acusado. Actor, doctor Julián Silva, como apoderado de la señorita Elvira Ruano. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	974
Nariño.—Demanda de nulidad del Decreto 264, de 10 de julio de 1941. Auto de 17 de septiembre de 1941, por el cual se levanta parcialmente la suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo de Pasto en providencia de 1º de agosto de 1941. Actor, Efrén Osejo Peña. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	989
Valle.—Demanda de nulidad del Decreto número 454, de 1º de julio de 1940. Sentencia de 2 de julio de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Cali, materia de la apelación. Actor, Ernesto Andrade F. Consejero ponente, doctor Antonio Escobar Camargo	858
Valle del Cauca.—Demanda de nulidad de los Decretos números 667 y 694, de 19 y 23 de septiembre de 1940. Sentencia de 2 de agosto de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Cali, de 22 de abril de 1941. Actor, doctor Antonio Atencio, como apoderado de Rosa María Soto de Alegría. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán..	907

Asuntos municipales.

Ibagué.—Demanda de nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto número 28 de 1941, de la Alcaldía Municipal. Sentencia de 19 de septiembre de 1941, por la cual se revoca la apelada del Tribunal Administrativo de Ibagué y en su lugar se declaran nulos los actos acusados. Actor, doctor Marco T.

Cifuentes, como apoderado de José Miguel Castro y Rosendo Pinto. Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.	1024

Auxilios.

Solicitud del doctor Ramón Ignacio Avella, como apoderado de Dominga Sandoval v. de Vargas, para que se conceda un auxilio por muerte de Heliodoro Vargas a consecuencia del accidente del Campo de Santa Ana. Sentencia de 12 de agosto de 1941, por la cual se reconoce el auxilio. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	909

Contratos.

Ministerio de Minas y Petróleos.—Contrato celebrado con el señor Guillermo Camacho Montoya, sobre explotación de minas en la margen izquierda del río Telembí. Dictamen de 25 de julio de 1941, por el cual se declara que no se halla ajustado a la ley. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	902
Salvamento de voto de los Consejeros doctores Tulio Enrique Tascón, Gustavo Hernández Rodríguez y Antonio Escobar Camargo al dictamen anterior	904

Cuentas.

Contraloría General de la República.—Sentencia de 14 de agosto de 1941, por la cual se confirma la providencia número 3200, de 19 de diciembre de 1940. Responsable, Adonías Bravo. Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.	1022
Contraloría General de la República.—Apelación del auto de fenecimiento número 3618 y de la providencia número 1082 de 1941. Sentencia de 29 de agosto de 1941, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Responsable, Andrés Rocha. Consejero ponente, doctor Diógenes Sepúlveda Mejía	1032
Contraloría General de la República.—Sentencia de 19 de septiembre de 1941, por la cual se confirma la providencia número 982, de 30 de abril de 1941. Actor, doctor Federico A. Daza, como apoderado de Luis J. Franco. Consejero ponente, doctor Diógenes Sepúlveda Mejía	1045
Salvamento de voto del Consejero doctor Antonio Escobar Camargo al fallo anterior	1051
Contraloría General de la República.—Sentencia de 25 de septiembre de 1941, por la cual se reforma el auto de fenecimiento número 2476, de 19 de junio de 1936, y se revoca la providencia número 872, de 29 de abril de 1941. Actor, doctor Federico A. Daza, como apoderado del cuentadante señor Francisco Clement. Consejero ponente, doctor Antonio Escobar Camargo	875

Decretos.

Demanda de nulidad del Decreto número 396 de 1940. Auto de 19 de julio de 1941, por el cual se niega la suspensión provisional del acto acusado. Actor, doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, como apoderado del doctor Nicolás Torres Niño y otros. Consejero sustanciador, doctor Gustavo Hernández Rodríguez	954
Demanda de nulidad de los artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto ejecutivo número 1729, de 11 de septiembre de 1940. Sentencia de 31 de julio de 1941, por la cual se declaran nulos los artículos 8 y 9, y parcialmente el párrafo del artículo 11, y se niegan las otras peticiones de la demanda. Actor, doctor Francisco Bruno. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	825

Páginas.

Ministerio de Correos y Telégrafos.—Demanda de nulidad del artículo 4º del Decreto número 150, de 30 de enero de 1941. Sentencia de 20 de agosto de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 19 de mayo de 1941. Actor, Jorge S. Poveda. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 980

Demanda de nulidad de algunas disposiciones del Decreto número 1706, de 9 de septiembre de 1940. Sentencia de 22 de agosto de 1941, por la cual se resuelve que no son nulos los actos acusados. Actor, doctor Pedro Alejo Rodríguez. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán 927

Demanda de nulidad de algunas disposiciones del Decreto número 220, de 8 de febrero de 1941. Sentencia de 17 de septiembre de 1941, por la cual se falla que no es nulo el acto acusado. Actor, Julián Millán Millán, como Personero Municipal de Villavicencio. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 984

Demanda de nulidad del Decreto número 970 de 1942. Auto de 29 de abril de 1942, por el cual no se accede a reponer el de 20 de los mismos mes y año. Actor, doctor Francisco Urrutia Holguín. Consejero sustanciador, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 991

Electorales.

Bogotá.—Demanda de nulidad del acto por el cual el Tribunal Superior del Distrito acordó la terna para Registrador del Circuito de Bogotá. Sentencia de 27 de septiembre de 1941, que declara nulo lo actuado por incompetencia de jurisdicción. Actor, doctor Ramón Rosales. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón 851

Salvamento de voto del Consejero doctor Antonio Escobar Camargo al fallo anterior 855

Impuestos.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números 104 y 255, de 28 de febrero y 19 de julio de 1941, respectivamente, por las cuales se aprueba la número 6, de 16 de septiembre de 1940, dictada por el Administrador de Hacienda y el Síndico Ejecutor de Ibagué. Auto de 15 de septiembre de 1941, por el cual se decreta parcialmente la suspensión provisional de los actos acusados. Actores, doctores José Vicente Morales y Manuel Vicente Jiménez, como apoderados de Higinio Aldana y otros. Consejero, doctor Antonio Escobar Camargo 872

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números 817 y 1027, de 11 de junio y 10 de julio de 1940, respectivamente. Sentencia de 15 de julio de 1941, por la cual se reforma la del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 4 de marzo de 1941. Actor, Angel Flórez. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez 950

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números 1834 y 1962 de 1940. Sentencia de 31 de julio de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 28 de marzo de 1941. Actor, Alejandro Espinosa. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 977

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números R-1142 y R-1381 de 1939. Sentencia de 31 de julio de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 23 de octubre de 1940. Actor, María Peña v. de Peña. Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G. 1016

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números R-1801-H, de 26 de noviembre de 1940, y R-117-H, de 22 de enero de 1941. Sentencia de 5 de agosto de 1941, por la cual se confirma la apelada del Tribunal Administrativo de Bogotá. Actor, doctor Luis F. Reyes Llaña. Consejero ponente, doctor Antonio Escobar Camargo	870
Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números R-1370-H, de 10 de septiembre de 1940, y R-1685-H, de 31 de octubre del mismo año. Sentencia de 28 de agosto de 1941, por la cual se revoca la del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 18 de marzo de 1941, y en su lugar se resuelve que son nulas las providencias acusadas. Actor, doctor Ismael López Barbosa. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	930
Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números R-286-H, de 24 de marzo, y R-1500-H, de 16 de noviembre, ambas de 1939. Sentencia de 17 de septiembre de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 6 de septiembre de 1940. Actor, doctor Manuel A. Alvarado, en representación del Banco Francés e Italiano. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	943
Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de revisión de la Resolución número R-804-H, de 10 de junio de 1940. Sentencia de 18 de septiembre de 1941, por la cual se confirma parcialmente y se revoca en parte la del Tribunal Administrativo de Medellín, de 21 de mayo de 1941. Actor, doctor Lázaro Tobón, como apoderado de Naviera Colombiana. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	835
Ordenanzas.	
Boyacá.—Demanda de nulidad del artículo 5º de la Ordenanza número 5 de 1939. Sentencia de 18 de julio de 1941, por la cual se revoca la del Tribunal Administrativo de Tunja, de 7 de mayo de 1940, y en su lugar se resuelve que no es nulo el acto acusado. Actor, doctor Francisco Márquez Acevedo, en representación del Municipio de Ramiriquí. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	893
Caldas.—Demanda de nulidad de la Ordenanza número 29 de 1941. Auto de 27 de agosto de 1941, por el cual se confirma el del Tribunal Administrativo de Manizales, que decretó la suspensión provisional del acto acusado. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez. Actor, doctor Olimpo Montes Cano	967
Salvamento de voto del Consejero doctor Antonio Escobar Camargo al auto anterior	969
Caldas.—Demanda de nulidad del párrafo único del artículo 1º de la Ordenanza número 60 de 1941. Auto de 30 de septiembre de 1941, por el cual se confirma el de 28 de julio de 1941, del Tribunal Administrativo de Manizales, que suspendió provisionalmente el acto acusado. Actor, Gonzalo Vélez Echeverri. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez	972
Huila.—Demanda de nulidad del artículo 2º de la Ordenanza número 6 de 1941. Auto de 12 de septiembre de 1941, por el cual se revoca el del Tribunal Administrativo de Neiva, de 11 de agosto de 1941, y en su lugar se decreta la suspensión provisional del acto acusado. Actor, Fiscal del Tribunal de Neiva. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán....	934
Norte de Santander.—Demanda de nulidad del artículo 19 de la Ordenanza número 51 de 1938. Sentencia de 15 de julio de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administra-	

tivo de Cúcuta, de 15 de mayo de 1940. Actor, doctor Manuel Buenahora. Consejero ponente, doctor Antonio Escobar Camargo	866

Santander.—Demanda de nulidad de la Ordenanza número 42 de 1940. Sentencia de 30 de septiembre de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Bucaramanga, de fecha 4 de diciembre de 1940. Actor, doctor Manuel Barrera Parra, como apoderado de Demetrio Pardo. Consejero ponente, doctor Diógenes Sepúlveda Mejía	1053

Salvamento de voto del Consejero doctor Antonio Escobar Camargo al fallo anterior	1064

Tolima.—Demanda de nulidad del artículo 1º de la Ordenanza número 45 de 1940. Sentencia de 25 de julio de 1941, por la cual se revoca la del Tribunal Administrativo de Ibagué, de 11 de octubre de 1940, y en su lugar se resuelve que no es nulo el acto acusado. Actor, Fidel Murillo. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	898

Valle del Cauca.—Demanda de nulidad de la Ordenanza número 49, de 23 de junio de 1939. Sentencia de 14 de agosto de 1942, por la cual se revoca la apelada del Tribunal Administrativo de Cali, y en su lugar se resuelve que no es nulo el acto acusado. Actor, doctor Nicolás Ramos Hidalgo. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez	958

Pensiones.

• Solicitud del doctor Ignacio Mariño Ariza como curador <i>ad litem</i> de los menores Heli y Flor María Clavijo, para que se les reconozca una recompensa o en subsidio una pensión. Sentencia de 2 de julio de 1941, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Consejero ponente, doctor Diógenes Sepúlveda Mejía	1029

Solicitud de la señorita Ramona Delia Uribe, para que se le reconozca una pensión vitalicia como maestra de escuela. Sentencia de 20 de agosto de 1941, por la cual se revoca la del Tribunal Administrativo de Cúcuta, de 25 de mayo de 1941, y en su lugar se reconoce la gracia solicitada. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	922

Solicitud del doctor Guillermo Hernández Rodríguez, como apoderado del Capitán Cristóbal Calderón V., para que se reconozca a su poderdante una pensión como Oficial retirado del Ejército. Sentencia de 26 de septiembre de 1941, por la cual se reconoce la gracia solicitada. Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.	1027

Resoluciones ministeriales.

Ministerio de la Economía Nacional.—Demanda de nulidad de las Resoluciones de 15 de diciembre de 1939 y 12 de febrero de 1940. Sentencia de 25 de julio de 1941, por la cual se declaran nulas las providencias acusadas. Actor, doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, como apoderado de Texas Petroleum Company. Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.	938

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Gustavo Hernández Rodríguez y Guillermo Peñaranda Arenas al fallo anterior	1009

Ministerio de la Economía Nacional.—Demanda de nulidad de la Resolución número 623, de 2 de agosto de 1939. Sentencia de 19 de agosto de 1941, por la cual se resuelve que no es nula dicha providencia. Actor, Roque Calderón. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	913

Ministerio de Gobierno.—Demanda de nulidad de la Resolución número 346, de 5 de abril de 1941. Auto de 27 de septiembre de 1941, por el cual no se accede a reponer el de 20 del	

	mismo mes, que rechazó la demanda por extemporánea. Actor, doctor Julio C. Forero G., como apoderado de Deoviceldo Correa Correa. Consejero sustanciador, doctor Tulio Enrique Tascón	849
Ministerio de Hacienda y Crédito Público.—	Demanda de nulidad de las Resoluciones números 104 y 255, de 28 de febrero y 19 de julio de 1941, respectivamente, por las cuales se aprueba la número 6, de 16 de septiembre de 1940, dictada por el Administrador de Hacienda y el Síndico Ejecutor de Ibagué. Auto de 15 de septiembre de 1941, por el cual se decreta parcialmente la suspensión provisional de los actos acusados. Actores, doctores José Vicente Morales y Manuel Vicente Jiménez, como apoderados de Higinio Aldana y otros. Consejero, doctor Antonio Escobar Camargo	872
Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social.—	Demanda de nulidad de la Resolución número 45, de 28 de febrero de 1941, y como consecuencia de la Resolución número 28 de 1941, dictada por la Comisión de Especialidades Farmacéuticas. Sentencia de 3 de julio de 1941, por la cual se declaran nulas esas providencias. Actor, doctor Hernando Moreno, como apoderado de Elena Peña de Isaza y de la sociedad L. Isaza Peña e Hija de F. A. Peña. Consejero ponente, doctor Antonio Escobar Camargo	861
Ministerio de la Economía Nacional.—	Demanda de nulidad de la Resolución número 2925, de 19 de junio de 1940, y del auto o providencia de 4 de marzo de 1941. Sentencia de 2 de septiembre de 1941, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, doctor Rafael Campo A., como apoderado de Lambert Pharmacal Company. Consejero ponente, doctor Diógenes Sepúlveda Mejía	1039
Suspensión provisional.		
Demanda de nulidad del Decreto número 396 de 1940.	Auto de 19 de julio de 1941, por el cual se niega la suspensión provisional del acto acusado. Actor, doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, como apoderado del doctor Nicolás Torres Niño y otros. Consejero sustanciador, doctor Gustavo Hernández Rodríguez	954
Ministerio de Hacienda y Crédito Público.—	Demanda de nulidad de las Resoluciones números 104 y 255, de 28 de febrero y 19 de julio de 1941, respectivamente, por las cuales se aprueba la número 6, de 16 de septiembre de 1940, dictada por el Administrador de Hacienda y el Síndico Ejecutor de Ibagué. Auto de 15 de septiembre de 1941, por el cual se decreta parcialmente la suspensión provisional de los actos acusados. Actores, doctores José Vicente Morales y Manuel Vicente Jiménez, como apoderados de Higinio Aldana y otros. Consejero doctor Antonio Escobar Camargo	872
Caldas.—	Demanda de nulidad de la Ordenanza número 29 de 1941. Auto de 27 de agosto de 1941, por el cual se confirma el del Tribunal Administrativo de Manizales, que decretó la suspensión provisional del acto acusado. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez. Actor, doctor Olimpo Montes Cano	967
Salvamento de voto del Consejero doctor Antonio Escobar Camargo	al auto anterior	969
Caldas.—	Demanda de nulidad del párrafo único del artículo 1º de la Ordenanza número 60 de 1941. Auto de 30 de septiembre de 1941, por el cual se confirma el de 28 de julio de 1941 del Tribunal Administrativo de Manizales, que suspendió provisionalmente el acto acusado. Actor, Gonzalo Vélez Echeverri. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez	972

Cundinamarca.—Demanda de nulidad del Decreto número 206 de 1941. Auto de 18 de septiembre de 1941, por el cual se confirma el del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 22 de julio de 1941, que decretó la suspensión provisional del Decreto. Actor, doctor Antonio Rueda Terán, como Personero Municipal de Bogotá. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	842
Salvamento de voto de los Consejeros doctores Guillermo Peñaranda Arenas, Antonio Escobar Camargo y Gonzalo Gaitán al auto anterior	846
Huila.—Demanda de nulidad del Decreto número 113, de 1º de julio de 1941. Auto de 21 de agosto de 1941, por el cual se confirma el del Tribunal Administrativo de Neiva, de 18 de julio de 1941, que decretó la suspensión provisional del Decreto. Actor, Julio Bahamón. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	925
Huila.—Demanda de nulidad del artículo 2º de la Ordenanza número 6 de 1941. Auto de 12 de septiembre de 1941, por el cual se revoca el del Tribunal Administrativo de Neiva, de 11 de agosto de 1941, y en su lugar se decreta la suspensión provisional del acto acusado. Actor, Fiscal del Tribunal de Neiva. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	934
Magdalena.—Demanda de nulidad de la Resolución número 20, de 27 de febrero de 1941. Auto de 12 de septiembre de 1941, por el cual se revocan los puntos primero y tercero del apellado del Tribunal Administrativo de Santa Marta, de 23 de mayo de 1941, y se confirma el segundo, por el que no se accedió a decretar la suspensión provisional de la providencia acusada. Actor, Marco A. Hernández Durán. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	831
Nariño.—Demanda de nulidad del Decreto 264, de 10 de julio de 1941. Auto de 17 de septiembre de 1941, por el cual se levanta parcialmente la suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo de Pasto en providencia de 1º de agosto de 1941. Actor, Efrén Osejo Peña. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	988
Varios.	
Cauca.—Demanda para que se reintegre un exceso cobrado por concepto de impuesto de tabaco. Sentencia de 16 de septiembre de 1941, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Popayán, de 19 de mayo de 1941. Actor, doctor Oswaldo Rengifo, como apoderado de Avelino Paz y otros. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán.. ..	937
Salvamento de voto del Consejero doctor Gustavo Hernández Rodríguez al fallo anterior.....	941

