



ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

Relator y Director de los Anales.
RAFAEL ABELLO SALCEDO

JAIMÉ TOBÓN VILLEGAS
DONACIÓN

AÑO XXIX TOMO LVI
NUMEROS 357 - 361

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

Relator y Director de los Anales,
RAFAEL ABELLO SALCEDO

AÑO XXIX. TOMO LVI. Nos. 357 a 361. — BOGOTÁ, JULIO A DICIEMBRE DE 1946
Y ENERO A JULIO DE 1947.

Resoluciones Ministeriales

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino)

*Consejo de Estado — Bogotá agosto primero de mil novecientos
cuarenta y seis.*

La Compañía de Petróleo “La Estrella de Colombia”, presentó el 8 de julio de 1943 al Gobierno Nacional una propuesta de exploración y explotación de hidrocarburos en un terreno situado en los Municipios de Manare y Moreno, en el Departamento de Boyacá, con una extensión de 98.847 hectáreas.

La Compañía presentó al Ministerio del Ramo la documentación del caso.

El 31 de agosto de 1943 el Ministerio, Sección 3ª—Servicio Técnico, dijo que el terreno materia de la propuesta número 158 “no reúne las condiciones de longitud y latitud de que trata el artículo 4º del Decreto 1694 de 1939”; y luego, en Resolución de 20 de enero de 1944 admitió las propuestas números 147, 165 y 167, a la primera de las cuales en el sector sureste se superponía la número 158. Esta, es decir, la de la Compañía de Petróleos “La Estrella de Colombia”, no fue admitida por dicho motivo, y, además, por el que anotó el Servicio Técnico. Es de advertir que la propuesta, 165 se superponía a la 158 en la parte occiduo-meridional de ésta.

El orden cronológico de presentación de las propuestas es el de los números que las distinguen.

La supradicha Sociedad pidió al Ministerio reposición de la expresada providencia a fin de que se le admitiese la propuesta 158, una vez eliminada la zona que se superponía a la 147, y también para que se rechazase la número 165 por invadir terreno de la 158. El 13 de junio de 1944, el Servicio Técnico del Ministerio rindió nuevo informe, sobre la propuesta 158; y el 19 del mismo mes, “La Estrella de Colombia” presentó al Ministerio un memorial con el objeto de reafirmar que es Compañía “está dispuesta a seguir con la propuesta número 158 con lote modificado para eliminar la superposición sobre la número 1ª”

El señor Ministro de Minas y Petróleos en Resolución de 19 de julio de 1944, no accedió a reponer la de 20 de enero del propio año.

No se conformó con esto la Compañía de Petróleos "La Estrella de Colombia" y por medio de su representante legal, demandó del Consejo de Estado, en escrito de 13 de diciembre de 1944, la anulación de las Resoluciones Ministeriales supradichas, en cuanto admitieron la propuesta número 165 y rechazaron la 158, sobre la cual se superpone en parte la otra. Como consecuencia de esa petición, la Sociedad demandante solicitó que, para restablecer el derecho violado, se ordenase aceptar la propuesta número 158, y que se rechazara la 165, presentada por el señor Miguel Samper.

Las normas procesales en que se apoya la demanda son las de los artículos 66 y 67 de la Ley 167 de 1941. Los preceptos superiores quebrantados en este caso por el Ministerio de Minas y Petróleos, a juicio de la referida Sociedad, son los de los artículos 15, 26 y 115 de la antigua Codificación Constitucional; 16 de la Ley 37 de 1931; 3º de la Ley 160 de 1936; 43 y 45 del Decreto 1270 de 1931; y 4º del Decreto 1694 de 1939.

Los hechos básicos de la acción no son otros que los constitutivos de los actos acusados y sus antecedentes.

Además, de la acción de plena jurisdicción, se instauró en el libelo la accesoria de *suspensión provisional* que fue despachada favorablemente por el Consejero sustanciador en auto de 2 de febrero de 1945.

El doctor Carlos Arturo Torres Pinzón, quien a nombre de la Compañía de Petróleos de "Los Andes" se había hecho parte en el juicio, interpuso en tiempo súplica contra el auto de *suspensión provisional* en cuanto ésta abarca el punto primero de la Resolución de 20 de enero de 1944. Alegó el recurrente que la demanda no impugnaba ese punto de los actos ministeriales acusados y que, antes bien, el actor ofrecía reducir el área de la propuesta 158 de manera que no se superpusiese a la 147. La Compañía demandante reafirmó lo dicho por el doctor Torres Pinzón; y la Sala, en consecuencia, hubo de revocar el auto suplicado, pero sólo en lo desfavorable a la propuesta número 147. La Sala, pues, dejó vigente en lo demás la *suspensión provisional* decretada por el Consejero sustanciador.

Oportunamente la demandante pidió e hizo llegar a los autos el plano original de la propuesta 158 y un certificado del Ministerio de Minas y Petróleos, de 20 de abril de 1945 que acredita:

.....
 "a) Que la Compañía de Petróleos de *Los Andes*, por conducto del señor Bruno Winkler, en su carácter de Gerente Primer Suplente, presentó a este despacho una propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo sobre un lote de terreno de 98.940 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Manare y posiblemente Sacaná, del Departamento de Boyacá, y el de Tame, de la Comisaría de Arauca.

"b) Que la propuesta que se hace referencia en el punto anterior fue presentada a este Despacho el 14 de junio de 1943, personalmente por el señor Bruno Winkler, y registrada en la misma fecha en el Libro Registro de Propuestas bajo el número 147. Que en el memorial de *presentación* el lote solicitado en concesión se delimitó por los siguientes

linderos: 'Como punto de referencia se ha tomado una pilastra de concreto sobre la cual se hicieron las observaciones para la determinación de coordenadas astronómicas quedando fijado este punto con las siguientes coordenadas: Latitud $6^{\circ} 27' 59,8''$ Norte. Longitud $71^{\circ} 43' 49,5''$ Oeste de Greenwich. Del punto de referencia mencionado se sigue al Sur por una distancia de quinientos (500) metros hasta dar al punto marcado en el plano con la letra F, punto de partida de la delineación.

'(1) Del punto F se sigue en línea recta por una distancia de cinco mil ochocientos diez metros (5.810 m.) con rumbo Este hasta dar al punto marcado en el plano con la letra A;

'(2) Del punto A se continúa en línea recta por una distancia de cuarenta y ocho mil seiscientos treinta y ocho metros (48.638 m.) con rumbo Sur $13^{\circ} 5'$ Oeste (S. $13^{\circ} 0,5' W.$) a dar al punto marcado en el plano con la letra B;

'(3) Del punto B anterior se continúa en línea recta por una distancia de veintisiete mil setecientos diez metros (27.710 m.) con rumbo Norte cincuenta y cuatro grados tres minutos Oeste (N. $54^{\circ} 0,3' W.$) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra C;

'(4) Del punto C anterior se continúa en línea recta por una distancia de seis mil quinientos cuarenta y nueve metros con sesenta centímetros (6.549,60 mts.) con rumbo Norte hasta dar al punto marcado en el plano con la letra D;

'(5- Del punto D anterior se continúa en línea recta por una distancia de veintisiete mil cuatrocientos ochenta y nueve metros (27.849 mts.) con rumbo Norte veintiseis grados cuarenta y dos minutos Este (N. $26^{\circ} 42' E.$) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra E;

'(6) Del punto E anterior se continúa en línea recta por una distancia de quince mil doscientos ochenta metros con ochenta y dos centímetros (15.280,82 mts.), con rumbo Este, hasta dar al punto F de partida. Todos los rumbos descritos se refieren al meridiano verdadero o astronómico'.

"c) Que el señor Miguel Samper, en su propio nombre, presentó a este Despacho una propuesta para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional sobre un lote de terreno de 99.962 hectáreas y 1.442 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Ten, Moreno, Pore, Támara y Nunchía, del Departamento de Boyacá;

"d) Que la propuesta a que se hace referencia en el punto anterior fue presentada personalmente el 27 de julio de 1943 y registrada en el Libro de Registro de Propuestas bajo el número 165. Que en el memorial de propuesta el lote solicitado en concesión se delimitó por los siguientes linderos:

'Partiendo de la pilastra astronómica de concreto de cemento erigida en la margen derecha del río Pauto, en el sitio llamado 'Mollejón', donde el camino que de la hacienda de 'El Desecho' va a Pore corta el dicho río Pauto y cuyas coordenadas geográficas son: Latitud $5^{\circ} 39' 34'' .91 \pm 0'' 57$ N. Longitud $72^{\circ} 0,4' .29'' .25 \pm 0'' .60$ W. de G. Se sigue con un rumbo verdadero de Sur veintisiete grados Este (S. $27^{\circ} 00' 00'' O E$) en una longitud de tres mil trescientos metros (3.300,00 m.) para alcanzar el punto 'A', primer vértice de esta delineación. De aquí se sigue con un rumbo verdadero de Sur cuarenta y cinco grados Oeste

(S. 45° 00' 00" W.) en una longitud de diez mil metros (10.000,00 m.) hasta llegar al vértice 'B'. De aquí se sigue con un rumbo verdadero de Sur a noventa grados Oeste (90° 00' 00" OOW) en una longitud de siete mil metros (7.000,00 m.) para llegar al punto 'C'. De este punto se sigue con un rumbo verdadero de Norte veinte grados Oeste (N. 20° 00' 00" W.) en una longitud de quince mil metros (15.000,00 m.) para llegar al punto 'D'. De ese vértice, se sigue con un rumbo verdadero Norte veinte grados Este (N. 20° 00' 00" E.) en una longitud de diez y seis mil metros (16.000,00 m.) para llegar al punto 'E'. De aquí se sigue con un rumbo verdadero de Norte treinta y cinco grados Este (N. 35° 00' 00" E.) en una longitud de diez y nueve mil doscientos metros (19.200,00 m.) para llegar al punto 'F'. De este punto se sigue con un rumbo verdadero de Sur a sesenta y cuatro grados, cincuenta y dos minutos, siete segundos con cincuenta y dos centésimas de segundo Este (S. 64° 52' 07" .52 E.) en una longitud de veinticinco mil doscientos setenta y dos metros con seiscientos treinta y ocho milímetros (25.272,638 m.) para llegar al punto 'G'. De aquí se sigue con un rumbo verdadero de Sur veinticinco grados Oeste (S. 25° 00' 00" .00 W.) en una longitud de catorce mil cien metros (14.100,00 m.) para llegar al punto 'H'. De este punto se sigue con un rumbo verdadero de Sur cuarenta y cinco grados Oeste (S. 45° 00' 00" .00" W.) en una longitud de veinte mil metros (20.000,00 m.) para llegar al vértice de partida 'A';

"e) Que la propuesta número 158, presentada por la Compañía 'La Estrella de Colombia', se superpone sobre la propuesta número 147, formulada por la Compañía de *Los Andes*, en una extensión aproximada de 13.600 hectáreas;

"f) Que la propuesta número 165, presentada por el señor Miguel Samper, se superpone sobre la propuesta número 158, presentada por la Compañía de Petróleo 'La Estrella de Colombia', en una extensión aproximada de 21.780 hectáreas;

"g) Que el croquis adjunto al despacho número 2126 del H. Consejo de Estado contiene una representación gráfica correcta de las propuestas números 147, 158, 165 y 167, presentadas por la Compañía de Petróleo de *Los Andes*, la Compañía de Petróleo 'La Estrella de Colombia', el señor Miguel Samper y el señor Alfonso Samper, respectivamente, y que en dicho croquis están correctamente representadas las superposiciones de la propuesta número 158 sobre la 147 y de la 165 sobre la 158, de acuerdo con los planos presentados por los respectivos proponentes a este Ministerio....."

El señor Fiscal en su dictamen de fondo, de 23 de julio de 1945, dijo que debía accederse a las peticiones de la demanda. De ese dictamen conviene transcribir lo siguiente:

"Por las Resoluciones acusadas el Ministerio aceptó las propuestas números 147, 165 y 167 presentadas el 14 de junio y el 27 de julio de 1943; y no admitió las números 158, 193 y 194, también del año de 1943.

"Los motivos que tuvo la dependencia administrativa de que se trata para rechazar la propuesta número 158 en la cual está interesado el querellante, fueron, en síntesis:

'a) El superponerse en 13.600 hectáreas sobre la solicitud hecha con anterioridad por la Compañía de Petróleos *Los Andes* y,

b) El no reunir el lote pedido las condiciones de longitud y latitud que exige como requisito indispensable el artículo 4º del Decreto 1694 de 1939'.

"El artículo 45 del Decreto 1270 de 1931, reza:

'Artículo 45.—En el caso de superposición parcial de zonas, escogido un interesado para adelantar la propuesta principal, podrán adelantarse con otro u otros las demás propuestas que reúnan las condiciones legales, en relación con el lote o lotes no afectados por la negociación preferida, siempre que tales lotes o lote reúnan las condiciones legales en cuanto a la forma y extensión. Para este efecto los interesados postpuestos podrán modificar su propuesta dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto en que declara la elección, quedando vigente para ellos por ese tiempo y para todos los efectos legales, la fecha de la presentación de la propuesta primitiva'.

"De acuerdo con el precepto transcrito el demandante modificó su propuesta en memorial que obra a folios 28 v., 29 y 30, en el cual 'manifiesta que está dispuesto a seguir con la propuesta número 158, con el lote modificado, para eliminar la superposición sobre la propuesta número 147'. De consiguiente, con tal manifestación, quedó obviada la dificultad que presentaba la superposición parcial de las zonas.

"Como la propuesta número 158 fue rechazada por el Ministerio con todo y superponerse con la 165 y no obstante lo dispuesto en el primer inciso del artículo 16 de la Ley 37 de 1931 que estatuye que 'toda persona natural o jurídica puede presentar propuestas para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo de propiedad nacional y que en el caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la exploración y explotación de un mismo terreno, el Gobierno escogerá las que acrediten tener capacidad financiera suficiente en este orden: 1º El primer proponente que demuestre haber hecho la exploración superficial técnica de que trata el artículo anterior...', se impone estudiar y establecer si la dependencia administrativa en referencia podía descartar la propuesta número 158 con base en que la forma del lote de ésta, no reunía las exigencias señaladas por los artículos 3º de la Ley 160 de 1936 y 4º del Decreto 1694 de 1939.

"El artículo 3º de la Ley 160 de 1936 y el 4º del Decreto 1694 de 1939 en sus partes pertinentes, disponen respectivamente:

'El contrato sólo podrá referirse a una extensión continua y de una forma geométrica tal que su mayor longitud no exceda de dos veces y media a su menor latitud'.

'Los contratos de exploración y explotación de petróleos deben comprender un lote de extensión continua y que guarde una relación no inferior de uno a dos y medio (1 a 2½) entre su latitud media y su mayor longitud, tomadas perpendicularmente entre sí, salvo que no haya más terreno libre para contratar, en cuyo caso podrá admitirse cualquiera otra relación'.

"El Ministerio en el estudio que hace de la propuesta número 158, sostiene:

'Conclusiones:—... b) La relación entre la latitud media y la mayor longitud del lote es un poco diferente, pero en caso de que la superposición se elimine descontándole área a dicho lote con toda probabilidad queda la relación satisfactoria'. (Folio 21 v.).

‘Para eliminar esas indeterminaciones e interpretar la disposición del Decreto en su verdadero sentido, se ha optado para las primeras de las líneas o medidas del lote que según el artículo deben cumplir determinada condición, una línea inconfundible, única y precisa, y por tanto, se llegó a esta conclusión: la línea que excede en cantidad a la mayor de las dos dimensiones principales del lote es la mayor diagonal’. (Folio 27 v.).

‘De lo anterior resulta claramente que el Ministerio considera que la mayor longitud de un polígono que encierra la extensión de un lote solicitado en concesión es la mayor diagonal.

‘No estimo aceptables los razonamientos preinsertos, porque, de acuerdo con las definiciones dadas por el Diccionario de la Real Academia Española a que alude la Resolución de 19 de junio en estudio, gramatical y técnicamente son dos conceptos distintos la ‘diagonal’ de un polígono y la longitud del mismo: ‘Longitud es la mayor de las dos dimensiones principales que tienen las cosas o figuras planas, en contraposición de la menor, que se llama latitud’. ‘Diagonal dicese de la línea recta que en un polígono va de un lote a otro no inmediato’.

‘La confusión en que se halla el Ministerio proviene de que ha adoptado dos soluciones distintas para resolver las cuestiones en referencia, como se desprende de los siguientes apartes rendidos por el Departamento Técnico del susodicho Ministerio:

‘Dicho proceder ha venido consistiendo, no digo en tener dos criterios porque esta palabra significa ‘norma para conocer la verdad, juicio o discernimiento, y sólo se trata de aplicar geoméricamente un artículo reglamentario, a cuyo resultado puede dársele apenas el modesto nombre de dos soluciones que paso a explicar’. (Folios 26 y 26 v.).

‘De donde resulta que los reparos oficiales hechos a la propuesta número 158 no son fundados, toda vez que las superposiciones que presenta el lote materia de la propuesta pueden obviarse, y en cuanto a las deficiencias técnicas del mismo, éstas radican en una equivocada interpretación que dio el Ministerio a las normas transcritas, con lo cual se llega a la conclusión que la propuesta número 158 susodicha se amolda a las condiciones exigidas por la Ley.....”

Hasta aquí la Fiscalía.

En auto de 26 de julio de 1945, se citó a las partes para sentencia.

Al estudiar luego, en el fondo, el presente negocio la Sala observó (auto de 23 de agosto) que por no haber mediado solicitud de nadie, se omitió citar al juicio al señor Miguel Samper como autor que fue de la propuesta número 165, para que el fallo, sin quebrantar la justicia y la equidad, pudiera favorecerlo o perjudicarlo en cuanto a la zona en que el terreno materia de dicha propuesta se superpone al de la 158 de la Compañía demandante. Estimó entonces la Sala que es había incurrido en la causal de nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, y dispuso, en consecuencia, que dicha causal se pusiese en conocimiento de las partes, como en realidad se hizo.

El señor Miguel Samper fue notificado personalmente de aquel auto. La Sala, en providencia de 23 de octubre de 1945, declaró nulo todo lo actuado, desde el auto de 2 de febrero del mismo año, inclusive; pero repuso lo anterior, excluyendo de tal nulidad los autos de 2 de febrero y 2 de mayo, el segundo de los cuales había sido pronunciado por la Sala de Decisión.

Así, pues, hubo de repetirse la tramitación después de subsanada debidamente aquella irregularidad.

Cuanto a pruebas se tornaron a pedir, practicar y a tener por tales las que ya figuraban incorporadas en el expediente, a saber:

El plano original de la propuesta número 158, las Resoluciones acusadas y un certificado del Ministerio de Minas y Petróleos, de 6 de mayo de 1946, donde consta:

“.....

“Al punto a): — Es un hecho cierto que la Compañía de Petróleos de *Los Andes*, por conducto de su Gerente, primer suplente señor Bruno Winkler, presentó una propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo sobre un lote de terreno de noventa y ocho mil novecientos cuarenta hectáreas (98.940 hts.) de extensión, ubicado en jurisdicción del Municipio de Manare y posiblemente Sacaná, del Departamento de Boyacá y el de Tame, en la Comisaría de Arauca;

“Al punto b): — La propuesta a que se hace referencia en el punto anterior, fue presentada al Ministerio de Minas y Petróleos, el día catorce (14) de junio de mil novecientos cuarenta y tres (1943) por el señor Gerente de la Compañía proponente y se halla registrada en el Libro de Registro respectivo bajo el número ciento cuarenta y siete (147).

“La anterior propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleo fue admitida por providencia de este Ministerio, de fecha veinte (20) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), y por los linderos que se insertan a continuación y que son los que aparecen en el memorial de propuesta de la Compañía de Petróleos de Los Andes:

‘Como punto de referencia se ha tomado una pilastra de concreto sobre la cual se hicieron las observaciones para la determinación de coordenadas astronómicas quedando fijado este punto con las siguientes coordenadas: Latitud 6° 27' 59,8" Norte. Longitud 71° 43' 48,5" Oeste de Greenwich. Del punto en referencia mencionado se sigue al Sur por una distancia de quinientos metros (500) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra F; punto de partida de la alinderación. (1) Del punto F se sigue en línea recta por una distancia de cinco mil ochocientos diez metros (5.810) con rumbo Este hasta dar al punto marcado en el plano con la letra A; (2) Del punto A se continúa en línea recta por una distancia de cuarenta y ocho mil seiscientos treinta y ocho metros (48.639 mts.) con rumbo Sur trece grados cinco minutos Oeste (S. 13° 0,5' W.) a dar al punto marcado en el plano con la letra B; (3) Del punto B anterior se continúa en línea recta por una distancia de veintisiete mil setecientos diez metros (27.710 mts.) con rumbo Norte cincuenta y cuatro grados tres minutos (54° 0,3' W.) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra C; (4) Del punto C anterior se continúa en línea recta por una distancia de seis mil quinientos cuarenta y nueve metros con sesenta centímetros (6.549.60 mts.) con rumbo Norte hasta dar al punto marcado en el plano con la letra D; (5) Del punto D anterior se continúa en línea recta por una distancia de veintisiete mil cuatrocientos ochenta y nueve metros (27.489 mts.) con rumbo Norte veintiseis grados cuarenta y dos minutos Este (N: 26° 42' E.) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra E; (6) Del punto E anterior se continúa en línea recta por una distancia de quince mil dos-

cientos ochenta metros con ochenta y dos centímetros (15.280,82 mts.) con rumbo Este, hasta dar al punto F de partida. Todos los rumbos descritos se refieren al meridiano astronómico verdadero'. "El área propuesta abarca terrenos localizados en el Norte del Departamento de Boyacá y en el Suroeste de la Comisaría de Arauca; su lindero Norte lo forma una línea de Este a Oeste que atraviesa el Caserío de Tame".

"Al punto c): — El señor Miguel Samper, en su propio nombre para contratar la exploración con taladro y explotación de petróleos, sobre un lote de terreno de noventa y nueve mil novecientos sesenta y dos hectáreas (99.962 hts.) y mil cuatrocientos cuarenta y dos metros cuadrados (1.442 mts.²) de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Ten, Moreno, Pore, Támara y Nunchía, Departamento de Boyacá.

"Al punto d): — La propuesta a que hace referencia el numeral anterior fue presentada el día veintisiete (27) de junio de mil novecientos cuarenta y tres (1943) y se halla registrada en el Libro correspondiente de este Ministerio bajo el número ciento sesenta y cinco (165).

"La propuesta anterior fue admitida por Resolución de fecha veinte (20) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) y está comprendida dentro de los siguientes linderos:

'Partiendo de la pilastra astronómica de concreto de cemento erigida en la margen derecha del río Pauto, en el sitio llamado 'Mollejón', donde el camino que de la hacienda de 'El Desecho' va a Pore, corta el dicho río Pauto y cuyas coordenadas geométricas son: Latitud $5^{\circ} 39' 34'' .93 \pm 0'' .57$ N. Longitud $72^{\circ} 04' 29'' .25 \pm 0'' .60$ W. de G. Se sigue con rumbo verdadero de Sur veintisiete grados Este (S. $27^{\circ} 00' 00''$ OE) en una longitud de tres mil trescientos metros (3.300,00 m.) para alcanzar al punto A, primer vértice de esta alinderación. De aquí se sigue con un rumbo verdadero de Sur cuarenta y cinco grados Oeste (S. $45^{\circ} 00' 00'' .00$ W.) en una longitud de diez mil metros (10.000,00 mts.) hasta llegar al vértice B. De aquí se sigue con un rumbo verdadero de Sur noventa grados Oeste ($90^{\circ} 00' 00'' .00$ W.) en una longitud de siete mil metros (7.000,00 mts.) para llegar al punto C. De este punto se sigue con un rumbo verdadero de Norte veinte grados Oeste (N. $20^{\circ} 00' 00'' .00$ W.) en una longitud de quince mil metros (15.000,00 mts.) para llegar al punto D. De este vértice se sigue con un rumbo verdadero de Norte veinte grados Este (N. $20^{\circ} 00' 00'' .00$ E.) en una longitud de diez y seis mil metros (16.000,00 mts.) para llegar al punto E. De aquí se sigue con un rumbo verdadero de Norte treinta y cinco grados Este (N. $35^{\circ} 00' 00'' .00$ E.) en una longitud de diez y nueve mil doscientos metros (19.200,00 mts) para llegar al punto F. De este punto se sigue un rumbo verdadero de Sur sesenta y cuatro grados, cincuenta y dos minutos, siete segundos con cincuenta y dos centésimos de segundo Este (S. $64^{\circ} 52' 07'' .52$ E.) en una longitud de veinticinco mil doscientos setenta y dos metros con seiscientos treinta y ocho milímetros (25.272,638 mts.) para llegar al punto G. De aquí se sigue con un rumbo verdadero de Sur veinticinco grados Oeste ($25^{\circ} 00' 00'' .00$ W.) en una longitud de catorce mil cien metros (14.100,00 mts.) para llegar al punto H. De este punto se sigue con rumbo verdadero de Sur a cuarenta y cinco grados Oeste (S. $45^{\circ} 00' 00'' .00$ W.) en una longitud de veinte mil metros (20.000,00 mts.) para llegar al vértice de partida A. El lote descrito se encuentra en la zona de los contrafuertes en la base de la cordillera

oriental, parte central del Departamento de Boyacá, e incluye las áreas de las poblaciones de Nunchía, Pore, Támara y Ten'.

"Al punto e) : — Según informes de la Sección Tercera de este Ministerio y el plano de las áreas superpuestas elaborado en la misma Sección, la propuesta número ciento cincuenta y ocho (158) presentada por la Compañía "La Estrella de Colombia" se superpone sobre la propuesta número ciento cuarenta y siete (147) presentada por la Compañía de Petróleos de Los Andes en extensión de trece mil trescientas noventa y dos hectáreas.

"Al punto f) : — De la misma manera que la anterior, según los mismos informes dichos y el plano de áreas superpuestas, la propuesta número ciento sesenta y cinco (165) presentada por el señor Miguel Samper se superpone sobre la propuesta número ciento cincuenta y ocho (158) presentada por la Compañía de Petróleos "La Estrella de Colombia" en extensión de veintidós mil setecientas treinta y siete con 5 hectáreas (22.737,5 hts.)"

El Ministerio Público y la parte demandante alegaron de conclusión durante el término respectivo.

El primero cambió de parecer y pidió que se negaran las súplicas de la demanda, de acuerdo con las razones contenidas en un *memorándum* del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos (folios 121 a 128) ; en tanto que la Compañía "La Estrella de Colombia" insistió, con nuevos argumentos, en pro de sus solicitudes.

Se procede a resolver el asunto, mediante las siguientes consideraciones:

En croquis oficial que obra en autos (folio 105) se representan gráficamente las propuestas. Allí pueden verse dos (2) superposiciones o conflictos de áreas así: La propuesta número 158 afecta en parte el área de la 147 y es, a su turno, afectada también en parte, por la 165. La primera superposición no presenta dificultad ninguna ya que la Compañía demandante ha manifestado que limita su propuesta de manera de dejar indemne el área de la 147 que como anterior debe respetarse.

Sobre el particular es terminante lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1270 de 1931. El proponente tiene entonces derecho de modificar el área de su solicitud eliminando la zona de conflicto, siempre que el resto de dicha área reúna las condiciones legales de forma y extensión. Este derecho puede ejercerlo el proponente dentro de los 60 días de que habla el mismo artículo.

Para saber, pues, si la Compañía de Petróleo "La Estrella de Colombia" está en el caso previsto en el referido Decreto, basta cerciorarse de que el sobrante de la respectiva área, una vez suprimida la zona de conflicto con la propuesta 147, reúne las condiciones de forma y extensión. ¿Cuáles son éstas? El artículo 3º de la Ley 160 de 1936 establece con claridad que la extensión debe ser continua y que la mayor longitud de la figura geométrica del área no debe exceder en dos veces y media a su menor latitud.

El Ministerio sostiene que la mayor longitud no es otra que la mayor diagonal de la correspondiente figura geométrica. Este es el fundamento de su argumentación. Si tal fuera el sentido de la Ley 160, habría que resolver desfavorablemente las súplicas de la demanda.

Cuando se habla de longitud y latitud de un polígono, indudablemente hay que atender a la dirección de esas dos líneas respecto de la base de la figura. La transversal u oblicua, no es perpendicular a la base y, por lo mismo, tampoco es dado equipararla a la longitud ni a la latitud propiamente dichas. ¿Por qué? Porque participa en cierto modo de la una y de la otra. Su valor dimensional no es simple sino compuesto: con algo de la anchura más algo de la longitud se forma la dimensión de la diagonal en cifra numérica.

El art. 3º de la Ley 160 de 1936 al hablar, como habló, de una relación entre la longitud mayor y la menor latitud, tuvo que referirse a líneas simples, cada una con su propia trayectoria independiente. En otra forma, la relación en términos matemáticos resultaría inconcebible.

Es verdad, que el Decreto 1694 de 1939 se remite a la latitud media, con lo cual da a entender que el otro elemento de referencia, o sea el de la mayor longitud, coincide con la mayor diagonal. Por este aspecto el Servicio Técnico del Ministerio de Minas no anduvo descaminado. Pero claro está que el Decreto, en esa parte, no se aviene con la letra ni con el espíritu de la Ley 160, materia de la reglamentación y por tanto, es inaplicable, como lo demuestra la Compañía demandante.

Desde el punto de vista puramente técnico, a los argumentos del Ministerio, pueden oponerse los de los ingenieros Jorge Perry y Daniel Ortega Ricaurte, quienes en un dictamen pericial producido en otro juicio contencioso-administrativo, dijeron lo siguiente:

"....A nuestro juicio no se debe tomar como mayor longitud del lote una de sus diagonales porque esta línea no corresponde al concepto técnico de la magnitud '*longitud*' de una figura plana". (Juicio de Jorge Aparicio G. sobre nulidad de las Resoluciones de 10 de octubre de 1944 y 21 de marzo de 1945, del Ministerio de Minas y Petróleos).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el parecer de su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA :

1º Son nulas las Resoluciones de 20 de enero y 19 de julio de 1944, del Ministerio de Minas y Petróleos, salvo en lo que atañe a la propuesta número 147 de la Compañía de Petróleos "Los Andes"; y a las propuestas números 167, 193 y 194;

2º En consecuencia, admítase la propuesta número 158 para explorar y explotar petróleo en un globo de terreno, en jurisdicción de los Municipios de Manare y Moreno, Departamenó de Boyacá, de una extensión de 98.847 hectáreas, determinado por su situación y linderos en la solicitud de concesión presentada al Ministerio del Ramo por la Compañía de Petróleos "La Estrella de Colombia"; bien entendido que de dicho globo de terreno y, por tanto, de la respectiva concesión se excluirá, al celebrar el contrato, la zona de conflicto con la supradicha propuesta número 147.

3º El Ministerio de Minas y Petróleos suspenderá la tramitación de la propuesta número 165, del señor Miguel Samper, en cuanto a la zona en que dicha propuesta se superpone a la 158 de la Compañía de Petróleos "La Estrella de Colombia". No se accede a negar la admisión de la

propuesta 165 en lo tocante al área que no se superpone a la de la solicitud número 158.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta de lo dispuesto en este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos, y archívese.

*Carlos Rivadeneira G.—Jorge Lamus Girón—Tulio Enrique Tascón.
Gabriel Carreño Mallarino — Gonzalo Gaitán — Gustavo A. Valbuena.
Guillermo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Srio.*

Acuerdos Municipales

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino)

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

El Cabildo de Barranquilla expidió el Acuerdo número 20, de 9 de diciembre de 1942, “por el cual se crea la Junta Municipal de Hacienda y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 20 de ese Acuerdo, estatuye:

“Declárase incurso en el impuesto de industria y comercio la ocupación subterránea con depósitos de materias inflamables y que se vendan al público. La Junta Municipal de Hacienda hará los aforos correspondientes de acuerdo con la siguiente clasificación:

“Primera categoría	\$ 50.00 mensuales.
“Segunda categoría	\$ 30.00 mensuales”.

En escrito de 27 de septiembre de 1945, el señor Mauricio Buitrago O., por medio de apoderado, y obrando en ejercicio “de las acciones que establecen los artículos 66 y 68 de la Ley 167 de 1941” pidió al Tribunal Administrativo del Atlántico, que anulase el precepto que se acaba de transcribir; el cual —según el demandante— quebranta el artículo 10 del Acto Legislativo 1º de 1936, 202 de la actual Codificación Constitucional (antes número 199), 9º y 10 de la Ley 110 de 1928 y 6º (in fine) de la Ley 72 de 1926.

El actor agregó esta otra solicitud: que se le restableciera en su derecho, “o sea que se le indemnice del impuesto pagado hasta la fecha... porque la violación es un hecho, una operación administrativa, como lo prueban los recibos de pago que acompaño originales”.

Además de estos, el señor Buitrago O. presentó el periódico oficial donde se publicó aquel Acuerdo.

El Tribunal *a quo*, decidió el asunto en sentencia de 14 de diciembre de 1945, anulando el artículo 20 acusado, y no accediendo a las otras peticiones de la demanda.

Para resolver lo primero, el Tribunal se fundó en que, dado que los Cabildos no pueden “conceder permisos para el uso del subsuelo, con menos razón podrán gravar la ocupación de aquéllos. Esto naturalmente —agregó— en cuanto a la ocupación de las vías públicas, plazas, etc., y si se tiene en cuenta que el subsuelo gravado por el Concejo de Barranquilla es precisamente el situado dentro de la propiedad particular, resulta no solamente ilegal sino inconstitucional tal gravamen”.

Para despachar en sentido adverso las otras súplicas del libelo, se dijo que el restablecimiento del derecho sólo podía examinarse si la demanda se presentaba dentro de los cuatro (4) meses de que habla la Ley 167 de 1941.

De la decisión del Tribunal apeló el señor Agente del Ministerio Público.

En el Consejo de Estado se han cumplido los trámites propios de la segunda instancia.

Para resolver, se considera:

El señor Fiscal de esta Corporación, en su vista de fondo (f. 24 y siguientes) conceptúa que debe *revocarse* la sentencia del inferior y negar, en cambio, las peticiones de la demanda.

La Sala acogió este concepto y lo transcribe como suficiente respaldo en orden a decidir desfavorablemente acerca de la acción propuesta.

Dice así la Fiscalía:

“En el artículo 6º de la Ley 72 de 1926 que por virtud de la Ley 89 de 1936, autorizó a ciertos Municipios, entre los que quedaba incluido Barranquilla, para establecer impuestos y contribuciones sin necesidad de autorización especial de la Constitución, las Leyes y Ordenanzas, permitió a dichos Municipios establecer el Impuesto de Industria y Comercio y otros, dentro de los límites que les señalan el Código Político y Municipal en su artículo 169, ordinal 9º. Es claro, como lo señala el Fiscal del Tribunal, que tales disposiciones no podrán ir contra las Leyes o las Ordenanzas, pero tampoco requieren autorización especial de ellas por mandato expreso de las disposiciones que se acaban de transcribir.

“Para invalidar un impuesto así establecido, no se necesita demostrar que no existe la autorización, sino que el impuesto viola normas superiores que lo prohíben. De tal suerte que en manera alguna se presenta la violación pretendida, del párrafo final del artículo 6º de la Ley 72 de 1926.

“En lo que hace a los artículos 9º y 10 de de la Ley 113 de 1928, ellos se refieren a la autorización que la Ley da a la Nación para conceder permisos para el uso de las calles, plazas, vías públicas y demás bienes nacionales de uso público, así sea en la superficie o en el subsuelo para diversos usos, facultad que antes era propia de los Concejos según la Ley 97 de 1913, artículo 4º. No se pueden considerar violados estos artículos con el Acuerdo demandado, pues es cosa diferente la concesión por parte de la Nación de permisos para la ocupación del subsuelo de calles, plazas y bienes nacionales en general, de los impuestos que puedan imponer los Municipios a las actividades industriales y comerciales que se desarrollen mediante esa ocupación.

“La Fiscalía no ve la razón de ser de la argumentación hecha por el Tribunal de Barranquilla, de que por el hecho de ser la Nación quien concede el permiso, los Municipios no pueden imponer los impuestos, ni mucho menos la de que si esto es así en tratándose de plazas, vías públicas y demás bienes nacionales, con mayor razón sucederá tratándose de bienes particulares, como en el presente caso. Se trata de dos fenómenos que no tienen ninguna relación de causalidad, pues el permiso nada tiene que ver con el gravamen y como se hace notar, ese permiso se refiere a ciertos bienes que son de la Nación, de donde resulta que en los bienes particulares no se necesitará ningún permiso y por esta misma razón podrían gravarse si se le diera cabida al pensamiento o argumentación del Tribunal.

JAIME TOSON VILLEGAS
DONACION

“Pero fuera de todo esto, el Tribunal rechaza la opinión del Fiscal de que se trata aquí de un gravamen al comercio de combustibles tales como gasolina, etc., de los que se venden por medio de bombas, pues dice que se trata de un impuesto sobre la ocupación del subsuelo o subterránea, olvidando que el mismo artículo aclara que se necesita *que se vendan al público*. No cabe duda, aun por la misma orden de inclusión de su producido dentro de las rentas municipales denominadas de Industria y Comercio, que lo que se trata de gravar no es la ocupación del subsuelo, aunque así se exprese, sino el hecho de comerciar con materias inflamables que se depositen subterráneamente para darlas al expendio. Si esto no fuera así, los tanques y depósitos subterráneos para almacenamiento de cualquiera materia inflamable quedarían cobijados también por el impuesto, pero esto no es posible, pues es *‘conditio sine quanon’ que se vendan al público* esas materias.

“Tratándose, como se trata, de un impuesto no prohibido por ninguna Ley u Ordenanza, el Municipio de Barranquilla puede establecerlo en la forma como quedó hecha en el artículo del Acuerdo que se manda...”.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *revoca* la sentencia apelada y en su lugar, niega todas las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Rivadeneira G.—Tulio Enrique Tascón—Gabriel Carreño
Mallarino—Gonzalo Gaitán—Gustavo A. Valbuena—Jorge Lamus Girón.
Guillermo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Srio.

Jurisdicción Coactiva

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino)

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

La Prefectura de Control de Cambios, en Resolución número 111 de 21 de junio de 1941, impuso a los señores Juan de Dios Franco (de Quito, Ecuador) y Luis y Santiago Escrucerías multas de \$ 8.000.000 y \$ 6.000.00, respectivamente, por infracciones de los preceptos sobre control de cambios internacionales. En el mismo acto se reconoció en favor del señor Roberto Arcila Cardona, Capitán que fue del Puerto de Tumaco, el 20% de una parte de las expresadas multas, como denunciante de tales irregularidades.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público aprobó lo anterior en providencia número 408 de 30 de abril de 1942.

Del valor de aquellas multas, los señores Escrucerías pagaron \$ 4.000.00. Quedó, pues, a cargo de ellos la cantidad de \$ 2.000.00, y a cargo del señor Franco la inicial de \$ 8.000.00.

Cumpliendo instrucciones de la Prefectura de Control y con apoyo en los antecedentes anotados, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales libró el 3 de agosto de 1943, orden de pago por la vía ejecutiva, a favor de la Nación, por \$ 8.000 contra el señor Franco y por \$ 2.000 contra los señores Luis y Santiago Escrucerías, como socios colectivos de "Luis Escrucería e Hijos", de Tumaco.

El juicio ejecutivo se adelantó con el lleno de las formalidades legales.

Oportunamente, los señores Escrucerías propusieron tres (3) excepciones: 1ª Inexistencia de la obligación; 2ª Ilegitimidad de la persona sustantiva de la parte demandada; 3ª Ineficacia del título que ha servido de recaudo ejecutivo.

El señor Juan de Dios Franco se hizo luego presente en el asunto, por medio de apoderado y coadyuvó las excepciones.

Se practicaron pruebas para respaldar dichas defensas; se oyó al señor Fiscal del Consejo, y ahora es tiempo de decidir sobre las excepciones.

Con tal fin se considera:

Los hechos en que los ejecutados señores Escrucerías fundaron las referidas excepciones, son anteriores a los actos administrativos, base del recaudo, y se encaminan más bien a impugnar de nulidad tales actos; lo cual se echa de ver con la sola lectura del escrito de 16 de agosto de 1945, dirigido por los interesados al señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales. En ese escrito se proponen y se explican las excepciones así:

"Inexistencia de la obligación

"1º Fundo esta excepción en el hecho de que ni el señor Juan de Dios Franco, ni los señores Luis y Santiago Escrucerías en su condición de mandatarios de aquél en la clase de simples comisionados intermediarios, estaban legalmente obligados a solicitar permiso para la exportación de la tagua y demás artículos a que se refiere la Resolución

número 111 de 21 de junio de 1941, dictadas por la Prefectura de Control de Cambios y Exportaciones; y

"2º En el hecho de que ni el señor Juan de Dios Franco, ni los señores Luis y Santiago Escrucerías estaban en la obligación, el primero como importador y los segundos como simples comisionados intermediarios, de vender al Banco de la República, el producto del valor de la venta en el exterior de la tagua, el caucho y demás artículos exportados a que se refiere la misma Resolución 111 de 21 de junio de 1943, dictada por la Prefectura de Control de Cambios y Exportaciones.

"Y no estaban obligados a solicitar permiso alguno de exportación, ni a reintegrar las sumas producto de la venta por conducto del Banco de la República, porque las disposiciones de control vigentes hoy y aplicables en la fecha en que se sucedieron los hechos sancionados por la Prefectura, los exime de la obligación del permiso y del reintegro, no les impone obligación alguna a estos respectos.

"Hasta el año de 1931 el comercio de exportación de los productos del país era casi completamente libre; sin sujeción a requisito alguno sustancial, todo productor exportaba su artículo amparado en las leyes y decretos que estimulaban la exportación, porque ella conviene a la economía nacional contribuyendo al saludable equilibrio de la balanza comercial. Las circunstancias especiales de aquellos años en que la crisis económica y fiscal amenazó seriamente las finanzas públicas, obligó al gobierno, autorizado por el legislador, a dictar medidas de control sobre las exportaciones de capitales. La primera de estas medidas fue el decreto número 1871 de 21 de octubre de 1931, el cual en su artículo 8º dispuso:

'Artículo 8º Ninguna exportación de mercancías podrá hacerse de Colombia sin que el presunto exportador haya obtenido el permiso de la oficina de control, o de sus agentes, permiso que sólo se concederá cuando a la oficina respectiva se le dé la seguridad de que el producto en moneda extranjera proveniente de tal exportación se pondría a disposición del Banco de la República para que éste lo compre. El Banco, al efectuar las compras de giros provenientes de tales exportaciones, procederá con su propio criterio para calificar las firmas giradoras, sin necesidad de someterse a normas especiales'.

"En forma general, pues, toda exportación de mercancía requería en primer lugar, el permiso y, en segundo lugar, la seguridad dada por el presunto exportador de que el producto de venta de los artículos exportados se pondría a disposición del Banco de la República para su compra.

"Vino luego el artículo 1º del Decreto 794 de 1933 que dice:

'... Las exportaciones de productos nacionales *distintos* del café, el petróleo, el banano, el oro, el platino y los cueros de res, podrán efectuarse sin otro requisito que el permiso de la Oficina de Control... y sin la obligación... de vender al Banco de la República el producto de la venta de dichos artículos en el exterior...'

"Suprimió, pues, esta disposición uno de los requisitos de exportación, el segundo, es decir, aquel referente a la obligación por parte de los exportadores de artículos *distintos* de los en ella enumerados, de vender al Banco de la República el producto de venta en el exterior de estos artículos. Las exportaciones de ellos sólo quedaron sujetas al permiso de la Oficina de Control de Cambios.

"Vino después el Decreto 812 de 1936, a disponer en su artículo 6º lo siguiente:

"...Modifícanse las disposiciones del Decreto 794 de 1933, en el sentido de que las exportaciones de productos nacionales distintos del café, petróleo, banano, oro, plata, platino, sombreros de paja toquilla, esmeraldas y cueros de res, podrán exportarse del país sin necesidad de permiso de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones. En consecuencia, los administradores de aduana y las oficinas de encomiendas postales, después de comprobar que los artículos que van a exportarse no están comprendidos dentro de los que se han enumerado, permitirán la exportación de ellos, sin exigir el permiso de la oficina de control de cambios y exportaciones".

"Quedó, pues, por imperio de esa disposición suprimido, para los artículos distintos de los en ella enumerados, el primero de los requisitos de exportación..., es decir, el permiso previo de la oficina de control y, en consecuencia, todos los productos nacionales, no determinados en este último decreto quedaron libres de exportación.....

"Ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada

"Esta excepción se funda en el hecho de que los señores Luis y Santiago Escrucerías no son introductores de las remesas de dinero en paquetes, ni en giros que por conducto de la Naviera *Hapag Lloyd*, enviaban los compradores de la tagua en Panamá con destino al exportador Juan de Dios Franco. Los demandados señores Escrucerías tan sólo hacían entrega de las mercancías y encomiendas que llegaran a Tumaco a los destinatarios como comisionados de la Naviera. Eran simples comisionistas intermediarios entre la Naviera y Juan de Dios Franco y sus obligaciones y responsabilidades tan sólo nacían en el momento de recibir las encomiendas enviadas por los verdaderos introductores al país del dinero introducido. Y si la introducción era fraudulenta, si al hacerla no se cumplieron los requisitos que las leyes de control exigen, si no se pagó el impuesto de residentes a que se refiere la Prefectura de Control en la Resolución 111, la sanción debe recaer sobre el verdadero introductor y no sobre el simple intermediario, ajeno a toda responsabilidad por este concepto.

"Tampoco pueden los señores Escrucerías ser sujetos activos, en este caso, de infracciones que determinen legalmente una pena, porque en ningún caso puede sostenerse que su papel de intermediarios determinaba operaciones mercantiles que impliquen cambio internacional.

"A este respecto carece en absoluto de fundamento la sanción impuesta, ninguna disposición le sirve de base, y sobre interpretaciones sobre modo dudosas hechas a fuerza de analogía; no es posible aplicar una pena. La H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1943 que oportunamente será traída a los autos, definió claramente la condición jurídica y administrativa de los señores Escrucerías en orden a su personería sustantiva.

"Ineficacia del título ejecutivo

"La Resolución 111 de 21 de junio de 1943 sobre multas..., que ha servido de fundamento al juicio ejecutivo de que se trata, es jurídicamente ineficaz por ser contraria a la ley y violatoria de las normas dictadas por el gobierno sobre control de cambios y exportaciones y de las normas que por medio de resoluciones ha dictado sobre el particular la misma Prefectura...".

Hasta aquí los señores Escrucerías.

Todas y cada una de las razones preinsertas hubieran podido ser estudiadas con amplitud por el Consejo de Estado al decidir éste un juicio contencioso-administrativo de nulidad de las Resoluciones que han servido de fundamento al presente cobro judicial.

Pero es lo cierto que dichos actos de la Prefectura de Control de Cambios y del Ministerio del Ramo no están *sub judice*. De aquí que, si ahora, con el solo apoyo de lo que dicen los señores Escrucerías, se declarase probada cualquiera de las excepciones que ellos han propuesto, semejante decisión entrañaría la nulidad de las Resoluciones firmes y ejecutoriadas, respecto de las cuales no consta que se haya hecho valer en tiempo acción alguna contencioso-administrativa.

Es verdad, que constituye excepción *perentoria* todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió (artículo 329 del C. J.); y que de un simple examen superficial del caso de autos, podría inferirse que son viables las defensas de que se trata en este juicio ejecutivo. Empero, a poco ahondar en el análisis del artículo 329, se advierte: 1º Que él contempla dos clases de excepciones: a) las que desconocen la existencia de la obligación; y b) las que la declaran extinguida si existió; y 2º Que la oportunidad para hacer valer excepciones de la primera clase es una, y otra muy distinta la de presentar las otras.

Los hechos que, probados, destruían la existencia misma de las obligaciones los designaron los romanos con el nombre de *medios de defensa*; al paso que se reservó la denominación de excepciones para abarcar dentro de ella únicamente los fenómenos extintivos.

Si ocurre, como ha ocurrido en el presente negocio, que la autoridad dicta unas providencias en que sanciona con unas multas a personas particulares, y éstas no se sienten legalmente merecedoras de tal sanción, pueden, desde luego, defenderse, pero por los trámites y en las ocasiones que preveen las Leyes.

Los señores Escrucerías y el señor Franco hubieran podido acusar de nulidad, ante esta Corporación, aquellas Resoluciones. Dentro del procedimiento ordinario de lo contencioso-administrativo se habría admitido la prueba de todo hecho capaz de acreditar la tacha de nulidad de la sanción impuesta, es decir, de todo hecho tendiente "a desconocer la existencia de la obligación".

No lo hicieron así. De entonces a hoy ha transcurrido un lapso muy superior al de los cuatro (4) meses que la Ley brinda para promover acciones de plena jurisdicción o de mero restablecimiento del derecho.

Así las cosas, ya no es posible, jurídicamente hablando, proponer y probar otras excepciones que las de pago, prescripción o modificación de la Ley punitiva en sentido favorable a los infractores.

La doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en fallos de 23 de octubre de 1942 (*Gaceta Judicial*, Tomo LIV-bis, págs. 355 a 363) corrobora estos razonamientos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara improcedentes las excepciones propuestas en este juicio, y ordena seguir adelante la ejecución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Rivadeneira G. — Gabriel Carreño Mallarino — Jorge Lamus Girón — Tulio Enrique Tascón — Gustavo A. Valbuena — El Conjuez, Genaro Cruz V. — Luis E. García V., Srio.

Actos de los Gobernadores

(Consejero ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

Consejo de Estado — Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

Los señores Rafael Romero C. y Carlos Ayala por sí, y el doctor José Joaquín Castro Martínez, como apoderado de Luis Oramas Roa, Luis María Ruiz, Humberto Vanegas, Leocadio Niño A., Carlos Ayala, Hernando Amaya F., Enrique Quijano y Marco Tulio Corredor, solicitaron en los meses de octubre y diciembre de 1942, de la Alcaldía de Bogotá, sendos permisos o licencias para explotar varias canteras situadas al oriente de la carrera 7ª de Bogotá, entre calles 70 y 85.

La Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, comisionó al señor Geólogo Municipal para que, previa visita a las mencionadas canteras conceptuase sobre la conveniencia o inconveniencia de conceder el permiso solicitado por los supradichos señores.

El informe de ese funcionario técnico del Municipio fue adverso al otorgamiento de la licencia de explotación de aquellas canteras.

En efecto, el señor Geólogo consideró que tal explotación estaba causando "serios perjuicios a la ciudad, especialmente a la pavimentación de la carrera 7ª y al sistema de alcantarillado" de dicha vía pública, "entre calles 70 y 85 hacia el occidente", y daba lugar, además, a "grandes peligros para la seguridad de la zona" de ubicación de las canteras.

Con fundamento en ese dictamen geológico oficial, el señor Alcalde diciendo obrar en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere la Ley 51 de 1942 y el Acuerdo número 106 del mismo año, negó la referida licencia en Resolución número 27 de fecha 25 de mayo de 1943. Allí se dispuso también que los trabajos de explotación de tales canteras debían suspenderse dentro del plazo de diez días contados desde la respectiva notificación; y que si no se daba cumplimiento a lo anterior, los infractores incurrirían en multas sucesivas hasta por \$ 500.00.

Contra ese acto del Jefe de la Administración Municipal se hicieron valer —por algunos de los interesados— los recursos que la Ley concede en la vía gubernativa. Sin embargo, la mencionada Resolución fue confirmada por el propio Alcalde en la número 35 de junio 30 de 1943, y por el señor Gobernador del Departamento en providencia número 61 de 24 de diciembre siguiente.

Pertenecen a la parte motiva de ésta última, los razonamientos que a continuación se copian:

".....
"Dice la Ley 51 de 1942, en sus dos primeros artículos: 'Artículo 1º Los Municipios procederán a suspender la explotación de canteras, areneras y la elaboración de materiales para construcción cuando de ello se derive peligro o perjuicio para las poblaciones, sus obras públicas, las edificaciones particulares, o las aguas de uso público'. 'La Resolución sobre el particular deberá fundamentarse en el concepto previo de los peritos'. Artículo 2º No podrá concederse permiso para las explotaciones a que hace referencia el artículo anterior, sin previo concepto fa-

vorable de peritos, que acrediten la ausencia de los dichos peligros o perjuicios'. 'El permiso deberá otorgarse por medio de Resolución y en ésta se fijarán las condiciones técnicas en que deba hacerse la explotación'. 'Parágrafo. La omisión de cualquiera de dichas condiciones, ocasionará el cierre de las explotaciones a que esta Ley se refiere, más las multas legales que el Municipio considere equitativas'. En desarrollo de las autorizaciones conferidas por la Ley transcrita y en ejercicio, además, de las atribuciones contenidas en el numeral 5° del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, el Concejo de Bogotá dictó el Acuerdo número 106 de 1942 adicionando el Acuerdo número 29 de 1894 y que dice: 'Artículo 2° Desde la fecha de publicación del presente Acuerdo, es absolutamente prohibida la explotación de canteras de cualquier naturaleza en la zona alta y oriental de la ciudad, sin que se haya obtenido la correspondiente licencia del Alcalde'. Ahora, el Alcalde de Bogotá, como Jefe de la Policía y de la Administración Municipal y encargado, por tanto, de velar por la conservación del orden público y por la cumplida aplicación de las disposiciones legales vigentes dentro del territorio de su jurisdicción, resolvió negativamente las solicitudes que le fueron formuladas por los señores Rafael Romero y Carlos Ayala, tendientes a obtener licencia para continuar explotando unas canteras situadas en la zona oriental de la ciudad, mediante la providencia que es materia del recurso, la que igualmente dispuso la suspensión de los trabajos en las referidas canteras...

"De esta providencia se dieron por notificados los doctores José Joaquín Castro Martínez y Luis Oramas Roa, en su calidad de apoderados de los citados señores, por escrito presentado a la Alcaldía el 4 de junio, en el cual solicitaron su reposición y, en su defecto, la apelación que, como se ha dicho, se concedió por Resolución número 35 del 30 del mismo mes de junio, notificada personalmente a ellos. Después de manifestar reiteradamente que no es la intención de sus mandantes 'oponerse a las medidas administrativas que se juzguen indispensables en bien de la ciudad', los señores apoderados en memorial presentado, el 24 de agosto, sustentan su recurso y solicitan que la providencia de la Alcaldía sea revocada, en virtud de manifiestas irregularidades de procedimiento y de que desconoce indiscutibles derechos adquiridos que la Constitución y la Ley obligan a reconocer y amparar. A estos dos puntos se sintetizan los argumentos alegados por los recurrentes, así que debemos concretarnos a analizarlos, por cuanto no es necesario volver a estudiar el que se hizo valer en un principio, consistente en afirmar que la orden de suspensión de trabajos en las canteras equivale a una expropiación, y como tal, han debido aplicarse las normas que reglamentan esta clase de actos de la Administración, en vista de que este argumento quedó clara y plenamente rebatido en la Resolución número 35 de la Alcaldía que denegó la reposición y, además, porque de él han prescindido los apelantes, cuando en el memorial arriba citado manifiestan (folio 15 v.): 'Se dirá, sin embargo, que en el caso que se estudia no se trata de expropiaciones. Nosotros sostenemos que si el caso no es análogo, sí es más grave, porque aceptando que en la expropiación hay un beneficio para el Estado por cuanto éste adquiere los bienes que expropia, lo cual explica la indemnización, en cambio cuando se ordena la suspensión de una industria lícita al no mediar la indemnización de perjuicios el fenómeno se trocaría en una pena o sanción, que consistiría en que el interesado perdiera el lucro cesante y recibiera el daño

emergente sin que por otro lado hubiera motivo para la imposición de semejantes sanciones, ya que partimos de la base de que la explotación es lícita...'. Pero antes de proceder a este análisis, conviene precisar a qué categorías de actos pertenece la Resolución dictada por la Alcaldía de Bogotá que ordenó la suspensión de los trabajos en las canteras, es decir, en qué clase de las funciones que corresponden a los Alcaldes puede catalogarse, de donde se podrá establecer a qué principios obedece y qué normas jurídicas le son aplicables. En efecto: la Ley 51 de 1942 arriba transcrita, al autorizar a los Municipios para suspender la explotación de canteras, areneras y la elaboración de materiales de construcción, cuando de ellos se derive algún peligro o perjuicio que afecte los intereses públicos o privados, es una medida de carácter preventivo que tiende de manera indiscutible a garantizar la seguridad pública en su aspecto 'material externo y objetivo', uno de los elementos integrantes del concepto de orden público. Es indudable que la conservación del orden público, en sus tres elementos de seguridad, tranquilidad y salubridad públicas, constituye una función primordial del Estado, de índole administrativa, que se ha denominado función de policía y la cual ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia en fallo de octubre de 1936...

"De acuerdo con lo anterior, bien se comprende que la providencia de la Alcaldía, objeto del recurso, es un acto de policía, es la aplicación del medio individual policivo en cuya virtud, conforme el motivo previamente definido en la Ley 51 y reglamentado por el Acuerdo número 106 del Concejo de Bogotá, se va a garantizar el orden público por su aspecto de la seguridad de un importante sector de la ciudad. En consecuencia, estas medidas, usando de las mismas palabras empleadas por la Corte en el fallo aludido, implican inevitablemente restricciones a la libertad de la industria de extracción de materiales de construcción ubicada en sitios aledaños a los centros poblados. Aclarado este punto, pasamos a estudiar el primer argumento expuesto por los recurrentes, que puede resumirse así: con la suspensión de las explotaciones ordenada por la Alcaldía, se desconocen los derechos adquiridos de quienes venían ejercitándolos, infringiendo los principios constitucionales y legales que garantizan entre nosotros la propiedad privada, pues si bien es cierto que el interés público o social prima sobre los derechos de los particulares, éstos deben ser equitativamente reparados. Como atrás quedó expuesto, la suspensión de trabajos en las canteras, ordenada por la Alcaldía, es una medida de carácter netamente policivo. Según ello, no puede alegarse derechos adquiridos en el presente caso, porque las libertades públicas, entre las que se comprenden la libertad de industria, están en todo momento sometidas a sufrir restricciones y limitaciones, cuando su ejercicio compromete el orden público. Conforme a estos principios, no sería viable indemnizar los perjuicios que pueda sufrir un particular a consecuencia de la aplicación de una medida de policía que ordena suspender una actividad peligrosa para la comunidad, porque además de entrañar un desconocimiento de las características jurídicas inherentes a la función policiva del Estado, equivaldría a reconocer que se tienen derechos adquiridos que merecen protección y respeto, para atentar contra el orden público, sería tanto como revivir el concepto ya desechado en todas las legislaciones del absolutismo de los derechos privados. Una comparación que se haga con medidas de la misma índole

adoptadas por el Estado, permitirá explicar en forma más clara y explícita la tesis precedente...

"...como por ejemplo, cuando se ordena el retiro de las zonas urbanas de industrias peligrosas para la seguridad, la salubridad y la tranquilidad públicas, sin que ello implique responsabilidad para el Estado y tenga, por tanto, que indemnizar. En cuanto al segundo argumento de los apelantes, se sintetiza así: La Resolución de la Alcaldía al fundarse tan sólo en el informe rendido por el Geólogo Municipal, quebranta la Ley 51 de 1942, que exige, para ordenar la suspensión de las explotaciones a que ella se refiere, que los peligros o perjuicios que de dichas explotaciones se deriven, se hayan establecido previamente mediante dictamen de peritos, que debe producirse con los requisitos y en la forma determinados en las disposiciones pertinentes del Código Judicial sobre la prueba pericial, no sólo porque a ella quiere aludir la Ley 51, sino también porque el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo ordena que 'los vacíos en el procedimiento administrativo se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil', siendo, por tanto, aplicables los preceptos contenidos en el Capítulo VIII, Título XVIII, Libro II de dicha obra. Ninguna de estas formalidades se ha cumplido, dicen los recurrentes, y de ellas carece en absoluto el mencionado informe para que pueda estimarse como prueba pericial, base insustituible para la validez de las medidas adoptadas por la Alcaldía en desarrollo de la Ley 51. Además, el susodicho informe, proviene de una persona a quien faltan las dos condiciones esenciales de idoneidad e imparcialidad que deben reunir los peritos: la primera, por cuanto no aparece acreditado en las diligencias, conforme lo dispuesto en la Ley 94 de 1937, artículo 3º, que el autor del informe sea profesional graduado, 'sin que contra ello valga alegar la excepción que consagra el inciso 2º del mismo artículo, pues en este caso el señor Alcalde de la ciudad no obró como autoridad policiva, sino como autoridad administrativa encargada de hacer cumplir, mediante los trámites señalados en sus artículos 1º y 2º, la Ley 51 de 1942'; y la segunda, porque al tenor del inciso 1º, del artículo 669 del C. J., existe contra el Geólogo Municipal, como funcionario dependiente del Alcalde, la presunción legal de parcialidad y, en consecuencia, es recusable. Es cierto que la Ley 51 de 1942 establece el motivo de policía que ha sido uno de los fundamentos de la Resolución, la que no se funda solamente en dicha Ley, sino también en el Acuerdo número 106 del Concejo de Bogotá, que faculta a la Alcaldía para 'prohibir la explotación de canteras de cualquier naturaleza en la zona alta y oriental de la ciudad, sin que se haya obtenido la correspondiente licencia'. Lo que quiere decir que tales canteras como lo son aquellas a que se refiere la providencia en estudio, cuando no tengan la respectiva licencia, deben ser suspendidas por la Alcaldía en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo mencionado. No existe, pues, contradicción alguna entre el Acuerdo y la Ley. Por otra parte, hacen notar los recurrentes que tan sólo los señores Ayala y Romero formularon solicitud de licencia para continuar la explotación de sus canteras y sin embargo la Alcaldía extendió la orden de suspensión a las canteras de otras personas distintas, que no habían elevado petición alguna. Se anota a lo anterior, que no es causa de nulidad ni vicio que destruya la validez de la Resolución, la circunstancia de que en ella se haya dispuesto el cierre de las canteras de los señores Ayala y Romero, como consecuencia de la negativa para concederles las licencias

solicitadas, así como la suspensión de otras explotaciones similares, ubicadas en el mismo sector de la ciudad, por cuanto éstas carecían de licencia y, además, el informe del técnico les era igualmente desfavorable y con él se ha comprobado que ocasionan serios perjuicios a las vías públicas y a las edificaciones de particulares. Ahora, es verdad que la Ley 51 exige que la Resolución por la cual se ordena suspender las referidas explotaciones, debe fundamentarse en el concepto de peritos. Tal formalidad no se ha omitido, pues obra en el expediente el informe amplio y pormenorizado del Geólogo Municipal, técnico en estas materias, que constituye una prueba plena sobre los informes perjudiciales y el peligro que representan para la seguridad de los bienes públicos (vías y aguas de uso público) y los privados (construcciones de barrios residenciales), las canteras a que alude la Resolución. Acaso esta prueba ha debido producirse con las formalidades determinadas en el Código Judicial y, por tanto, la providencia de la Alcaldía carece de fundamento, por contravenir la Ley 51, como lo afirman los apelantes? No lo considera así esta Gobernación, porque siendo la providencia de primera instancia un acto de policía, que no tiene carácter contencioso, está fuera de lugar traer a cuento las normas legales citadas por los recurrentes, aplicables para controversias de derecho privado, pero no puede pretenderse que lo sean dentro de un procedimiento administrativo, del ramo policivo, para el cual no existe reglamentación. Y tampoco cabe alegar lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley 167 de 1941, que reglamentó en extenso el procedimiento ante lo contencioso administrativo, pues estas normas no cobijan las actuaciones del Estatuto en ejercicio de su función de policía que, se repite, está sometida a un régimen de excepción; de lo contrario, se impediría la realización de los fines propios de esta función de policía. Por último, las tachas que se formulan contra el perito son, por las mismas razones, inaceptables en virtud de lo previsto en el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 94 de 1937, mencionada por los apelantes, ya que se trata de un asunto policivo, conforme se ha demostrado. Además, los funcionarios públicos están amparados por la presunción legal de su idoneidad y habilidad, de manera que correspondería a los recurrentes probar lo contrario....”

Hasta aquí la Gobernación.

Con poder de algunos de los interesados y del señor Mamerto Vargas, el doctor José Joaquín Castro Martínez, ejerciendo las acciones de que tratan los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Ley 167 de 1941, pidió al Tribunal Administrativo de Bogotá, en libelo de 5 de mayo de 1944, que hiciese las siguientes declaraciones:

“*Primera.* — Que es nula la Resolución número 27, dictada por el señor Alcalde Municipal de Bogotá el día 25 de mayo de 1943, por la cual se niega la expedición de unas licencias para la explotación de unas canteras, e igualmente la número 35 de junio 30 de 1943 de la misma Alcaldía y la número 61 de 24 de diciembre siguiente, dictada por la Gobernación de Cundinamarca y en virtud de las cuales se agotó el procedimiento gubernativo respecto de la primera.

“*Segunda.* — Que fueron inconstitucionales e ilegales los hechos u operaciones ejecutados u ordenados por la Alcaldía Municipal de Bogotá, después de proferirse la citada Resolución pero antes de quedar ejecutoriada, para obtener la suspensión de la explotación de las canteras,

areneras y cascajeras que mis mandantes beneficiaban en junio de 1943 en el sector de esta ciudad comprendido entre las calles 74 y 80, al oriente de la carrera 7ª.

"Tercera.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, y para restablecer a mis poderdantes en los derechos suyos violados por la Resolución 27 y hechos u operaciones acusados, se ordene reponer las cosas al estado en que se encontraban en junio de 1943, mes en que se ejecutó la Resolución, quedando, además, el Municipio de Bogotá obligado a indemnizar plenamente a mis representados los perjuicios que se les causaron desde que se suspendieron, por orden de la Alcaldía Municipal de Bogotá, las referidas explotaciones hasta que se les restablezca en sus derechos en la forma dicha; indemnización que se liquidará por el trámite que autoriza el artículo 123 de la Ley 167 de 1941 y con arreglo a las bases que se fijen en la sentencia que ponga fin al presente juicio contencioso-administrativo.

"Para el caso de que no se haga la declaración tercera anterior, pido que, en subsidio, se promulgue la siguiente:

"Tercera-bis.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Municipio de Bogotá debe indemnizar plenamente a mis mandantes los perjuicios que hasta ahora se les han causado con la clausura ilegal, ordenada por la Alcaldía Municipal de Bogotá, de las citadas explotaciones, y los que en adelante se les causen hasta que subsista esa suspensión ilegal; indemnización que se liquidará por el trámite que autoriza el artículo 123 del Código Contencioso Administrativo y con arreglo a las bases que se señalen en la sentencia que ponga fin al presente juicio".

Como hechos fundamentales de la demanda, el actor señaló además de los que constan en las anteriores transcripciones, los que en seguida se reproducen:

"1º Con fecha 1º de diciembre de 1894 el Concejo Municipal de Bogotá dictó el Acuerdo número 29, al cual pertenecen las siguientes disposiciones:

'Artículo 1º—Desde la fecha de la publicación del presente Acuerdo, es absolutamente prohibida la explotación de canteras de cualquier naturaleza en la zona alta y oriental de la ciudad, comprendida entre el 'Arroyo de la Vieja', en Chapinero y el 'Alto de Vitelma' en el camino de San Cristóbal, sin que se haya solicitado la correspondiente licencia del señor Alcalde.

'Artículo 2º—Esta licencia no podrá concederla aquel empleado sin que antes haya practicado el señor Ingeniero Municipal, un examen detenido y cuidadoso del lugar de la explotación; de cuyo informe deducirá el Alcalde si es perjudicial o no, la explotación que desea (sic) llevar a cabo'.

"4º En el intervalo comprendido entre el 1º de diciembre de 1894 y las fechas en que comenzaron a regir el Acuerdo 106 y la Ley 51 de 1942, durante el cual era lícita y estaba permitida sin limitación alguna la explotación de canteras, areneras y cascajeras existentes en la parte oriental y alta de esta ciudad, al Norte del cauce de la quebrada o arroyo de La Vieja, mis mandantes se establecieron como empresarios de la citada explotación en las fechas y en los sitios de la expresada zona que a continuación se indican:

"*Leocadio Niño A.*, en octubre de 1941, y en una cantera situada en tierras de propiedad del señor Guillermo Uribe Holguín, en la finca denominada 'Rosales';

"*Rafael Romero C.*, en el año de 1932, sin recordar la fecha exacta, en una cantera tomada en arrendamiento a la señorita Rosa María Romero, situada en el punto denominado 'Patiasao';

"*Luis María Ruiz*, en el año de 1933, sin recordar la fecha exacta, en unas canteras de propiedad del señor Guillermo Uribe Holguín, dentro de la finca de éste denominada 'Rosales';

"*Mamerto Vargas*, en julio de 1936, en una cantera situada en tierras del mismo señor Uribe Holguín, en el punto denominado 'Las Habas', y

"*Carlos Ayala*, en el año de 1932, en unas canteras situadas en tierras del señor Hernán Archila, entre las calles 78 a 82, aproximadamente, arriba de la carrera 3ª.

"8º La Resolución número 27 de 1943, de la Alcaldía de Bogotá, se expidió en forma irregular, pues para dictarla no se siguió el trámite señalado por los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1942, y por este aspecto constituye la culminación de un procedimiento ilegal.

"9º Considerada en sí misma, la Resolución acusada es también ilegal e irregular, porque no guarda la debida consonancia con las peticiones que por medio de ella se resolvieron, según paso a explicarlo:

"El suscrito y el doctor Luis Oramas Roa, como apoderados de los señores Leocadio Niño A., Rafael Romero C., Mamerto Vargas, Carlos Ayala, Luis María Ruiz y otros, solicitaron de la Alcaldía Municipal de Bogotá, en memorial de fecha 16 de diciembre de 1942 y en vista de que la Alcaldía ya había hecho pública su decisión de clausurar la explotación de las canteras situadas al norte de la quebrada de La Vieja y hasta había impartido órdenes verbales o escritas en ese sentido al señor Inspector 10º Municipal, que en caso de efectuarse esa suspensión se indemnizara previa o simultáneamente a los damnificados con ella todo el perjuicio que pudiera causárseles y se reconocieran y respetaran todos sus derechos. En dicho memorial, al cual se acompañó un memorándum en el cual se sugerían, de modo amigable, las bases sobre las cuales podía el Municipio de Bogotá indemnizar satisfactoria y equitativamente los aludidos perjuicios, no se solicitó licencia alguna para continuar la explotación de las canteras, areneras y cascajeras, y, de consiguiente, mal podía fallar la Resolución acusada sobre un extremo que no había sido planteado ante la Alcaldía.

"Por su parte, los señores Rafael Romero C. y Carlos Ayala, en atención a la inminencia de la suspensión de sus explotaciones, pidieron, ellos sí, que se les concediese licencia para continuar en aquéllas.

"10. Pese a que contra dicha Resolución (la 27 de 1943) mis mandantes interpusieron oportunamente los recursos gubernativos de reposición ante la Alcaldía Municipal de Bogotá y apelación subsidiaria ante la Gobernación de Cundinamarca, y a que dicha apelación fue concedida en el efecto suspensivo, por cuyo motivo se remitió la actuación original al señor Gobernador del Departamento, la providencia en cuestión fue ejecutada por la Alcaldía Municipal de Bogotá en el mes de junio de 1943, es decir, más de seis (6) meses antes de que quedara ejecutoriada. Para ese efecto, el señor Alcalde Municipal de Bogotá comisionó

al señor Inspector 10º Municipal, quien en el citado mes hizo las notificaciones y conminaciones en virtud de las cuales los señores Leocadio Niño, Rafael Romero, Carlos Ayala, Luis María Ruiz y Mamerto Vargas se vieron forzados a suspender totalmente la explotación de sus empresas.

“11. Por virtud de los hechos relatados en el numeral anterior, los mismos señores allí citados tuvieron que acordar con los arrendadores de las tierras donde estaban ubicadas las canteras la cancelación de los contratos de arrendamiento que estaban pendientes en la época de la suspensión.

.....”
Fuera de lo que se acaba de copiar, en el libelo se describe el estado de las explotaciones de las canteras al tiempo de cumplirse lo resuelto por la Alcaldía; se dice que, a consecuencia de la suspensión de los trabajos, los interesados tuvieron que abandonar sus instalaciones y hacer el gasto del transporte de elementos de fácil conducción, como herramientas, maquinarias, etc., a los lugares donde en la actualidad se encuentran; y se asevera que por todos estos motivos, los dueños del negocio de las canteras dejaron de obtener utilidades de que no se les podía privar, puesto que las explotaciones se establecieron en los sitios correspondientes, “sin violar ninguna disposición constitucional, legal o reglamentaria, y hasta el mes de junio de 1943 su actividad es perfectamente lícita...”.

Las normas superiores que en la demanda se indicaron como violadas por la Resolución de la Alcaldía y el concepto en que lo fueron, constan en las anteriores transcripciones.

El doctor Castro Martínez agrega, además, e invoca como quebrantados en este caso los artículos 1º del Código Civil, 18 de la Ley 153 de 1887, 79 de la Ley 167 de 1941, y 16, 26 y 30 de la Constitución (orden numérico de la Codificación Constitucional hecha por el Consejo de Estado).

Al libelo se acompañaron los documentos de rigor.

El Tribunal, en fallo de 5 de marzo de 1946, decidió el asunto declarando la nulidad de las Resoluciones acusadas, y condenando al Municipio de Bogotá a pagar a Rafael Romero, Carlos Ayala, Luis María Ruiz y Leocadio Niño las sumas “que hubieren dejado de percibir con ocasión del cierre de las canteras”. En la misma sentencia se dijo que la antedicho reparación sólo aprovecha a los que han intervenido en el juicio y que la extensión o *quantum* de ella se regulará oportunamente por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Para llegar a las anteriores conclusiones el fallador de primera instancia se apartó del dictamen de su Fiscal; y con el fin de rebatir a éste, se limitó a reproducir de la sentencia que había dictado el propio Tribunal, el 26 de febrero último, en el caso del señor Moris Gutt, los siguientes apartes:

.....”
“En el derecho administrativo no es insólito, sino por el contrario muy frecuente, que se practiquen pruebas periciales cuando se encuentran en conflicto los intereses del Estado y de los particulares cuyo patrimonio puede resultar afectado por una actuación administrativa. Tal cosa sucede en materia de aguas, de petróleos, etc., en las cuales la intervención de la Administración, como lo tiene establecido la jurisprudencia es esencialmente función policiva. En numerosos otros ramos de



la Administración Pública, igualmente, cada vez que están en conflicto los intereses públicos y los de los particulares se recurre a la prueba pericial, como ocurre en materias fiscales. En todas las pruebas periciales que se acaban de enumerar se cumplen las formalidades esenciales previstas en el Código Judicial para esta especie de pruebas, es decir, peritos nombrados uno por la Administración Pública y otro por los interesados, con un tercero para el caso de discordia, conocimiento del dictamen por las partes, etc., etc.

“La misma Ley en que se apoyan las Resoluciones acusadas está diciendo por su propia redacción la razón que tuvo el demandante de exigir la práctica de la prueba de que se trata con el cúmulo de las formalidades legales. En efecto, dice así: ‘La Resolución sobre el particular *deberá fundarse en el concepto previo de peritos...*’ *‘sin concepto favorable de peritos’*. Es decir, al emplear el término *peritos* en plural y no *perito* en singular, el legislador tuvo seguramente la idea de que para fundamentar una Resolución sobre el cierre de una explotación de canteras se requería la práctica de una prueba con las formalidades legales, por lo menos, con un número plural de peritos que obviamente, en conformidad con los principios generales de derecho que regulan esta materia, deben ser nombrados uno por cada una de las partes y un tercero para caso de discordia.

“En cuanto al Decreto 199 de 1942 y el Acuerdo por él reglamentado, o sea el 29 de 1894, o bien fue derogado por la citada Ley 51, o son incompatibles con ella, porque al tenor de lo antes expuesto este Tribunal considera que la prueba pericial debe ser producida con las formalidades legales y no por funcionarios públicos.

“No ve este Tribunal qué incompatibilidad puede existir entre la función policiva del Estado y la prueba pericial. A nadie se le oculta que con la suspensión de una explotación de canteras el particular dueño de ellas sufre ingentes perjuicios, de tal manera que debe tener derecho de intervenir, por medio del nombramiento de uno de los peritos y de la discusión y aprobación del dictamen, en la prueba definitiva que va a ser la base misma de una providencia administrativa que puede arruinar su negocio...”

La doctrina que se acaba de transcribir fue, sin duda, el principal fundamento del inferior para acceder, en la sentencia de primer grado, a las peticiones del doctor Castro Martínez y de los demás demandantes en el presente juicio.

La cuestión atañedora a los perjuicios que éstos dicen haber sufrido, por causa de los actos acusados, se presenta en una forma o en otra según la conclusión —afirmativa o negativa— a que se llegue respecto de la primera, es decir, de la concerniente a la legalidad o ilegalidad de tales actos administrativos.

La decisión del Tribunal fue apelada por el señor Fiscal del inferior y por el señor Personero Municipal de Bogotá.

Para resolver se considera:

Las disposiciones constitucionales que se citaron como infringidas, en este caso, por el Alcalde de Bogotá y por la Gobernación de Cundinamarca, en realidad no lo fueron. El artículo 16 de la Carta dice, entre otras cosas, que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en sus vidas, honras y bienes. La demanda parte de la base de que las autoridades del Municipio y del Departamento no protegieron los derechos de los canteros. Pero si, según el dictamen del Geó-

logo Oficial del Municipio, la explotación de que se trata, entrañaba y entraña peligro para las viviendas circunvecinas, y para los mismos trabajadores de la zona, síguese que no hubo tal quebrantamiento del artículo 16, sino al contrario, una recta y necesaria interpretación de esta norma.

Ya se vio que el dictamen de aquel Geólogo fue suficiente para respaldar las Resoluciones acusadas.

El artículo 26 de la misma Carta (22 de la Codificación anterior) no tiene nada que ver con este debate, puesto que tal artículo se refiere a enjuiciamiento penal.

Por último, el precepto 30 de la propia obra, consagra el respeto a la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con justo título por personas particulares. Pero esos derechos no son absolutos, entre otras razones, porque no pueden legítimamente ejercerse con peligro, daño o menoscabo del patrimonio ajeno y aún de la misma vida de otras personas. Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en el caso de autos: que las propiedades de terceros, en las inmediaciones de la explotación de las canteras, corrían peligro por causa de aquellos trabajos extractivos. No hay, pues, tal violación del artículo 30 de la superley.

Conviene dejar bien claro que no es éste el caso de expropiar ni de indemnizar a unos particulares. El Municipio no tiene por qué ni para qué adquirir por esa vía un derecho que no necesita y que no podría ejercer, una vez adquirido; precisamente porque el ejercicio redundaría en daños y peligros notorios para los barrios aledaños a la explotación de las canteras.

Cuanto a los otros cargos que figuran en el libelo y que el Tribunal *a quo* encontró fundados, la Sala los rechaza por las razones terminantes que se contienen en la parte motiva de la Resolución número 61 de 24 de diciembre de 1943, del Gobernador de Cundinamarca.

A mayor abundamiento se agrega:

La prueba de peritos de que trata el Código Judicial resulta exótica en casos como el presente que por su gravedad e inminencia exige una solución casi instantánea que no consiente mayores trámites y dilaciones. Por eso, la Ley 1ª de 1943 (artículo 23) otorgó al Municipio de Bogotá y a otros de importancia, la facultad de suspender "las obras o explotaciones que afecten la seguridad pública o perjudiquen el área urbana". Y añadió que "en caso de que haya lugar a expropiaciones, éstas se regirán por lo dispuesto en esta Ley".

Aquí, se repite, no hay lugar a expropiar cosa alguna.

El artículo 23 citado, reglamentó íntegramente el mismo evento que se había previsto, en forma distinta, muy dispendiosa e inconveniente, en el artículo 1º de la Ley 51 de 1942. Ya no se habló de peritos. ¿Quiso decir el legislador que los Municipios debían obrar en esta materia discrecionalmente? No, porque sólo es dado suspender las obras en cuanto afecten "la seguridad pública o perjudiquen el área urbana". ¿Quién conceptúa técnicamente sobre estos puntos? Pues un funcionario que tiene, a lo menos debè presumirse que las tiene, las atribuciones de rigor, o sea el Geólogo oficial del Municipio. Así ocurrió en el caso en estudio.

El problema de si se cumplió la orden de suspensión de los trabajos antes o después de la ejecutoria de la Resolución de la Alcaldía, se resuelve con toda facilidad atendiendo a que las órdenes de la autoridad en esta materia no pueden, por su índole misma, someterse a demoras

y deben cumplirse cuanto antes para que sean eficaces.

En apoyo de todo lo anterior, se transcribe a continuación el concepto del Ministerio Público:

“.....

“Dos aspectos fundamentales se estudian en el fallo recurrido, cuyas motivaciones constituyen, como es obvio, su fundamento. El primero de ellos hace referencia con la fijación del alcance de lo estatuido por el artículo 1º de la Ley 51 de 1942, respecto a la procedencia de que intervengan, para los efectos de otorgar licencia para la explotación de canteras, peritos nombrados en armonía con lo preceptuado por el Código de Procedimiento Civil, a efecto de que la experiencia producida en tal forma sea la que sirva al Alcalde de base para otorgar la licencia impetrada para explotar canteras; y, el segundo se vincula a la indemnización que debe pagar el Municipio por prohibir dicha explotación.

“En cuanto al primer aspecto, los razonamientos del Tribunal para evidenciar que la designación de peritos debe hacerse de acuerdo con las reglas dadas por el Código Judicial son inoperantes, porque, como lo anota el señor Personero Municipal, en su alegato fechado el 2 de julio último, el artículo 1º de la Ley 51 de 1942 fue implícitamente modificado por el 23 de la Ley 1ª de 1943, que se hallaba vigente cuando se dictaron las Resoluciones acusadas; pues, desde el 5 de febrero del año últimamente citado, fecha en que entró a regir la Ley 1ª de 1943, los Municipios cuyas capitales lo son a la vez de Departamento y los que tengan o excedan de 25.000 habitantes, son soberanos a ordenar la suspensión de las explotaciones que afectan la seguridad pública o perjudican el área urbana, ya que la locución ‘los Municipios de que trata el artículo 1º, *podrán ordenar la suspensión de las obras o explotaciones que afectan la seguridad pública o perjudiquen el área urbana*’, caracteriza inequívocamente una autorización discrecional; y siendo esto así, se impone concluir que el Alcalde de Bogotá obró dentro de sus atribuciones al dictar las Resoluciones demandadas sin que en lo concerniente a la previa intervención de peritos tuviera que dar aplicación a las reglas del Código Judicial, toda vez que los únicos Municipios cobijados por el artículo 1º de la Ley 51 de 1942 son los que no son capitales de Departamento o tienen una población menor de 25.000 habitantes, como quiera que si la norma 23 de la Ley 1ª de 1943 no se interpretara en el sentido que dejo expresado a virtud de haber modificado lo estatuido por el artículo 1º de la Ley 51 en cita, incuestionablemente estaría demás aquella y no se explicaría racionalmente su expedición.

“El aspecto de la condena al Municipio de Bogotá a indemnizar, también se me hace insostenible, de un lado por las razones expuestas por el señor Personero Municipal en su alegato antes mencionado y de otro, porque desde el momento en que las canteras cuya explotación motivan esta querrela, se encuentran ubicadas en el costado oriental de la ciudad y constituyen no sólo un serio peligro para los habitantes de la Capital de la República como lo acredita el concepto técnico que obra en autos, sino que su aprovechamiento u explotación estaba prohibido expresamente por el artículo 1º del Acuerdo 29 de 1894, los demandantes —que no son propietarios de las canteras— no pueden alegar quebrantamiento de derechos patrimoniales sin haber evidenciado que la explotación de esas canteras la iniciaron y habían estado consumando antes de entrar en vigencia el artículo 1º del Acuerdo 29 de 1894 del

Concejo de Bogotá o después de haber obtenido la licencia del caso de la Alcaldía de esta Capital, o que las canteras de que se trata no están comprendidas dentro de la zona de prohibición de explotación, ya que ningún derecho puede nacer legítimamente ni contar con la protección de los órganos del poder público, cuando va contra una prohibición de la Constitución, de la Ley, las Ordenanzas departamentales o los Acuerdos Municipales.

"De donde se sigue que habiéndose verificado la explotación de las canteras bajo la prohibición terminante del Acuerdo 29 referido y estándose realizando esa explotación en plena vigencia del artículo 2º del Acuerdo 106 de 1942 del Concejo de Bogotá, sin permiso de la Alcaldía y encontrándose las canteras dentro de la zona de prohibición, ya que no se ha demostrado lo contrario y siendo además discrecional para el Alcalde suspender la explotación en sectores como en el que se encuentran ubicadas las de autos, jurídicamente no procede la indemnización.

"Cosa distinta sería que sin existir la prohibición del Acuerdo 29 de 1894, o aún vigente tal estatuto, la explotación se hubiera iniciado y adelantado con previa licencia del Alcalde, o que no encontrándose las canteras susodichas dentro del perímetro de la prohibición, se hubiera comenzado y efectuado la explotación, porque entonces sí habría nacido para los actores un derecho al amparo de las instituciones vigentes, derecho que impondría la indemnización al suspenderse la explotación por orden de la Administración Municipal, toda vez que ésta, existiendo la prohibición, ha debido cerciorarse mediante el concepto de expertos, si la explotación de las canteras afectaba o no los intereses vitales de los habitantes de Bogotá para así sobre bases firmes, conceder o negar la licencia impetrada; y, si la Alcaldía sin esa prudencia hubiera procedido a otorgar el permiso para después suspenderlo, es indiscutible que con la falta de ese debido cuidado sí habría cometido la Administración Municipal una culpa cuyos perjuicios le incumbiría indemnizar.

"Si, pues, como ya lo expresé, como no se halla acreditado en los autos que los demandantes iniciaron y consumaron la explotación de las canteras antes de la vigencia del Acuerdo Municipal número 29, o con previa licencia de la Alcaldía, o que las canteras no se hallan dentro de la zona de prohibición de explotación, existiendo como existe para los actos acusados la presunción de legalidad que los ampara, presunción que no ha sido eliminada en el curso del juicio y como las atribuciones del Alcalde de Bogotá para suspender las explotaciones que afectan la seguridad pública, circunstancia ésta que sí está plenamente acreditada en el expediente respecto de las canteras de que se trata, lógicamente se concluye la procedencia de *revocar* el fallo recurrido...".

Finalmente, debe observarse que la Ley 51 de 1942 distingue dos casos: el de la suspensión por el Municipio de los permisos para explotar canteras y areneras y elaborar materiales de construcción, y el de concesión de tales permisos (artículos 1º y 2º de la citada ley). En el primer caso, es al Municipio a quien le incumbe la carga de la prueba —en este caso el concepto previo de peritos—; en el segundo, a la persona o entidad que hace la solicitud.

En el caso de autos se trataba de la concesión de licencias y eran, por tanto, los solicitantes quienes debían acarrear la prueba pericial correspondiente. No el Municipio, a quien le habría bastado, para negar tales licencias, fundarse en la falta de requisito esencial a las solitu-

des, sin que hubiere necesitado apoyarse en el dictamen de su Geólogo oficial, lo que hizo a título de mayor abundamiento.

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

FALLA:

1º *Revócase*, en todas sus partes, la sentencia del Tribunal Administrativo de Bogotá, de fecha 5 de marzo de 1946, materia de la apelación.

2º *Niéganse* las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Rodríguez—Jesús Estrada Monsalve—Pedro Gómez Parra—Carlos Rivadeneira G.—Gustavo A. Valbuena—Gonzalo Gaitán—Con salvamento de voto, Jorge Lamus Girón—Luis E. García V., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR

JORGE LAMUS GIRÓN

Mi disentimiento de la anterior providencia se funda en lo siguiente:

En que estimo que de acuerdo con los artículos primero y segundo de la Ley 51 de 1942, las autoridades municipales, sea para proceder a suspender la explotación de canteras, areneras y la elaboración de materiales de construcción o para conceder permiso para esas explotaciones, lo deben hacer en Resolución fundamentada en el concepto previo de peritos. Así lo dicen los textos mencionados, y no le es lícito al fallador desconocer el tenor literal de esas prescripciones. Siendo esto así, como lo es en realidad, si el acto administrativo acusado se produjo sin el lleno de esa formalidad esencial, él es nulo por la manera irregular como se formó.

En que no comparto la apreciación del Fiscal, que prohija el Consejo, de que el artículo 23 de la Ley 1^a de 1943 le da a los Municipios capitales de Departamento o a los que tengan una población de 25.000 o más habitantes, una facultad discrecional para ordenar la suspensión de las obras o explotaciones que afecten la seguridad pública o perjudiquen el área urbana, sino que les dio una atribución más amplia que la que tenían en la Ley 51 de 1942, por cuanto que en los términos *obras y explotaciones* están comprendidas no sólo las canteras, areneras y explotación de materiales de construcción, sino cualesquiera otras, y por lo tanto hoy pueden esos Municipios ordenar la suspensión de toda clase de obras y explotaciones que afecten la seguridad pública o perjudiquen el área urbana y no solamente las mencionadas en la Ley 51 de 1942. Pero esto no significa, ni significar podría, que los Municipios pueden dar los permisos o hacer las prohibiciones sin llenar ningún expediente, como lo cree el Fiscal y lo acepta el Consejo, pues, la Ley 51 está vigente no sólo para los otros Municipios sino también para los casos de solicitud de licencias y sobre todo para exigir los requisitos en la formación del acto administrativo a que necesariamente deben ajustarse tanto los permisos como las suspensiones, es decir, *que ellas se fundamenten en el concepto previo de peritos*.

A mi modo de ver es necesaria y justificada la exigencia legal de que tanto la concesión de permisos como la suspensión de obras o explotaciones que afecten la seguridad pública o perjudiquen el área urbana, se fundamenten en el concepto previo de peritos, porque ese concepto técnico es la única prueba aceptable jurídicamente para determinar el proceder de la administración, dada la oposición de intereses y de que, tanto en uno como en otro caso se trata, en el fondo de limitar el uso de una propiedad o el ejercicio de una industria, que son derechos primarios que las autoridades deben respetar por estar instituidas para protegerlos. Y por ello y porque la Ley dice expresamente que las Resoluciones en uno y otro caso deben fundamentarse en el concepto previo de peritos, es por lo que creo que esa prueba debe producirse con el lleno de todas las formalidades y oyendo y dando participación a los interesados, en su producción; y que es errado decir que se cumple esa exigencia legal con el concepto de un funcionario al servicio de la administración, así sea el más competente, pues, en un Estado de derecho, no es admisible el resolver las cuestiones que afecten los intereses particulares y limiten los derechos esenciales de los ciudadanos por el solo poder de imperio, porque así desaparecería la suprema garantía de los

ciudadanos y el complemento obligado de la existencia de las garantías constitucionales y la condición esencial del régimen administrativo y democrático, que es con el que las autoridades están ligadas en sus decisiones y actos a las normas legales que les dan competencia y les señalan los requisitos o formalidades ineludibles para que el acto jurídico sea válido.

Así, pues, porque considero que el acto acusado fue irregular por haberse formado sin sujeción a los requisitos legales, desde luego que se suspendió una explotación de areneras y se negó el permiso para continuar otras sin el *concepto previo de peritos*, con violación flagrante de la Ley 51 de 1942 que cuando menos, ha debido anularse y condenar al Municipio de Bogotá a las indemnizaciones correspondientes.

Jorge Lamus Girón—Luis E. García, V., Secretario.

SUSPENSIONES PROVISIONALES

(Consejero ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

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

El doctor Gualberto Rodríguez Peña, en ejercicio del Contencioso de anulación consagrado en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los artículos 1º a 6º y 8º de la Ordenanza número 21 de 1946 expedida por la Asamblea del mismo Departamento “por la cual se establece una prestación social y se dictan otras disposiciones”. El actor solicitó al propio tiempo la suspensión provisional del acto acusado.

Por auto de fecha 4 de noviembre de 1946 y con salvamento de voto del Magistrado doctor Justo Franco, el Tribunal negó la suspensión provisional solicitada, en providencia que, apelada por el actor, ha dado al Consejo el conocimiento del negocio.

Para resolver se considera:

Arguye el actor que con la Ordenanza referida se violaron manifiestamente el artículo 194, ordinal 2º, de la Constitución Nacional, por una parte, y el 127, ordinal 2º, de la ley 41 de 1913 (C. P. y M.), por otra, violaciones que, en su concepto, le han ocasionado y habrán de ocasionarle en el futuro “un perjuicio notoriamente grave al fisco departamental de Cundinamarca con los cuantiosos desembolsos a que se halla obligado en razón de tales disposiciones”.

Se dispuso en la Ordenanza acusada que, a partir de su vigencia, el Departamento pagará, con cargo a su presupuesto y a favor de los empleados y obreros despedidos sin causa justificada por el Gobierno Departamental, un auxilio en la proporción de \$ 500.00 para los empleados hasta de \$ 100.00 de sueldo mensual, de \$ 750.00 para los de \$ 101.00 a \$ 200.00, y de \$ 1.000.00 para los de \$ 201.00 en adelante, auxilio que deberá pagarse a más tardar dentro de los ocho días posteriores al retiro; que el auxilio se entiende extensivo a los obreros del Departamento, a quienes se les computará de conformidad con el jornal devengado durante tres meses; que son condiciones para merecer el auxilio tener dos años cumplidos de servicio, no obedecer el despido a mala conducta comprobada sumariamente, y no haberse presentado renuncia del cargo, “disfrutando del mismo sueldo e iguales funciones o por cualquier causa de hostilidad de sus superiores” (sic); que el auxilio se pagará sin perjuicio de las demás prestaciones sociales establecidas, que son de cargo de la Caja de Previsión Social del Departamento; que las respectivas reclamaciones se tramitarán en papel común y según formularios especiales confeccionados para cada caso con cargo al presupuesto departamental; que se destina la suma de \$ 200.000.00 para atender al cumplimiento del acto acusado, y si tal suma fuere insuficiente se aplicarán a ello los excesos de rentas debiendo hacerse los traslados que fueren necesarios; se declara vigente lo establecido en el artículo 5º de la Ordenanza 1ª de 1943 sobre pensiones de jubilación para los servidores de Cundinamarca y se modifica el aporte que para la Caja de Previsión Social debe dar el Departamento.

Como principales razones para negar la suspensión provisional, el Tribunal adujo que la facultad legal y constitucional de los Gobernadores para nombrar y remover libremente a sus agentes debe entenderse en el sentido de que dichos funcionarios son autónomos, dentro de su

radio de acción, para decretar nombramientos u ordenar remociones, sin que las Asambleas puedan subordinar tal atribución a ninguna otra entidad o funcionario; que establecer si el pago de determinada prestación social menoscaba o limita aquella facultad, es cuestión estrictamente de fondo; que de aplicarse en todo su vigor la tesis del demandante, las prestaciones sociales originadas en el desempleo no habrían podido crearse por chocar con la atribución antes referida; que para juzgar sobre la ilegalidad de la Ordenanza es necesario relacionar las facultades constitucionales y legales de los Gobernadores sobre nombramiento y remoción de sus agentes con las atribuciones otorgadas por la misma Carta y por el legislador a las Asambleas en orden al establecimiento de las condiciones y normas que constituyen el llamado "estatuto del empleado departamental".

Por su parte, el señor Magistrado disidente sostiene que los artículos de la Ordenanza deben suspenderse, con excepción del 6º "que no hace sino revivir una prestación que existía anteriormente". Tras de citar, en su salvamento de voto, la providencia de esta Corporación (ponencia del doctor Rivadeneira), por la cual se decretó la suspensión provisional del art. 1º de la Ordenanza Nº 1º de 1942, por la cual se fijaron asignaciones diarias al personal de la Secretaría de la Asamblea de Bolívar, asignaciones que el Consejo estimó como indebido reparto de caudales públicos, dice el doctor Franco que, aplicada al caso de autos tal jurisprudencia, "se tiene que la Ordenanza acusada es violatoria del principio constitucional consagrado en el artículo 182 de la Constitución Nacional que garantiza la independencia de los Departamentos para la administración de los asuntos seccionales, *pero con las limitaciones que establece la misma Constitución*". (Subraya el magistrado disidente), y que "por consiguiente, como *prima facie* se advierte que la Asamblea de Cundinamarca, al expedir la Ordenanza demandada hizo un uso indebido de las atribuciones que le confiere la Constitución, porque fácilmente aparece de bulto que se quiso establecer con cargo al Departamento un nuevo auxilio de cesantía, que indica que no se trata de satisfacer una verdadera necesidad de los empleados y obreros del Departamento, ya que el auxilio de cesantía se halla consagrado en otras Ordenanzas especiales, sino que se trata de hacer un reparto ilegal de los fondos del Departamento, hay que aceptar que se violó el citado artículo 182 de la Carta Fundamental, disposición que tiene estrecha relación con el artículo 187 de la misma Carta".

Los argumentos con que el actor ataca la Ordenanza en cuestión, y los argumentos con que sus opositores la defienden en representación del "Sindicato de Empleados del Departamento de Cundinamarca", del "Sindicato de Trabajadores Oficiales del Departamento", del "Sindicato de Empleados de la Fábrica de Licores y Perfumes del Departamento de Cundinamarca", giran, respectivamente, en torno de las dos tesis expuestas: para el demandante, la Ordenanza debe suspenderse por ser violatoria del artículo 194 de la Carta, en su ordinal 2º, que le otorga al Gobernador la atribución de "dirigir la acción administrativa en el Departamento nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración, y violatoria también del artículo 127 del C. P. y M., en su ordinal 2º, que les da asimismo a los Gobernadores las atribuciones de "dirigir la acción administrativa del Departamento,

nombrando y separando libremente sus agentes, reformando, confirmando o revocando los actos y resoluciones de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración"; para los apoderados de los Sindicatos referidos, la Ordenanza no viola las disposiciones constitucionales y legales transcritas.

Problema de competencia

Para decidir el recurso se procederá a analizar los diversos aspectos teóricos que presente el problema. Sobre el particular se reproduce a continuación el estudio hecho por el Consejo en sentencia de esta misma fecha de que fue ponente el magistrado doctor Guillermo Hernández Rodríguez, en relación con unas ordenanzas de la Asamblea del Valle del Cauca sobre prestaciones sociales. Dijo así el Consejo:

"Comoquiera que en demanda análogas relativas a ordenanzas sobre prestaciones sociales se ha planteado el problema de si la jurisdicción Contencioso-administrativa es o no competente para conocer de estas controversias, se procede a examinar este aspecto del negocio.

"Dice el segundo inciso del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 lo siguiente:

"También conocerá la justicia del trabajo de las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan su origen en ordenanzas, decretos y resoluciones departamentales, acuerdos municipales o reglamentos particulares, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezca".

Para delimitar el ámbito de aplicación del artículo citado precisa distinguir dentro de la aplicación de las ordenanzas sobre prestaciones sociales, dos aspectos de carácter fundamental:

a) El relativo a la constitucionalidad o legalidad de la ordenanza respectiva, el cual continúa siendo de competencia de la rama Contencioso-Administrativa al través de la acción de nulidad prevista en el artículo 66 del mismo estatuto. Dichas disposiciones dicen así:

"Artículo 63. Las ordenanzas y demás actos de las Asambleas Departamentales serán acusables por violación de la Constitución, la ley o el reglamento ejecutivo.

"Artículo 66. Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados.

"Esta acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere".

b) El relativo a la aplicación en casos concretos de las ordenanzas departamentales sobre prestaciones de carácter social. El artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 antes citado, no asigna a la Jurisdicción del Trabajo el conocimiento del contencioso de nulidad de las ordenanzas sino que dice de manera clara que la justicia del trabajo conocerá de las "controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan su origen en ordenanzas...". No se refiere el texto de la ley a las controversias jurídicas sobre la legalidad o constitucionalidad de la ordenanza sino sobre los casos concretos de su aplicación. Por esta razón precisa destacar que la ley se refiere a las

controversias que tengan su origen en ordenanzas y no a las ordenanzas mismas.

Hechas las anteriores consideraciones se precisa que el ámbito de aplicación del artículo comentado está restringido al conocimiento de las controversias sobre actos administrativos departamentales que se dicten en desarrollo de las ordenanzas sobre prestaciones de carácter social. El contencioso de anulación de la norma sustantiva, que lo es en este caso la ordenanza departamental, continúa bajo el conocimiento de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado.

Facultad de las Asambleas para decretar prestaciones sociales

El primer punto jurídico planteado por el actor se refiere a la carencia por parte de la Asamblea de facultad constitucional y legal para poder decretar prestaciones sociales.

Sobre este problema se estudiará en su orden el aspecto constitucional y el legal.

De conformidad con el artículo 187 de la Constitución corresponde a las Asambleas la fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos. Este texto constitucional no se puede interpretar de una manera exegetica y anclándola en las condiciones sociales y administrativas prevalentes en la época de su expedición primitiva. La interpretación jurisprudencial de los textos constitucionales debe estar profundamente vertida sobre las condiciones de cada época de manera que se establezca una relación entre los cánones fijos de la constitución y la vida social que es mutable. El magistrado debe armonizar esos dos factores que permiten darle vida renovada a los textos normativos superiores. Con este criterio ha sido posible que las instituciones inglesas sigan regidas al través de los siglos por la Carta Magna que ha servido de marco elástico a la acción de los gobiernos liberales, conservadores y socialistas.

La Constitución colombiana ha querido, dentro de la organización general del país, asignarle a las asambleas departamentales la facultad de organizar la administración pública departamental que requiere la presencia de empleados en los diferentes cargos que sean necesarios. Ese personal humano entra en relaciones económicas con la entidad departamental en cuanto al sueldo que reciba y el estatuto de empleado que se le otorgue. A medida que el país avanza y desarrolla su legislación, va creando instituciones tan importantes como la relativa al estatuto del empleado que ya no tiene en el sueldo su única vinculación económica con la administración. Como consecuencia de la condición de empleado con sueldo existen prestaciones de carácter social, primas y bonificaciones que tienen su origen jurídico en la circunstancia de que a las asambleas les corresponde por mandato constitucional crear los empleos departamentales y señalar las diversas relaciones pecuniarias que se derivan de la prestación de servicios a la administración pública por parte de los empleados dentro de una situación reglamentaria que se sustituye al contrato de trabajo propiamente dicho.

Esta facultad de las asambleas ha sido reformada por la evolución legislativa de los últimos años. De conformidad con el texto constitucional, corresponde a las asambleas llenar las funciones que les señalen las leyes, y en tal virtud el artículo 23 de la ley 6ª de 1945, dispuso:

“Artículo 23. Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 2º, que no tengan organizadas instituciones de provisión social similares a la que por esta ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella”.

Se observa que el texto legal transcrito parte de la base de que los departamentos pueden tener establecidas con anterioridad prestaciones similares a la que esa ley crea. En otros términos, puede decirse que el legislador, en el artículo transcrito, interpreta el texto constitucional en el sentido de que las asambleas pueden expedir ordenanzas sobre prestaciones sociales. La novedad de la ley comentada tan sólo consiste en establecer la obligación sobre los departamentos de pagar prestaciones sociales similares y de crear las instituciones de provisión social dentro del lapso de seis meses siguientes a la promulgación de la ley. Lo que antes era facultativo ha pasado a ser obligatorio.

Establecida en estos términos la facultad constitucional y legal de las asambleas para decretar prestaciones a beneficio del personal de empleados departamentales, se procede a demarcar el ámbito de aplicación que esa facultad pueda tener relacionándola con el caso concreto que se considera.

III

Carácter limitado de esas facultades

Toda la organización de la república está instituida para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Desarrollando esta concepción, dentro de los fines sociales del Estado debe destacarse la prestación de los servicios públicos. Comoquiera que esta actividad requiere la presencia dentro de la organización estatal del elemento humano, el gobierno organiza el tren de obreros y de empleados que necesita para el desarrollo de sus propósitos. En la escala departamental la asamblea tiene la atribución de crear los empleos departamentales y fijar los sueldos. Pero esta atribución no puede entenderse sino subordinada y limitada por las necesidades del servicio público y por la capacidad fiscal del departamento. Lo normal consiste en que las entidades departamentales dirijan los negocios de su sección teniendo en cuenta simultáneamente las necesidades del servicio público y su capacidad fiscal, que debe ser ejercitada con prudencia a fin de mantener equilibrio entre las diversas tareas que la administración debe cumplir. Cuando las entidades departamentales exceden notoriamente en el ejercicio de sus funciones rebasando las necesidades normales del servicio público, sus actos se enfrentan contra las atribuciones que les confiere el artículo 187 de la Constitución Nacional en armonía con todos los preceptos de la Carta que aseguren el cumplimiento de los deberes del Estado en relación con los servicios públicos.

Dentro de un orden similar de ideas, el Consejo de Estado, en sentencia relativa a unas ordenanzas del Departamento de Bolívar que señalaba al personal de la asamblea sueldos exorbitantes, había establecido, en sentencia de fecha en que fue ponente el consejero doctor Carlos Rivadeneira, la siguiente jurisprudencia:

“No comparte el Consejo los puntos de vista a que dice relación la anterior transcripción, pues, si bien es cierto que las disposiciones allí

citadas, dan a las asambleas la facultad de crear empleos, determinar su duración, funciones y sueldo, no es menos cierto que tal facultad está controlada por las necesidades del servicio a que se va a atender, y que la disposición a primera vista acusa, por el número de empleos creados y por su sueldo, que no se trata de satisfacer en concreto y debidamente las necesidades de un determinado servicio público, sino de hacer un reparto indebido, desde todo punto de vista, de caudales públicos, con fines que, sin esfuerzo alguno, se advierten a primera vista.

“Y como cuando en la expedición de un precepto no se tiene en cuenta el objeto y fin que obliga al poder discrecional mismo, que extralimita su autoridad y abusa de ella si procede guiado por móviles distintos, viciando el acto, por violación del mismo precepto que le da la facultad, es claro que la disposición acusada debe suspenderse”.

Dentro de la nueva tendencia de generalizar las prestaciones para alcanzar cierta unificación en la escala nacional, departamental y municipal, se dispuso en los artículos 22 y 23 de la ley 6ª de 1945, lo siguiente:

“Artículo 22. El Gobierno, teniendo en cuenta la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarias y Municipios, señalará por medio de decreto las prestaciones que haya de pagar a los empleados y obreros correspondientes.

“Artículo 23. Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22 que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella”.

Con base en los textos legales anteriores, el gobierno nacional dictó el decreto ejecutivo número 2767 de 1945 por el cual se determinan las prestaciones sociales de los empleados y obreros al servicio de los Departamentos y Municipios. Los artículos fundamentales de dicho decreto dicen:

“Artículo 1º Con las solas excepciones previstas en el presente Decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tienen derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto número 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, le corresponderá probarlo”.

“Artículo 2º Para graduar las cargas de los Departamentos, Intendencias, Comisarias y Municipios, por concepto de prestaciones sociales en favor de sus empleados y obreros, establécense las siguientes categorías en proporción a sus ingresos ordinarios anuales:

Clase A: Más de \$ 500.000.

Clase B: De \$ 250.001 a \$ 500.000.

Clase C: De \$ 125.001 a \$ 250.000.

Clase D: De \$ 50.001 a \$ 125.000.

Clase E: De \$ 10.000 a \$ 50.000.

Clase F: Menos de \$ 10.000.

“Artículo 9º No obstante cualquier clasificación, prevalecerán las prestaciones más favorables reconocidas por la respectiva entidad en virtud de ordenanzas, decretos, acuerdos, convenciones colectivas o fallos arbitrales”.

Las prestaciones que pagarán los departamentos estarán graduadas en proporción a la clasificación que se hace en el decreto transcrito, el cual toma como fundamento la capacidad rentística de las secciones acomodándose así a la ley normativa.

De todas las disposiciones que se dejan enumeradas sobre las prestaciones sociales de los trabajadores al servicio de los departamentos, se concluye:

a) Los departamentos y municipios tienen facultad constitucional para decretar prestaciones sociales en beneficio de sus trabajadores;

b) La ley y los reglamentos han hecho obligatorio para los departamentos y municipios el pago a sus trabajadores de las prestaciones sociales similares a las previstas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, pero graduadas de acuerdo con la capacidad fiscal de la respectiva entidad administrativa;

c) No obstante la clasificación del decreto citado, prevalecerán las prestaciones más favorables reconocidas por las ordenanzas y los acuerdos, pero con subordinación al principio general de que deben guardar proporción con la capacidad fiscal de la respectiva sección a fin de que sus recursos sean empleados prudentemente en la prestación de los diversos servicios administrativos;

d) De conformidad con el artículo 1º del decreto número 2767 de 1945, "a la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, le corresponderá probarlo". Comoquiera que lo normal, o punto de gravitación, lo constituyen las prestaciones de los trabajadores oficiales de carácter nacional, debe entenderse la disposición citada en el doble sentido de que a la entidad respectiva le corresponde la carga de la prueba tanto para pagar prestaciones inferiores a las de la ley 6ª de 1945, como también para el caso de reconocerlas en escala superior.

IV

El caso concreto

Era necesario transcribir el estudio teórico anterior comoquiera que aparece en una sentencia definitiva y servirá por lo tanto para decidir el presente caso sobre suspensión provisional. Basta, por ahora, respecto del recurso que se considera, confrontar las disposiciones de la ordenanza acusada con los textos de carácter nacional que les deben servir de molde, para establecer si la Asamblea de Cundinamarca se ha excedido o no a primera vista en el uso de sus facultades legales.

A. El primer artículo de la ordenanza acusada dice:

"Artículo 1º A partir de la vigencia de esta ordenanza el Departamento pagará con cargo a su presupuesto y a favor de los empleados y obreros despedidos sin causa justificada por el Gobierno Departamental, un auxilio en la siguiente proporción:

"Para los empleados de cien pesos de sueldo mensual, quinientos pesos (\$ 500.00).

"Para los empleados de ciento uno a doscientos pesos de sueldo mensual, setecientos cincuenta pesos (\$ 750.00).

"Para los empleados de doscientos un pesos en adelante, de sueldo mensual, un mil pesos (\$ 1.000.00).

"Parágrafo. Este auxilio deberá pagarse a más tardar dentro de los ocho días posteriores al retiro.

“Parágrafo. Queda entendido que este artículo contempla igualmente a los obreros del Departamento, a los cuales se les computará el auxilio a que el proyecto hace referencia de conformidad con el jornal devengado durante tres meses”.

Comoquiera que el auxilio anterior está adicionado por el artículo segundo de la ordenanza a que el trabajador haya servido al departamento por espacio de dos años, se tiene lo siguiente:

1) Que un empleado con dos años de servicio y cien pesos de sueldo, recibe como consecuencia de su retiro, además de las prestaciones pagadas por la Caja de Previsión Social del Departamento, un auxilio de quinientos pesos m. l. (\$ 500.00), lo que equivaldría, en este ejemplo, a dos meses y medio de sueldo por cada año de servicio.

2) Un empleado de ciento un peso (\$ 101.00) de sueldo mensual recibiría por concepto de su retiro, además de las prestaciones pagadas por la Caja, un auxilio de setecientos cincuenta pesos (\$ 750.00), lo que equivaldría a tres meses y medio de sueldo por cada año de servicio.

3) Un empleado de doscientos un peso (\$ 201.00) de sueldo, retirado al cumplir sus dos años de servicio, como en los casos anteriores, recibiría mil pesos m. l. (\$ 1.000.00), lo que equivale a dos meses y medio de sueldo por cada año de servicio.

Comoquiera que esta prestación se deberá pagar sin perjuicio de las prestaciones sociales, como la cesantía, que reconoce a los trabajadores retirados la Caja de Previsión Social del Departamento, se tiene que el presente auxilio excede en forma exorbitante los reconocimientos oficiales previstos en la legislación nacional para casos similares. El Departamento de Cundinamarca tenía para la vigencia fiscal de 1946-1947 un presupuesto de diez y seis millones de pesos (\$ 16.000.000.00), con una población de un millón trescientos mil habitantes (1.300.000), lo que da en números redondos una capacidad contributiva, en promedio, por habitante, de 12 pesos m. l. La nación tiene para el año en curso un presupuesto calculado en doscientos noventa millones de pesos (\$ 290.000.000.00) con una población que se aproxima a diez millones de habitantes (10.000.000) lo que da como contribución anual promediada por individuo la suma de veintinueve pesos m. l. (\$ 29.00). Estas sumas brutas no representan un reflejo perfecto y exacto de la capacidad fiscal de Cundinamarca y de la Nación, en proporción a sus necesidades y tareas administrativas, pero sirve de base sólida para poder decir que el artículo precitado sobrepasa de manera exorbitada los preceptos legales que se analizaron anteriormente y según los cuales las prestaciones que pagan los departamentos a sus trabajadores deben graduarse tomando como modelo las de carácter nacional y subordinándolas a la capacidad económica de la respectiva sección. Por estas consideraciones el artículo que se comenta debe ser suspendido.

B. El artículo 2° de la ordenanza acusada dice:

“Artículo 2° Para tener derecho al auxilio de que habla el artículo primero se requieren las siguientes condiciones:

a) Que el empleado tenga dos años cumplidos de servicio, computables en distintas ramas de la Administración Departamental;

b) Que su despido no obedezca a mala conducta comprobada sumariamente; y

c) Que no haya presentado renuncia de su cargo, disfrutando el

mismo sueldo e iguales funciones o por cualquier causa de hostilidad de sus superiores”.

Como se ve, esta disposición desarrolla el artículo anterior y debe correr por lo tanto la misma suerte.

C. El artículo 3º dice:

“Artículo 3º El auxilio de que trata la presente ordenanza se pagará sin perjuicio de las demás prestaciones sociales establecidas y que son de cargo de la Caja de Previsión Social del Departamento”.

Igualmente esta disposición debe suspenderse en la medida en que con ella se sobrepasen las prestaciones sociales que la nación paga a sus trabajadores.

D. El artículo 4º dice:

“Artículo 4º Las reclamaciones sobre prestaciones sociales se tramitarán en papel común, mediante formularios especiales confeccionados para cada caso con cargo al presupuesto departamental”.

Se trata de una disposición que no hace nada distinto de repetir el contenido de ciertos textos legales que establecen la tramitación en papel común de las prestaciones de carácter social. No es el caso, en consecuencia, de suspenderlo provisionalmente.

E. El artículo 5º dice:

“Art. 5º Destínase la cantidad de doscientos mil pesos (\$ 200.000) para atender al cumplimiento de la presente ordenanza, partida que se liquidará preferencialmente en el presupuesto de la próxima vigencia.

“Y si éste fuere insuficiente se aplicarán preferencialmente los excesos de rentas y se harán los traslados necesarios para dar efectivo cumplimiento a esta disposición. Se pagará a los empleados y obreros que hayan sido nombrados por decreto o resolución del Gobierno”.

Este artículo implica la financiación de los anteriores. Comoquiera que la suspensión provisional que por este auto se decreta está limitada a la parte de cada prestación social que exceda lo decretado a la escala nacional, no es posible decidir desde ahora cuál deba ser la suerte posterior de este artículo. La Gobernación, oportunamente, si llegare el caso, podrá tomar de esa partida las sumas necesarias para abrir créditos adicionales u operar traslados según su régimen fiscal.

F. El artículo 6º de la ordenanza dice:

“Artículo 6º Derógase el artículo número 38 de la Ordenanza número 34 de 1945, y en consecuencia declárase vigente el artículo 5º de la Ordenanza 1ª de 1943, cuyo texto se declara incorporado en la presente Ordenanza, así:

“Los empleados y obreros del Departamento de Cundinamarca que hubieren prestado o presten servicios al Departamento por un tiempo no menor de doce años sin llegar a diez y seis, tendrán derecho a pensión de jubilación por valor de cuarenta por ciento (40%) del promedio de sueldo o jornal devengado por dicho empleado u obrero en el último año de servicio, y los empleados u obreros departamentales que hubieren servido o sirvan a Cundinamarca por un tiempo no menor de diez y seis años sin llegar a veinte, tendrán derecho a pensión de jubilación por valor de cincuenta por ciento (50%) del promedio del sueldo o jornal devengado por el respectivo empleado u obrero en el último año de servicio, siempre que dichos lapsos se cumplan con posterioridad a la vigencia de esta ordenanza. Para tener derecho a esta gracia es necesario que el empleado u obrero correspondiente haya cumplido cincuenta

años de edad, estando al servicio del Departamento o que sea retirado del cargo o trabajar por causas distintas de separación voluntaria o mala conducta comprobada. Estas prestaciones las pagará el Departamento”.

La nación tiene establecidas prestaciones de jubilación para beneficio de sus empleados sobre la base general de 20 años de servicio y 50 de edad. El artículo de la ordenanza que se considera crea la posibilidad de que un empleado pueda ser jubilado con doce años de servicio, lo que parece excesivo. En consecuencia este artículo debe ser suspendido en la medida que exceda la prestación social correspondiente en la escala nacional.

C. El artículo 8º dice:

“Esta ordenanza regirá desde su sanción”.

Comoquiera que subsisten artículos que no quedan suspendidos y los demás no lo son sino en la medida en que excedan la respectiva prestación social nacional, se concluye que no es el caso de suspender el artículo octavo de la ordenanza acusada.

A continuación, para mayor abundamiento, se transcribe la tesis sostenida por el Consejo de Estado, en el caso de las prestaciones sociales decretadas por la Asamblea del Valle, y relativas a la constitucionalidad del caso en estudio:

V

Los problemas constitucionales

Al discutirse las diversas ponencias referentes a las demandas a que han dado lugar a algunas ordenanzas sobre prestaciones sociales, se ha planteado el problema de la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley 6ª de 1945, muchas veces citado. Dicha disposición autoriza al gobierno nacional para fijar las prestaciones sociales que deben pagar los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios *teniendo en cuenta la condición económica de estas entidades administrativas*.

Se arguye que los departamentos tienen plena independencia para la administración de los asuntos seccionales de conformidad con el artículo 183 de la Carta. Para corroborar esta tesis se cita el artículo 190 de la Constitución que dice:

“La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a asignaciones de los Diputados, gasto del funcionamiento de las Asambleas y de las Contralorías Departamentales. (Inciso 2º del artículo 84 del Acto Legislativo número 1º de 1945)”.

Se argumenta, a contrario sensu, que la ley no puede limitar las prestaciones sociales que los departamentos decreten. Se reafirma además que los bienes y rentas de los Departamentos, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos.

En relación con estas tesis debe insistirse en la necesidad de interpretar los textos constitucionales y legales como partes integrantes de un mecanismo general que los encauza, ensambla y armoniza. A partir de 1866 todo el régimen constitucional y legal colombiano está desarrollado bajo un principio fundamental consagrado en el artículo 1º de la Carta y que dice:

“La Nación Colombiana se reconstituye en forma de República unitaria”.

Sobre el fondo de este carácter estructural unitario de la constitu-

ción colombiana, se procederá a examinar los tres argumentos a que se ha hecho alusión.

A. *Sentido de la independencia departamental.* — Desde 1886 el país se desligó de la forma federalista de organización para darse una configuración unitaria que hasta ahora perdura sin discrepancias al respecto entre los partidos políticos colombianos. Desde entonces los departamentos no son organismos federados ni totalmente autónomos. La independencia seccional de que habla la constitución es una supervivencia de la fraseología federalista pero de un contenido relativo y restringido. El artículo 182 de la Carta prescribe que los departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales. “con las limitaciones que establece la Constitución”. Y esa constitución es unitaria y en desarrollo de este principio hace del departamento una entidad administrativa subordinada.

Así, el artículo 76 de la Carta, dice que por medio de leyes el congreso ejerce la atribución de “conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales”. Este artículo se armoniza y equilibra con el 187 de la misma obra que dice que corresponde a las asambleas “llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes”. Estos dos textos se coordinan fuertemente para destacar que los departamentos no son entidades independientes y federadas sino partes integrantes del sistema constitucional unitario que rige el país. La ley desarrolla las atribuciones de las Asambleas, las encauza y les puede conferir nuevas funciones. La entidad que tiene poder de conferir atribuciones, tiene también poder para condicionarlas. Por su naturaleza la atribución es algo que se otorga, que se traslada, que se delega. Este tránsito de una función de la órbita nacional a la órbita departamental puede ser reglamentada, sujeta a condiciones. Por esta razón nada se opone a que el legislador establezca que las prestaciones sociales de los departamentos deben consultar la capacidad económica de los mismos. Se trata de ampliar una atribución condicionándola.

El artículo 187 de la Carta, relativa a las atribuciones de las Asambleas, dice lo siguiente:

“Corresponde a las Asambleas:

“1º Reglamentar, por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento.

“2º Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, las industrias establecidas, y la introducción de otras nuevas, la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al Departamento, la apertura de comisiones y de canales navegables, la construcción de vías férreas, la explotación de bosques de propiedad del Departamento, la canalización de ríos, lo relativo a la Policía local en todo aquello que no haya sido materia de reglamentación por la ley, la fiscalización de las rentas y gastos de los Distritos, y cuando se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno.

“3º Organizar la Contraloría Departamental y elegir al Contralor para un período de dos años.

“4º Crear y suprimir Municipios, segregar o agregar términos mu-

nicipales y fijar límites entre los Distritos, *llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley.*

"5° La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos.

"6° *Llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes.* (Artículo 83 del Acto Legislativo número 1° de 1945)".

Se observa que todos los ordinales del artículo anterior, a excepción de dos, otorgan facultades a las asambleas pero advirtiendo que deben ejercerlas de conformidad con los preceptos legales. La instrucción primaria es reglamentada por las asambleas de acuerdo con la ley; la policía local la organizan los departamentos en todo aquello que no haya sido materia de reglamentación por la ley; los municipios se pueden crear, segregar o suprimir de acuerdo con lo que establezca la ley. El artículo 189 establece que los presupuestos departamentales se votarán de acuerdo con las normas que establezca la ley y que las atribuciones están sujetas a los límites que ella demarque.

El intervencionismo económico de los departamentos consagrado por el ordinal segundo tiene que funcionar de acuerdo con el artículo 76 que otorga al Congreso la atribución de fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional. La planificación de esta naturaleza no puede tener su ámbito restringido a sectores administrativos artificiales sino que abarca toda la estructura económica del país que identifica sus límites con los de la nación.

Todo esto demuestra que la Constitución, de manera insistente, repite que las atribuciones de las Asambleas están sujetas a las prescripciones legales. La ley sirve de marco limitativo a las actividades de las secciones y no podía ser de otra manera dentro de un sistema constitucional centralista como el colombiano.

La independencia administrativa departamental a que se refiere el artículo 182 de la Corte no es absoluta como se demuestra por la simple lectura de los textos citados en que la órbita seccional se traza sujeta y ceñida a la ley. La constitución, dentro de una organización unitaria, hace una distribución de materias y de funciones entre la nación, los departamentos y los municipios. Cuando la constitución habla de la independencia de los departamentos no puede estar refiriéndose a cosa distinta de la gerencia o administración gubernativa respecto de las funciones que les señala la constitución y la ley. Estas últimas, como fuentes superiores del derecho, pueden asignar determinadas materias a los departamentos. En principio, las asambleas pueden organizar libremente los servicios que les asigna la constitución y la ley. Las limitaciones a esta función de organizar son taxativas, son simplemente aquellas que determina la constitución en armonía con su desarrollo legal. Pero no sucede lo mismo respecto a las materias que competen a las asambleas porque estas atribuciones pueden acrecerse o disminuirse en virtud de que el Congreso, por medio de leyes, puede restarles o aumentarles funciones. En lo que la ley no puede penetrar es en los detalles de organización administrativa para poner en práctica esas atribuciones. Al respecto las secciones tienen independencia pero con las limitaciones constitucionales y en especial con la limitación que les imprimen las necesidades del servicio público como ya lo ha dicho el Consejo de Estado desde hace varios años.

Sintetizando, puede decirse que de conformidad con la ordenación constitucional del país, de carácter unitario desde el punto de vista político y de tendencia descentralista desde el punto de vista administrativo, los departamentos están sometidos a la constitución y a la ley respecto de las atribuciones que una y otra les asignan en forma plena a veces y limitada en ocasiones. Conferida una atribución por la constitución o la ley a los departamentos, éstos pueden desarrollarla con independencia en cuanto a los métodos administrativos para ponerla en práctica. En principio, en esta función adjetiva para poner en práctica las atribuciones que tienen, los departamentos pueden obrar con independencia a menos que la constitución les haya fijado limitaciones o autorizado al legislador para hacerlo. Además, las necesidades del servicio público deben modelar la acción administrativa de los departamentos.

B. Limitaciones restrictivas en materia de sueldos. — El constituyente de 1945 dijo que la ley podría limitar las apropiaciones departamentales destinadas a los sueldos de los diputados, al gasto del funcionamiento de las asambleas y de las contralorías departamentales. Algunos interpretan, en sentido contrario, que ésta es la única limitación presupuestal que la ley puede imponer a las asambleas. Ya se ha visto que como una consecuencia del régimen político unitario que caracteriza la organización constitucional del país, la autonomía seccional no es absoluta sino reglada.

Respecto de la organización presupuestal de las secciones, el Constituyente de 1945 no tuvo la intención de establecer el principio de la libertad absoluta de las secciones. Por el contrario, reafirmó la subordinación de las Asambleas a las normas legales cuando dijo en el artículo 189 de la Carta:

“Las Asambleas votarán anualmente el presupuesto de rentas y gastos del respectivo Departamento, de acuerdo con normas que establezca la ley”. (Inciso 1º del artículo 84 del Acto Legislativo número 1º de 1945).

El artículo correspondiente en la enumeración constitucional anterior, decía así:

“Las asambleas votarán anualmente el presupuesto de rentas y gastos del respectivo departamento”.

Se observa que la reforma de 1945 al respecto consistió en afirmar *expresamente* que el régimen presupuestario seccional está sometido a las normas legales. En este aspecto, como en todos los demás, la reforma de 1945 no amplía sino que restringe las funciones de las asambleas. En materias educacionistas y de beneficencia aconteció igual cosa. En tanto que el artículo 186 de la vieja enumeración no establecía al respecto otras limitaciones que las constitucionales, el artículo 187 vigente extendió esas restricciones a las que fueran creadas por la ley.

El artículo 187 de la Constitución indica cuáles son las atribuciones de las asambleas. Ya se ha dicho que las facultades que les otorga la Carta lo son en forma expresamente limitada por lo que establezca la ley. Dos de esas atribuciones no tienen la dicha restricción. En efecto los ordinales 3º y 5º del artículo citado se limitan a decir lo siguiente:

“Corresponde a las Asambleas.....

“3º Organizar la Contraloría Departamental y elegir el Contralor para un período de dos años.

“5° La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos”.

Estas dos facultades, la del control de los gastos y el señalamiento de sueldos, aparecen en el texto constitucional sin limitaciones. No obstante, sobre el particular existen dos restricciones:

a) La prevista en el artículo constitucional número 190 en cuanto a los sueldos de los diputados, del personal de las asambleas y gasto del funcionamiento de las Contralorías Departamentales;

b) La limitación que emana de la circunstancia de que los departamentos, según el espíritu de la Carta, son una división territorial para efectos de organizar la administración pública. (Véase el artículo 47 del acto legislativo número 3 de 1910). Esta es la razón constitucional de la existencia de los departamentos y por lo tanto sus actividades tienen en ella su límite que no es otro que las necesidades y conveniencias del servicio público. En armonía con esta tesis la constitución otorgó a los gobernadores la facultad de “objetar, por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o *inconveniencia* los proyectos de ordenanza. (Artículo 86 del Acto Legislativo número 1° de 1945, hoy artículo 194 de la Carta).

Este artículo establece una especie de función tutelar del gobernador sobre las asambleas. Si la ley no puede limitar los sueldos de los empleados departamentales, el gobernador como agente del ejecutivo sí puede objetar por inconveniencia de las asignaciones excesivas. De una manera similar la rama contencioso-administrativa, basa en el espíritu constitucional que hace de los departamentos subdivisiones territoriales para efectos de organizar la administración pública, puede aplicar en el estudio de las ordenanzas estas razones de conveniencia del servicio público. Con este criterio el Consejo anuló, como antes se dijo, la ordenanza del departamento de Bolívar que creó asignaciones exorbitantes para el personal de la asamblea.

En el caso concreto del artículo 22 de la Ley 6ª de 1945, debe decirse que las prestaciones sociales a que ese texto hace alusión no habrán sido consideradas como de competencia de la asamblea sino por interpretación del artículo 187, ordinal 5°, que faculta a esas corporaciones para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos. Ahora, de manera expresa, la ley, que puede señalar funciones a las asambleas según la constitución, ha indicado que los departamentos pueden y deben decretar prestaciones sociales en beneficio de sus trabajadores.

Se ha dicho y explicado antes que la entidad que puede señalarle funciones a otras tiene derecho para condicionar o limitar esas funciones que otorga. En términos del lenguaje común es posible decir para este caso que el que puede lo más puede lo menos. La ley ha dicho que las prestaciones sociales que pueden decretar las asambleas a sus trabajadores deben tener como modelo las que reconoce la nación y que en todo caso y como norma fundamental, deben ser proporcionadas a la situación económico-fiscal de cada departamento. Por las razones antes expuestas, esta disposición a juicio del Consejo es perfectamente constitucional y debe por lo tanto ser aplicada.

C. *Alcance de la propiedad de los departamentos sobre sus rentas.* El artículo 183 de la Carta, relativo a que los bienes y rentas de los departamentos son propiedad exclusiva de cada uno de ellos, no debe in-

interpretarse como un regreso a la organización federalista del país. El desarrollo constitucional, legal y popular de la nación ha sido hacia el centralismo político y no hacia la federación. Esta disposición se explica por razones históricas. El artículo tuvo su origen en el Acto Legislativo número 3 de 1910, que a su vez expresaba una preocupación momentánea del constituyente porque la inestabilidad rentística de los departamentos a que había dado lugar la administración Reyes no fuera a prolongarse. Se quiso entonces constitucionalizar la ley VIII de 1909, sobre descentralización administrativa, la cual dice:

"Artículo 1º Serán en lo sucesivo rentas departamentales, además de las que lo eran antes de la expedición de la Ley 1ª de 1908 y que no están cedidas a los Municipios, las de licores nacionales, degüello de ganado mayor, registro y anotación.

"Artículo 2º Son bienes de los Departamentos los que les pertenecían antes de la vigencia de la Ley 1ª de 1908.

"Artículo 12. Del producto de las rentas cedidas por esta ley a los Departamentos se destinará el 10 por 100 de la de licores y degüello para los Municipios".

Aquellos antecedentes históricos, como reacción contra las prácticas de la administración Reyes y afirmación de una de sus reformas, explican que a juicio del Consejo el amparo establecido por el artículo 183 de la Carta no se refiera de manera absoluta sino a las rentas establecidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1910. Para sustraerle al departamento esas rentas se requiere reforma constitucional. Pero debe advertirse que respecto de esas rentas lo garantizado por la constitución es su inversión dentro de los límites seccionales. En consecuencia la ley puede intervenir en cuanto a la determinación sustantiva de esas rentas, definiendo los objetos gravables por ellas y fijando los límites máximos y mínimos de la cuota de imposición. Una ley reciente, por ejemplo, modificó, para algunos casos, *el impuesto llamado al degüello*, que tradicionalmente ha recaído sobre el sacrificio de cada res para transformarlo en un impuesto sobre el consumo de carne a fin de que por aviones refrigerados pueda llevarse en el futuro carne de los departamentos productores de ganados a los centros de gran consumo. Un impuesto cedido a los departamentos por la Ley VIII de 1909 ha sufrido una reforma fundamental en su estructura para armonizarlo con las nuevas necesidades de la economía nacional en función de los adelantos técnicos contemporáneos como el transporte por avión.

Manteniendo para los departamentos la propiedad del producto de los impuestos que les son propios, nada se opone a que la ley modernice su carácter y las formas de su recaudo y encauce prudentemente su inversión dentro de los respectivos límites departamentales, de la misma manera que la constitución garantiza la propiedad en beneficio de los particulares, pero reglamentando su uso en virtud de que dicho derecho debe ejercerse como una función social que implica obligaciones.

Por este aspecto no se encuentra, pues, que las disposiciones de la Ley 6ª de 1945, sobre prestaciones sociales de los departamentos, sean de carácter inconstitucional y por lo tanto inaplicables.

VI

Consideraciones finales

El Consejo de Estado ha venido aplicando una interpretación de las

leyes sociales configurada sobre el criterio de que las dudas deben resolverse en sentido favorable al trabajador, ya que éste constituye, por el resultado creador de su esfuerzo, el foco de crecimiento de la economía y de la prosperidad del país. Pero dentro del régimen económico que impera en Colombia no es posible excederse en este criterio interpretativo hasta el punto de que las prestaciones excesivas puedan sofrenar el desarrollo nacional o departamental, por las repercusiones que ellas tienen sobre el fisco estatal. En la medida en que la nación y los departamentos tengan recursos con qué acometer empresa nuevas, habrá posibilidad de crear un tren administrativo más numeroso y de dar ocupación a muchos obreros con salarios y prestaciones sociales cada vez mejores. Pero si estos focos de desarrollo económico-fiscal se ciegan por una política imprudente, el país entraría en un estancamiento de su desarrollo, perjudicial para todos y en primer término para los trabajadores. La política social debe ser lo más avanzada posible, pero teniendo como límite, respecto de los trabajadores oficiales, la capacidad fiscal de las entidades administrativas. Conviene citar al respecto al líder socialista Indalecio Prieto, quien en vísperas de la guerra civil española, advertía a los trabajadores de su país que dentro del régimen capitalista el salario no podía absorber la totalidad de los beneficios porque ciega las fuentes del desarrollo del capital que permite mantener a las empresas en movimiento y a los obreros con trabajo. De la misma manera las prestaciones sociales de carácter oficial no pueden llegar a comprimir de tal manera a los fiscos oficiales que se paralice la acción administrativa en las obras públicas y otras ramas de servicio económico. Una justa proporción de equilibrio debe ser mantenida a fin de que los trabajadores tengan cada vez más un mayor bienestar como consecuencia de la prosperidad general de la nación, de los departamentos y de los municipios.

A las anteriores razones que se presentaron en la sentencia relativa a las ordenanzas del Valle del Cauca, de que se ha hecho mención, conviene agregar que la estabilidad de los trabajadores en sus funciones, que se busca con los procedimientos contenidos en el acto acusado, puede hallarse en el establecimiento de la carrera administrativa. Este estatuto implica una organización minuciosa en interés del servicio público y del empleado, pero no es posible pretermir esta organización cuidadosamente concebida con un procedimiento desviado que implica una erogación excesiva por parte del tesoro departamental.

Decisión:

En virtud de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, en Sala Plena, revoca el auto apelado y en su lugar *Resuelve:*

Suspender provisionalmente, pero sólo en la medida en que excedan las respectivas prestaciones sociales de carácter nacional, los artículos 1º, 2º, 3º y 6º de la Ordenanza número 21 de 1945 expedida por la Asamblea de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Rodríguez—Jesús Estrada Monsalve—Carlos Rivadeneira G.—Gonzalo Gaitán—Gustavo A. Valbuena—Pedro Gómez Parra (con salvamento de voto)—Jorge Lamus Girón (con salvamento de voto)—Luis E. García V., Srío.

JAIME TOZON VILLEGAS
DONACION

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DOCTORES

PEDRO GOMEZ PARRA Y JORGE LAMUS GIRON

Con todo el respeto que nos merecen los conceptos jurídicos de nuestros distinguidos colegas del Consejo de Estado, nos permitimos salvar nuestro voto en relación con el auto de fecha de hoy, dictado en el juicio de nulidad de la Ordenanza número 21 de 1946, de la Asamblea de Cundinamarca, intentado por el señor Gualberto Rodríguez Peña, auto por el cual se suspenden provisionalmente los artículos 1º, 2º, 3º y 6º de tal Ordenanza. Como fundamento de nuestra inconformidad, reproducimos a continuación las razones expuestas en el salvamento de voto que hicimos al auto que decretó la suspensión del artículo 1º de la Ordenanza número 41 de 1946, expedida por la Asamblea de Santander.

“Primero.—Conforme al artículo 190 de la Constitución Nacional, ‘la ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a asignaciones de los Diputados, gastos de funcionamiento de las Asambleas y de las Contralorías departamentales (Inciso 2º del artículo 84 del Acto Legislativo número 3 de 1910)’.

‘De manera que la interpretación que hace la sentencia en el sentido de que la Ley 6ª de 1945 limitó las apropiaciones departamentales destinadas al reconocimiento de las prestaciones sociales, es, conforme a este texto de la Carta, francamente inconstitucional.

“Segundo.—Según el artículo 182 de la Constitución Nacional, ‘los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos regionales, con las limitaciones que establece la Constitución. (Artículo 48 del Acto Legislativo número 3 de 1910)’.

Este texto que consagró en nuestro Estatuto la autonomía departamental, estableció que sólo la Constitución puede limitar esa independencia, la cual sería ilusoria si estuviera condicionada al criterio proteico de la Jurisprudencia. Y ninguno de los preceptos de la Constitución limita la facultad de los Departamentos para determinar las asignaciones de sus empleados ni las prestaciones sociales que por causa del servicio público hayan de reconocérseles.

“Tercero.—Lejos estuvo del ánimo del legislador de 1945 limitar, en el significado castizo del vocablo, de acortar o ceñir la obligación que impuso a tales entidades de Derecho Público de reconocer y pagar prestaciones sociales a sus empleados y obreros, y si por el artículo 22º de la Ley 6ª de ese año facultó al Gobierno para señalarlas por medio de Decreto, teniendo en cuenta la condición económica de las Secciones, esa facultad no fue en el sentido de limitar el máximo de tales prestaciones, sino el minimum de ellas, desde luego que lo que la ley quiere y dice es que por lo menos se reconozcan y paguen las que ella misma establece.

“Cuarto.—Tanto es así que por el artículo 1º del Decreto 2767 de 1945, reglamentario de la misma Ley, se dispone que ‘con las solas excepciones previstas en el presente Decreto, los empleados y obreros al servicio del Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tienen derecho a la totalidad de las prestaciones sociales señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, le corresponderá probarlo’.

‘De modo que la norma es pagar la totalidad de las prestaciones reconocidas por la ley, y la excepción pagar menos, de acuerdo con la

graduación que establece el artículo 2º del mismo Decreto, para lo cual, es decir, para pagar menos, debe probarse que se está en el caso de excepción, conforme a la regla universal de derecho de que la excepción incumbe probarla a quien la alega. El Departamento que paga lo que la ley manda, o quiere pagar más, en ejercicio de su autonomía e independencia para la administración de sus asuntos seccionales, que, repetimos, sólo la Constitución puede limitar, no está en ningún caso de excepción porque no desconoce la existencia de la obligación, ni intenta declararla extinguida, ni aminorarla, sino lo contrario, superarla, por lo cual la exigencia que hace la sentencia de probar que no se halla en ningún caso de excepción, cuando se quiere pagar más, es insólito en derecho.

“Quinto.—Tan cierto es esto que el artículo 9º del mismo Decreto 2767 de 1945 dispone que: “No obstante cualquier clasificación, prevalecerán las prestaciones más favorables reconocidas por la respectiva entidad en virtud de ordenanzas, decretos, acuerdos, convenciones colectivas o fallos arbitrales”.

“Nótase que, conforme a los términos de este artículo, no se exige para pagar prestaciones más favorables que las de cualquier clasificación, la prueba de no hallarse en ningún caso de excepción, que quiere la sentencia, prueba que no habría objeto de producir, porque aunque se produjera habrían de prevalecer en todo caso las prestaciones más favorables, al rigor del mismo precepto. Nótese, asimismo, que esos términos son imperativos e inequívocos, que no admiten hipótesis ni concordancias con otros textos ni principios, sino que *prevalecerán* —dice— o sea, que predominarán, que se tendrán como normas superiores a cualesquiera otras las prestaciones más favorables reconocidas por la respectiva entidad, en virtud de ordenanzas, acuerdos, decretos, etc.

“Sexto.—Confirma e impone esta interpretación de la ley el Decreto 1160 de 1947, sobre auxilio de cesantía, cuyo artículo 13 dispone: ‘Artículo 13. Las disposiciones del presente Decreto, tanto en lo que se refiere a los trabajadores del servicio oficial como a los de las empresas particulares, sólo les serán aplicables mientras no existan normas legales de carácter especial, o estipulaciones contractuales, que les concedan derechos más amplios o que regulen su situación jurídica en lo referente al auxilio de cesantía de una manera más favorable’.

“Séptimo.—La limitación legal del *mínimum* de las prestaciones sociales que deben reconocer las Secciones a sus empleados y obreros no es inconstitucional como pudiera ligeramente creerse, frente a los precitados textos de la Carta, y no lo es:

“a) Porque la misma Constitución impone a las Asambleas llenar las funciones que les señalan las leyes (ordinal 6º, artículo 187), y

“b) Porque las únicas asignaciones departamentales cuyo máximo puede limitar el legislador son las determinadas en el artículo 190 del propio Estatuto, que no cuenta dichas prestaciones.

“Octavo.—La doctrina del Consejo que invoca la sentencia, para informar en ella sus conclusiones, no es pertinente al caso *sub judice*, primeramente, porque ese fallo lo que hizo fue invalidar la existencia de obligaciones sin causa lícita que la Asamblea de Bolívar impuso al Departamento, obligaciones que, obvio es decir, son nulas en derecho (artículo 1524, C. C.), y en segundo lugar, porque no obstante la estructuración jurídica de esa misma doctrina, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fue-

ron pronunciadas, siendo prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria, según precepto positivo de nuestro derecho. Son casos absolutamente disímiles el dirimido por el fallo memorado y el que se finaliza por esta sentencia: aquél creaba un ejército de servidores departamentales sin funciones determinadas qué cumplir, lo cual lo hacía ostensiblemente inconstitucional, frente al artículo 63 de la Carta, en tanto que en el caso de autos se trata de compensar o indemnizar a servidores oficiales de más de un año de servicio cumplido, con prestaciones que tienen sólidos fundamentos legales.

“*Noveno.*—Es vano empeño pretender desconocer, como lo hace la sentencia, la autonomía e independencia constitucional de las Asambleas para reglar los asuntos de su competencia. En su “Comentario científico de la Constitución de 1886”, dice don José María Samper, autoridad de excepción sobre la materia, al referirse al artículo 185 de ese Estatuto, literalmente igual al inciso 2º del artículo 187 de la Carta vigente:

“Por el contrario, cuando una Asamblea manda, por medio de ordenanzas, que se emprendan y ejecuten, *por cuenta y con los recursos propios* del Departamento, determinados trabajos u obras, o que se organicen y presten con carácter de públicos ciertos servicios de aquellos que corresponden a las Asambleas, entonces es obvio que las perspectivas ordenanzas pueden estatuir exclusivamente sobre el modo y términos en que han de ejecutarse las obras o prestarse los servicios, por cuanto las Asambleas las pueden *dirigir* y quien dirige manda y ordena con exclusión de otra autoridad. De otra suerte, sería de todo punto ilusoria la descentralización administrativa que la Constitución ha querido establecer. Así, es a nuestro entender evidente que el Gobierno no puede ingerirse en la dirección de aquellos asuntos en que las Asambleas tienen autoridad, aún cuando la ley mande fomentar los respectivos servicios, trabajos o empresas; con tal que las Asambleas no incurran en alguno de los casos que constitucionalmente autorizan para suspender o anular las ordenanzas departamentales”.

“*Décimo.*—La misma autoridad de tan ilustre expositor nos releva, en el pasaje transcrito, de referirnos a la descentralización administrativa de las Secciones que reconoció, contra lo que afirma la sentencia, la propia Constitución centralista de 1886, y que cimentó y robusteció grandemente el Acto Legislativo número 3 de 1910.

“*Undécimo.*—Si las entidades particulares pueden exceder las prestaciones sociales que reconoce la Ley 6ª de 1945 (cuestión que nadie discute), no se explica por qué las entidades de Derecho Público no pueden hacer lo propio.

“Cualquiera interpretación en contrario sería lesiva de sus derechos constitucionales y legales de igualdad ante la ley como personas jurídicas, e implicaría para ellas una *capitis diminutio* exótica en nuestras instituciones.

“A las precedentes razones, nos permitimos agregar las siguientes de expresa relación con la suspensión provisional de que trata el auto cuestionado:

“*Primera.*—El auto del Consejo, que es apenas decisorio de una suspensión provisional, prejuzga, decide y falla de una vez al fondo del asunto, desconociendo desde luego el derecho sustantivo de las Asambleas a legislar dentro de su arbitrio constitucional, sobre compensaciones del

servicio público de los Departamentos, cerrando así el debate judicial con preterición de todas las formas propias del juicio y quebrantando el artículo 26 de la Constitución.

“*Segunda.*—Conforme al artículo 94 del C. C. A., para que proceda la suspensión provisional, cuando, como en el caso de estudio, se ejercita la acción de nulidad, es preciso que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho, es decir, que *prima facie*, de manera ostensible y flagrante, se viola e infrinja un precepto superior terminante, claro e incompatible con lo dispuesto en el acto acusado. Así lo tiene dicho el Consejo de Estado en inveterada y uniforme jurisprudencia, de la cual nos permitimos reproducir tan sólo las siguientes doctrinas, para no hacernos demasiado prolisos:

“Hay manifiesta violación de una norma superior, lo tiene asentado el Consejo en constante y copiosa doctrina, cuando entre la norma y el acto acusado aparece *prima facie* una ostensible y evidente contraposición de mandatos, que los hace incompatibles y excluyentes entre sí, sin necesidad de recurrir a razonamientos de lógica, ni a disertaciones de orden jurídico, para comprobar la antítesis o antinomia de los dos textos. De manera que, para que pueda prosperar la suspensión provisional de un acto jurídico por la manifiesta violación que infrinja de una norma superior, esa violación debe brillar por sí misma al simple sentido común, sin consideración a diversos preceptos de derecho para establecer la transgresión.

“La razón jurídica de esta rigurosa formalidad para el buen éxito de esa acción, estriba en el principio fundamental de Derecho Administrativo, de la permanencia de la Administración, que no puede suspenderse o enervarse por simple petición de un ciudadano sino cuando ha rebasado los cauces ciertos y preterdeterminados que le han fijado reglas de derecho, consagradas como normas superiores por la soberanía del Estado. Por ello es por lo que los actos de la Administración se presumen legales, es decir, se tienen como ajustados a derecho, presunción que impone a quien pretenda lo contrario en acción sumarisima, la obligación de demostrar inconcusamente que el acto administrativo que acusa quebranta de manera flagrante tal o cual canon superior, preciso y concreto”. (Auto de 7 de mayo de 1947. Suspensión provisional de los artículos 2º y 3º de la Ordenanza número 36 de 1946, proferida por la Asamblea del Departamento del Tolima).

“Ha dicho el Consejo en múltiples jurisprudencias que la benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando, en tratándose de la acción pública, popular o ciudadana, aparece un choque manifiesto, claro, patente, ostensible, entre el acto acusado y una norma de carácter superior, que deba respetarse. Los actos administrativos llevan en sí implícitamente una presunción de legalidad. Debe suponerseles conforme con las disposiciones superiores en la jerarquía de la legislación. Unicamente cuando es flagrante la oposición es procedente la suspensión provisional, porque de lo contrario podría paralizarse la acción administrativa con argumentos de mayor o menor fuerza en un simple auto, dictado sin que se hayan producido pruebas, sin que se hayan oído alegatos de las partes, etc.” (Sentencia de 19 de septiembre de 1945. *Anales del Consejo de Estado*, tomo LV, página 87).

Y ni el auto a que se refiere este salvamento —ni mucho menos la demanda— señala cuál es la norma precisa y categórica que viola la Or-

denanza acusada, limitándose a hacer interpretaciones de orden histórico sobre algunos textos de la Constitución de 1886, las cuales resultan infirmadas por muy ilustres y autorizados exégetas del mismo Estatuto, como lo dejamos dicho. Todas esas consideraciones constitucionales, si respetables y eruditas, no pasan de ser una verdadera geometría jurídica, improcedente a todas luces para decidir sobre una suspensión provisional, pero propicia a convertir el servicio público de los Departamentos en botín de los vaivenes políticos.

“Tercera.—Suscita el auto cuyo voto salvamos el concepto de que corresponde a lo Contencioso Administrativo la guarda o curatela de los fiscos departamentales, al decir:

‘...La Constitución otorgó a los Gobernadores la facultad de objetar, por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o *inconveniencia* los proyectos de Ordenanza. (Artículo 86 del Acto Legislativo número 1º de 1945, hoy artículo 194 de la Carta’.

“Este artículo establece una especie de función tutelar del Gobernador sobre las Asambleas. Si la ley no puede limitar los sueldos de los empleados departamentales, el Gobernador como agente del Ejecutivo sí puede objetar por inconveniencia las asignaciones excesivas. De una manera similar la rama contencioso-administrativa basada con el espíritu constitucional que hace de los Departamentos subdivisiones territoriales para efectos de organizar la administración pública, puede aplicar en el estudio de las ordenanzas estas razones de conveniencia del servicio público”.

Contra este criterio, enderezado a restringir y condicionar la autonomía e independencia de las Secciones, para reglar su propia administración, que consagran como basamento de nuestra organización política los preceptos de la Carta a que hemos hecho referencia, y que hasta el presente ninguna doctrina de Tribunal ni de autoridad alguna ha intentado desconocer ni menguar, se opone asimismo la ley orgánica de lo Contencioso Administrativo, cuyo Título II, Capítulo IV, V y VI señalan de manera precisa sus funciones, jurisdicción y competencia, no encontrándose entre ellas, ni en texto alguno de la misma Ley, semejante atribución. De suerte que contra el desvío de poder de que se acusa a la Ordenanza, se opone, a falta de ley, otro desvío de poder, haciendo de su fuerza coactiva norma de derecho.

Al anterior razonamiento, conviene agregar esta vez otra doctrina reciente del Consejo de Estado, tomada de la sentencia de fecha 19 de febrero de 1946, proferida en el juicio de nulidad de los artículos 4º de la Ordenanza número 50 de 1942 y 165 de la Ordenanza número 49 de 1943, dictadas por la Asamblea de Boyacá. Dice así:

“El Código de lo Contencioso Administrativo en su artículo 84 señala los requisitos de sustancia y forma que debe contener toda demanda ante esta Jurisdicción, entre los cuales está ‘la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación’.

“Debiendo existir una correspondencia perfecta entre la sentencia y la demanda, y condicionado y delimitado el campo del juzgador, según la disposición antes dicha, el examen y confrontación de las normas señaladas por el actor como violadas y el concepto de la violación por él expresado, se viola el principio general de la que la sentencia debe corresponder a la acción, cuando el fallador de la jurisdicción contencioso administrativa, para decretar la nulidad de un acto acusado, se apoya

en normas distintas de las señaladas por el actor como violadas, o en un concepto de la violación también distinto al por él expresado o invocado. El fallador debe pronunciarse sobre todo lo que se le pide, pero sólo sobre lo que se le pide, es un antiguo aforismo de derecho procesal que conserva su vigencia, y no está autorizado por lo tanto para variar la intención y declaración de voluntad del actor que deben estar consignadas de manera explícita en la demanda, por mandato ineludible del legislador, aunque a su juicio haya otras razones o motivos que por olvido o ignorancia no hizo explícitos el demandante y en virtud de los cuales sean viables sus peticiones. Si se quieren sentencias explícitas, precisas y específicas, deben corresponder a demandas en las que concurren esos requisitos que son los que de modo expreso y determinado señala el mencionado artículo 84”.

Bogotá, diez de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

Pedro Gómez Parra — Jorge Lamus Girón—El Secretario, Luis E. García V.

ELECTORALES

(Consejero ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

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

De acuerdo con lo previsto en el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, procede el Consejo de Estado a fallar los dos (2) juicios que, en virtud de demandas promovidas por los doctores Claudio M. Blanco Jiménez, en representación del señor Carlos Martín Leyes, y Juan Uribe Cualla en su propio nombre, se han adelantado contra los escrutinios practicados el 10 de abril último por el Consejo Electoral del Departamento del Atlántico, en las elecciones para Senadores de la República por esa misma Circunscripción, para el período constitucional de 1947 a 1951.

Las demandas se habían repartido, en su orden, al Ponente en el presente fallo y al Consejero doctor Gonzalo Gaitán, por lo cual, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 167 de 1941, se dispuso avisar a las partes que tales negocios iban a ser fallados en una sola instancia, y al efecto se señaló día y hora para llevar a cabo en la secretaría la reunión de los mismos y el sorteo del Consejero que debería redactar la sentencia. Contadas e insaculadas las balotas que corresponden a los nombres de los señores Consejeros, se sacó a la suerte la número 1, correspondiente al Consejero doctor Estrada Monsalve.

Demanda del doctor Blanco Jiménez

En escrito presentado el 15 de abril último ante el Juzgado 1° Civil del Circuito de Barranquilla, el doctor Claudio M. Blanco Jiménez pidió al Consejo que se hiciesen las siguientes ordenaciones:

“a) Que es nulo dicho acto de escrutinio y la correspondiente declaración de elección de Senadores para el período de 1947 a 1951 por la Circunscripción Electoral del Atlántico, hecha por el Consejo Electoral de este Departamento, por cuanto se hizo con violación del sistema electoral adoptado por la Ley;

“b) Que debe rectificarse dicho escrutinio, de conformidad con las prescripciones de la Ley 39 de 1946, en el sentido de acumular a la lista que encabeza Claudio M. Blanco J., todos los votos liberales emitidos en las elecciones del 16 de marzo último en el mencionado Departamento por las listas que encabezaron Néstor Carlos Consuegra y Alberto Pumarejo, y efectuar a continuación las operaciones aritméticas respectivas, de modo que se adjudique a los votos liberales así acumulados, tantos puestos cuantas veces quepa en ellos el cociente que resulte de dividir todos los votos válidos computados en el escrutinio por el número de Senadores a elegir, o sea tres de conformidad con la norma constitucional;

“c) Que deben expedirse las nuevas credenciales de Senadores a los candidatos que, de acuerdo con el resultado del escrutinio así rectificado, resultaren elegidos, o sea, de la lista encabezada por Claudio M. Blanco J., a Claudio M. Blanco J. y Carlos Martín Leyes, como principales respectivamente, y a Saúl Charris de la Hoz y Dolcey Manga, como suplentes en su orden”.

Como hechos de su demanda el doctor Blanco Jiménez adujo los siguientes:

"1º El 16 de marzo último se verificaron en toda la República las elecciones para renovar el personal del Senado, de la Cámara de Representantes y de las Asambleas Departamentales.

"2º El día 10 del mes de abril del presente año, el Consejo Electoral Departamental del Atlántico verificó el escrutinio de los votos emitidos en dichas elecciones.

"3º Al efectuar el cómputo de los votos para Senadores dicho Consejo procedió en la siguiente forma, por mayoría: En presencia de cuatro residuos electorales constituídos por cada una de las cuatro listas de candidatos para el Senado, tres liberales y una conservadora, que participaron en el debate eleccionario, adjudicó los tres puestos que se eligen en el Atlántico a los tres residuos menores, prescindiendo de la acumulación al mayor de esos residuos, de los menores correspondientes a las listas del mismo partido.

"4º Como se ve, el Consejo Electoral Departamental del Atlántico hizo caso omiso de las disposiciones de la Ley 39 de 1946, verificó el escrutinio acusado y declaró la elección respectiva, con violación del sistema electoral adoptado por la Ley.

"5º En las citadas elecciones para Senadores, se emitieron cuarenta y dos mil novecientos cincuenta y cuatro votos (42.954), distribuidos así: Lista encabezada por Claudio M. Blanco J., trece mil ciento noventa y un votos (13.191); lista encabezada por Néstor Carlos Consuegra, diez mil cuatrocientos ochenta votos (10.480); lista encabezada por Alberto Pumarejo, siete mil novecientos cinco votos (7.905); lista encabezada por Evaristo Sourdis, once mil trescientos setenta y tres votos (11.373) y en blanco, cinco votos (5)".

El demandante hizo consistir el concepto de violación en "que los sufragios emitidos en las votaciones del 16 de marzo último en el Atlántico para elegir Senadores en el período constitucional de 1947 a 1951, se computaron con violación del sistema electoral establecido por la ley, lo cual vicia dicho acto de nulidad (artículo 204, Ley 167 de 1941). Y comoquiera que además se cometieron irregularidades en la forma como se computaron los votos en referencia, procede efectuar un nuevo escrutinio, para rectificar tales errores y declarar el verdadero resultado de la elección (artículo 207, Ley 167 de 1941)".

En el curso de este juicio se tuvo al señor Néstor Carlos Consuegra como parte oponente, y como su apoderado especial al doctor Guillermo Peñaranda Arenas; y al doctor Alvaro Pérez Vives como apoderado sustituto del señor Carlos Martín Leyes.

Los doctores Pérez Vives y Peñaranda Arenas, obrando con el carácter ya indicado, presentaron sendos alegatos para sostener los puntos de vista expuestos por sus mandantes.

Demanda del doctor Uribe Cualla

En esta demanda el doctor Uribe Cualla pide al Consejo, en ejercicio de la acción que consagran los artículos 207 del Código Contencioso Administrativo y sus concordantes de la propia obra, "la declaratoria de elección para Senadores por la Circunscripción Electoral del Atlántico hecha por el Consejo Electoral del Departamento mencionado en su sesión del día 10 del presente mes de abril, a fin de que por la entidad a que tengo el honor de referirme se ordene la rectificación correspondiente y se declare el verdadero resultado de dicha elección con arreglo

a los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de apoyo a esta demanda”.

El doctor Uribe Cualla indicó como motivos de su acción los siguientes:

“1º El Consejo Electoral del Departamento del Atlántico, reunido en sesión plena el día 10 de abril de 1947, con el objeto de efectuar el escrutinio general de los votos emitidos el 16 de marzo último para elegir los Senadores, Representantes al Congreso y Diputados a la Asamblea Departamental por el Círculo Electoral de ese Departamento, declaró elegidos Senadores a los señores: doctor Claudio M. Blanco J., don Néstor Carlos Consuegra y doctor Evaristo Sourdis, en su carácter de principales, y en la condición de suplentes de los mismos, en su orden, a los señores: doctor Saúl Charris de la Hoz, don Roberto Jimeno Collante y doctor Clemente Salazar Movilla.

“2º El total de los votos válidos dados en favor de los candidatos para Senadores ascendió a la cifra de 42.954, emitidos así: por la lista liberal que encabezó el doctor Claudio M. Blanco J., 13.191 votos; por la lista liberal que encabezó don Néstor Carlos Consuegra, 10.480 votos; por la lista liberal que encabezó el doctor Alberto Pumarejo, 7.905 votos, y por la lista conservadora que encabezó el doctor Evaristo Sourdis, 11.373 votos.

“3º El cuociente electoral, obtenido a base de dividir el total de los votos válidos emitidos en la Circunscripción Electoral del Atlántico por el número de Senadores que podían elegirse, o sea, tres, monta a la cifra de 14.318. Ninguna de las listas por las cuales se sufragó el 16 de marzo de 1947 en esa Circunscripción obtuvo el expresado cuociente electoral, pero sí pasaron tales listas de 7.159 votos, o lo que es idéntico, del medio cuociente.

“4º La mayoría del Consejo Electoral del Atlántico, mediante errónea aplicación del artículo 1º de la Ley 39 de 1946, error oportunamente apuntado por la minoría de aquel cuerpo, hizo la declaratoria de elección en favor de los ciudadanos que determino en el punto primero de esta narración de motivos, cuando no debió haber declarado elegidos sino solamente al señor doctor Claudio M. Blanco J., como principal, y al doctor Saúl Charris de la Hoz como suplente, en representación del liberalismo; y al doctor Evaristo Sourdis, como principal, y al doctor Clemente Salazar Movilla, como suplente, en representación del conservatismo”.

El actor estimó como violados, por el acto cuya rectificación determina la demanda, el artículo 1º de la Ley 39 de 1946, en su inciso 4º, y el artículo 5º del Decreto Ejecutivo número 800 de 1947 (5 de marzo), que reglamenta dicha Ley.

También el doctor Uribe Cualla adjuntó a la demanda copia auténtica del “acta de escrutinios del Círculo Electoral del Atlántico practicados por el Consejo Electoral... correspondiente a las votaciones verificadas el 16 de marzo de 1947, para elegir Senadores, Representantes y Diputados para los períodos que determina la Ley”.

En este otro juicio, también se tuvo al doctor Néstor Carlos Consuegra como parte opositora y como su apoderado al doctor Guillermo Peñaranda Arenas, y con igual carácter al señor Carlos Martín Leyes y como su apoderado al doctor Alvaro Pérez Vives.

Como en el anterior juicio, los apoderados presentaron sus alegatos.

Los demandantes estuvieron de acuerdo en que las cuestiones sometidas al juicio y a la sentencia, eran de puro derecho, por lo cual no era el caso de solicitar la apertura a pruebas del negocio.

Concepto del Ministerio Público

El señor Fiscal de la Corporación, al emitir concepto, es de parecer que deben negarse las súplicas de las demandas. Para sustentar su opinión, dice el señor Fiscal:

"....El día 10 de abril último el Consejo Electoral del Departamento del Atlántico verificó el escrutinio de los votos emitidos en las elecciones pasadas para renovar el personal del Senado y de la Cámara de Representantes, dando el siguiente resultado la elección de Senadores, que es la demandada en el presente juicio:

"Lista encabezada por Néstor Carlos Consuegra.....	10.480 votos
"Lista encabezada por Claudio M. Blanco J.....	13.191 votos
"Lista encabezada por Alberto Pumarejo.....	7.905 votos
"Lista encabezada por Evaristo Sourdís.....	11.373 votos
"En blanco	5 votos

Total.....42.954 votos

"El total, pues, de votos emitidos en el Círculo Electoral del Atlántico, fue de 42.954, que dividido por tres (3), que es el número de Senadores elegibles por el Departamento, da un cociente de 14.318 y un medio cociente de 7.159 votos.

"Como se observa, ninguna de las listas obtuvo cociente completo, pero todas excedieron del medio cociente, habiéndose adjudicado los puestos o curules a quienes obtuvieron mayor número de votos, o sean los señores Claudio M. Blanco, Evaristo Sourdís y Néstor Carlos Consuegra.

"Mas, inconforme con esa determinación del Consejo Electoral, el doctor Claudio M. Blanco, como apoderado del doctor Carlos Martín Leyes, pretende que se escrute éste, quien ocupaba el segundo renglón de su lista (la encabezada por el doctor Blanco), en vez del elegido doctor Néstor Carlos Consuegra, argumentando que como ninguna de las listas del partido liberal encabezó un número de votos igual o superior al cociente electoral, aunque todas pasaron del medio cociente, de conformidad con la Ley 39 de 1946 se debe acumular al número de votos que obtuvo su lista todos los obtenidos por las demás listas del mismo partido, o sean los de las encabezadas por los doctores Consuegra y Pumarejo, y hecha esa acumulación ver cuántas veces cabe en el total de esos votos el cociente, con el resultado de que su lista tendría derecho a dos renglones, y ninguno la lista encabezada por el doctor Consuegra. En apoyo de su tesis el doctor Blanco se extiende en algunas consideraciones que la Fiscalía respeta, pero que no comparte por las siguientes razones:

"La Ley 39 de 1946, sobre cociente electoral, establece en su artículo 1º:

"En toda elección popular y en las que deban hacer las Corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema de cociente electoral en la forma siguiente:

"El total de votos válidos obtenidos en la Circunscripción Electoral o en la Corporación pública que hace la elección, se divide por el nú-

mero de individuos que deban elegirse y el resultado es el cuociente electoral.

‘Las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, se excluirán del escrutinio, pero sus votos se acumularán a los del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aun cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos.

‘Cumplida la acumulación, cada una de las listas tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiere el cuociente en el total de sus votos, y si hecha la adjudicación respectiva quedare uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán a los residuos en orden descendente, previa la acumulación al mayor de los pertenecientes al mismo partido...’.

‘De conformidad con esta disposición, solamente las listas que no alcancen a la mitad del cuociente sus votos los absorbe la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número de votos, pero en forma alguna pueden ser absorbidos los de las listas que hayan alcanzado o sobrepasado el medio cuociente, comoquiera que éste es por su naturaleza un factor que entra en el escrutinio y escapa, por consiguiente, a la absorción de la lista mayoritaria. Por lo tanto, como en el caso de autos, las listas liberales que se escrutaron y de las cuales resultaron elegidos los señores Blanco y Consuegra, lo fueron por haber obtenido un número de votos superior al medio cuociente, es legalmente imposible que se acceda a la acumulación que pretende el demandante para que a su lista se le adjudique un renglón más, porque ello sería contrario a la letra y al espíritu de la citada Ley 39.

‘En caso análogo al que aquí se contempla, dijo este despacho lo siguiente:

‘El medio cuociente, como dice un autoridad en la materia, ‘es un factor de escrutinio que en fuerza escrutadora sigue en turno al cuociente entero, con derecho a recibir casilla a título de medio cuociente, sin que sea posible ni aceptable que se le asimile a residuo, cambiándosele la naturaleza con qué entró al escrutinio, para que sus sufragios vayan a sumarse al residuo o fracción de otra lista, desde luego que a ello se opone la inarrastrabilidad que ampara al medio cuociente...’.

‘En síntesis: los medios cuocientes tienen de acuerdo con la ley una categoría especial que les permite entrar al escrutinio conforme a su propia naturaleza, porque no son residuos ni sobrantes de nada, sino factores de escrutinio y por lo mismo de naturaleza distinta; en tal virtud no pueden confundirse con los residuos, que es lo que sobra después de haber hecho las adjudicaciones, ni sumarse con éstos porque sería una mezcla heterogénea que daría el más extravagante resultado desde el punto de vista de la representación proporcional de los partidos que consagra la Constitución Nacional.

‘Por las consideraciones anteriores, y por las razones que en igual sentido expone el doctor Guillermo Peñaranda Arenas, apoderado del doctor Néstor Consuegra, en el jurídico alegato que obra en el expediente y que la Fiscalía comparte, se llega a la conclusión de que el escrutinio hecho por el Consejo Electoral Departamental del Atlántico se ajusta en todo a las normas legales y por lo tanto debe respetarse.

“.....”

Para resolver se considera:

El escrutinio del Atlántico

En el caso de autos, ninguna de las cuatro listas de Senadores que concurrieron al debate comicial, encabezadas por Claudio M. Blanco Jiménez, Néstor Carlos Consuegra, Alberto Pumarejo y Evaristo Sourdis, del partido liberal las tres primeras y del conservador la última, alcanzó al cuociente entero pero todas pasaron de la mitad de esta cifra. Consta así de la respectiva acta de escrutinio, que a continuación, en lo pertinente, se transcribe:

"...Inmediatamente procedióse a hacer el cómputo total de los votos para Senadores para cada una de las listas ya mencionadas. Verificados los cálculos se obtuvo un total de 42.954; un cuociente de 14.318; y un medio cuociente de 7.159. El resultado de los votos por cada una de las listas, en total, fue el siguiente:

"Lista encabezada por:

"Néstor Carlos Consuegra	10.480 votos
"Claudio M. Blanco J.	13.191 votos
"Alberto Pumarejo	7.905 votos
"Evaristo Sourdis	11.373 votos
"En blanco	5 votos

Total.....42.954 votos

"En consecuencia, el resultado definitivo fue el siguiente:

"Por la lista que encabezan:

"Néstor Carlos Consuegra, un Senador por residuo.

"Claudio M. Blanco J., un Senador por residuo.

"Evaristo Sourdis, un Senador por residuo.

"Se ordenó expedir las respectivas credenciales a los ciudadanos elegidos Senadores y por la Presidencia se hizo constar que tanto en la adjudicación de casillas para Diputados como para las de Senadores, se tuvieron en cuenta, por la Corporación, los residuos que por exceder del medio cuociente conservaron una entidad propia que no los hace arrastrables, y, por lo tanto se hizo la distribución de dichas casillas en orden descendente para los residuos que conservaron la entidad del medio cuociente..."

El medio cuociente en el actual sistema electoral

Veamos, en riguroso orden, las cinco operaciones o momentos del acto del escrutinio, según el espíritu de los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 1º de la Ley 39 de 1947:

A) Se divide el total de votos válidos obtenidos por todas las listas que concurrieron al debate en la respectiva Circunscripción Electoral, por el número de puestos que en la misma van a proveerse, para obtener el cuociente electoral;

B) A fin de que el proceso general del escrutinio obedezca al principio constitucional de que se asegure la representación proporcional de los partidos, se efectúa la operación previa, de carácter ideal, de dividir el total de votos de la lista o listas de cada partido por el referido cuo-

ciente electoral para obtener el número de curules que a cada colectividad debe asignarse, bien entendido que si el reparto no se completa en las divisiones mencionadas, los respectivos residuos dirán, en orden descendente, a cuál o cuáles partidos deben corresponder los puestos sobrantes;

C) Se regresa al proceso del escrutinio separando los de las listas cuyos votos válidos no alcanzaron a la mitad del cuociente *para excluirlas* y acumular sus votos a la lista del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número de sufragios;

D) A cada uno de los totales así hallados, se le adjudican los puestos a razón de tantos cuantas veces cupiere el cuociente en el total correspondiente;

E) Si quedaren sillas por proveer, éstas se adjudicarán, en orden descendente, a las listas que hubieren alcanzado o sobrepasado la mitad del cuociente, sea porque originariamente obtuvieron esta cifra o porque los residuos resultantes de la operación a que hace referencia el ordinal anterior equivalen cuantitativamente a ella;

F) Si aún quedaren puestos por proveer, se acumularán los residuos al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido y, en orden descendente, se adjudicarán las sillas sobrantes.

No habían tenido antes los medios cuocientes tan señalado valor electoral. Ni en la Ley 31 de 1929, ni en la 7ª de 1932 se menciona siquiera esta cifra, que sólo en la Ley 67 de 1937 aparece para el exclusivo objeto de clasificar las listas en dos grupos: las inferiores al medio cuociente, que no se escrutaban, y las superiores a él, que sí entraban en el escrutinio. El procedimiento, en la citada Ley 67, era el siguiente: el total de votos de todas las listas se dividía por el número de candidatos que iban a elegirse, de donde resultaba un primer cuociente electoral; las listas que bajaban de la mitad de este cuociente, se eliminaban, y las que pasaban de él, se dividían, acumuladas, por el mismo número de candidatos por elegir, de donde aparecía el llamado "nuevo cuociente, con el cual se adjudicaban los puestos a razón de tantos para cada lista cuantas veces hubiera cabido en ella dicho segundo cuociente. Fue en la Ley 39 de 1946 donde surgió la entidad medio cuociente con una doble función: la de clasificar las listas en listas escrutables (las que llegaron a tal cifra) y no escrutables pero acumulables a la de mayor número de votos dentro del mismo partido (las que no llegaron a dicha cifra). En esta forma llenó el legislador dos fines: extender el carácter de escrutables, por derecho propio, a las listas que obtuvieron el mínimo de sufragios exigible para merecer un puesto, o sea la mitad del cuociente; y procurar el mayor aprovechamiento posible de los votos válidos consignados en las urnas, ordenando que los votos de las listas inferiores a dicha mitad se acumularan en vez de eliminarse.

Razona así la Sala, porque habiendo guardado silencio el legislador sobre la suerte que debían correr las listas que llegaron a la mitad del cuociente o la superaron sin lograr el cuociente completo, pues sólo habló de las que no alcanzaron esa mitad para decir que se excluyeran del escrutinio y se acumularan a la de mayor número de votos perteneciente al mismo partido, resulta un imperativo de la lógica más elemental que los medios cuocientes ocupan, en la jerarquía de los valores electorales, un lugar intermedio de adjudicación que opera en forma directa.

Son, pues, tres las adjudicaciones que la Ley 39 consagra: adjudicación de puestos a las listas de cuociente entero; adjudicación a las listas de medio cuociente o superiores a éste pero inferiores al cuociente entero, y adjudicación a los residuos. La segunda adjudicación tendrá lugar forzosamente en aquellas Circunscripciones Electorales donde ninguna lista alcanzó cuociente completo, pero todas o algunas obtuvieron el medio cuociente, y eventualmente cuando, practicada la adjudicación de puestos a las que llegaron al cuociente, hubieren quedado sillas por proveer. La tercera adjudicación, que siempre es eventual, ocurrirá cuando, adjudicados los puestos por el cuociente o por el medio cuociente, según los casos, no se hubieren aún provisto todas las sillas.

¿Los medios cuocientes son residuos? — Alegatos de los doctores Pérez Vives y Peñaranda Arenas. — Un sofisma aritmético.

No dice expresamente la Ley qué debe hacerse cuando, como en el caso del Atlántico, se presentan todas las listas con un caudal de votos igual o mayor que el medio cuociente, pero menor que el cuociente: por la primera circunstancia sus votos no son acumulables (pues sólo se acumulan, una vez excluidas del escrutinio, las que no hubieren llegado a la mitad del cuociente), y por la segunda circunstancia no pueden recibir sillas por cuociente (pues esta adjudicación sólo es posible respecto de las listas que igualan a esta cifra, por la obvia razón de que un número menor no es divisible por otro mayor).

Sostienen el demandante doctor Blanco Jiménez y su apoderado el doctor Alvaro Pérez Vives, muy por el contrario, que los medios cuocientes deben acumularse y recibir adjudicación mediante la división por el cuociente, debiendo corresponderle así a la lista encabezada por el primero de los nombrados dos curules por cuociente o una curul por cuociente y otra por residuo.

En el siguiente aparte de su brillante alegato expone el doctor Pérez Vives su punto de vista así:

“...El criterio, no ya jurídico sino aritmético, que se pretende hacer valer, es que de acuerdo con el diccionario de la Lengua *residuo* es lo que queda después de dividir la unidad... La prueba está en que al abrir, no ya una mera noción reducida y sintética del término residuo, sino el concepto real y técnico del mismo en los Tratados de Aritmética, vemos cómo *residuo* es ‘lo que queda de un todo después de hecha una división o una resta’, ‘cuando el dividendo es menor que el divisor, **EL RESIDUO ES EL MISMO DIVIDENDO**’. (Tratado de Aritmética Analítica y Comercial por Manuel Antonio Rueda J., pág. 114).

“Por esa sencillísima razón pudieron los señores Consejeros del Atlántico hacer la siguiente operación: votos emitidos en las elecciones del 16 de marzo para Senadores, 42.954 divididos por 3 (Senadores a elegir) = 14.318 votos (cuociente). Lista encabezada por Néstor Carlos Consuegra: 10.480 votos divididos por 14.318 = 0 cuociente, y un RESIDUO de 10.480. Lista encabezada por Claudio M. Blanco, 13.191 votos divididos por 14.318 = 0 cuociente, y un RESIDUO de 13.191 votos. Lista encabezada por Alberto Pumarejo, 7.905 votos divididos por 14.318 = 0 cuociente, y un RESIDUO de 7.905 votos. Lista encabezada por Evaristo Sourdis, 11.373 votos divididos por 14.318 = 0 cuociente,

y un RESIDUO de 11.373 votos. Y fue así como pudieron concluir, según se vio:

"Néstor Carlos Consuegra un *senador*, por RESIDUO.

"Claudio M. Blanco Jiménez.....un Senador, por RESIDUO.

"Evaristo Sourdis un Senador, por RESIDUO.

"En la anterior forma, clara, evidente e indiscutible, queda demostrado cómo en el caso del Atlántico los votos obtenidos por las cuatro listas que se lanzaron al debate, al no llegar ninguna al cuociente entero, son SIMPLES RESIDUOS..."

La parte opositora, de su lado, dice por boca del doctor Peñaranda Arenas:

"...Si se trata, después de hechas las operaciones aritméticas de un cuociente de 10.000 votos o lo que sea, de un medio cuociente de 5.000; y si hay cuatro listas: una que obtuvo 22.000, otra 24.000, otra 26.000 y otra 28.000, la primera obtuvo dos curules por cuociente y un sobrante o residuo de 2.000; la otra dos y un residuo de 4.000; la otra dos y un residuo de 6.000; la otra dos por cuociente y un residuo de 8.000. Pero si las cuatro listas sólo obtuvieron 5.200, 5.400, 5.600, 5.800, respectivamente, quiere decir que estas cifras no son residuos o sobrantes sino medios cuocientes a los cuales debe adjudicarse una curul a cada una sin hacer absurdas acumulaciones previstas para los residuos, pero no para los medios cuocientes..."

"...La lista del señor doctor Blanco, obtuvo 13.191 votos; como el cuociente fue de 14.318, es el caso de anotar que su pretensión a dos renglones tropezaría con el siguiente *pequeño* inconveniente: si el doctor Blanco hubiera obtenido 1.200 votos más, habría alcanzado *únicamente* una curul por cuociente. Pero como tuvo 1.200 *menos* o sea los que le faltaron para llegar al cuociente, aspira a dos curules! Bella paradoja proporcionalista..."

Para el Consejo, el medio cuociente marca la diferencia entre los dos estatutos electorales, el actualmente vigente y el inmediatamente anterior: antes las listas inferiores al medio cuociente se eliminaban, hoy se excluyen del escrutinio, pero se acumulan; antes las listas de medio cuociente entraban, con las que pasaban de esta cifra o llegaban al cuociente completo en la totalización de votos para aplicarle a cada lista el cuociente; hoy, por el sólo hecho de haberse excluido *únicamente* del escrutinio las inferiores a la mitad del cuociente y por el hecho de que no se acumulen las que lograron esta mitad, necesario es concluir que los medios cuocientes gozan de fisonomía propia, que constituyen categorías autónomas y que las listas que ese número de votos alcanzan deben recibir su respectivo puesto allí donde la adjudicación por cuociente entero dejó sillas sin proveer o allí donde, por no haber llegado ninguna lista al cuociente completo, como es el caso *sub judice*, el medio cuociente campea solitario en su posición jerárquica de segunda cifra índice de adjudicación electoral.

La tesis del doctor Pérez Vives sería cierta, es decir a la lista encabezada por el doctor Blanco Jiménez deberían acumularse los votos de las listas de Néstor Carlos Consuegra y de Alberto Pumarejo, si éstas dos últimas no hubieran alcanzado número de votos por lo menos igual a la mitad del cuociente. Habiéndolo alcanzado, como en verdad lo alcanzaron, cada una de ellas debía recibir, y en efecto la recibió, su respectiva silla, con excepción de la del doctor Pumarejo, a quien se le

habría también adjudicado un cuarto puesto si por la Circunscripción del Atlántico hubieran debido elegirse cuatro Senadores en lugar de tres.

Así lo impone una interpretación lógica y racional de la Ley. Si sólo se excluyen del escrutinio las listas inferiores en votos al medio cuociente, las cuales se suman a la del mismo partido que tuvo mayor número de sufragios, y si sobre las listas resultantes se practica la adjudicación por cuociente, aparece claro que las listas del medio cuociente, que no se excluyeron del escrutinio, pero tampoco se acumularon, debían ser escrutadas. No cabe exégesis distinta del estatuto electoral en referencia, dentro de un sistema que tiende al mayor aprovechamiento posible de los votos válidos. Razonando a *contrario sensu*, obviamente se observa que las listas no excluidas se escrutan, y que las listas no acumulables revisten entidad propia, ya que, de otra manera, por sobre ellas estarían las que, por su menor votación, apenas sí merecieron entrar en el común acervo y podrían, no obstante, recibir a la postre una silla a que inicialmente no tuvieron derecho.

Para declarar, como lo hace el doctor Carlos Martín Leyes, en su memorial al Consejo Electoral del Atlántico, que hace parte de los autos, que el medio cuociente no es una cifra por sí electoralmente válida, sino que sólo sirve para que no sea arrastrada en la primera operación por una lista del mismo partido que haya obtenido mayor número de votos y para que entre en la adjudicación de puestos a los residuos y valga si es mayor y si es menor sea acumulado, preciso sería suponer necio al legislador, a quien le habría bastado, para conseguir objetivos tan triviales, ordenar la acumulación de los medios cuocientes a las listas, como lo dispuso respecto de las cantidades inferiores.

Si el medio cuociente original no se excluye del escrutinio ni se acumula, lo que no es menos claro por implícito en la Ley 39, es porque tiene virtud propia. Ni es equitativo que los medios cuocientes corran la misma precaria suerte de los residuos a él inferiores en número de votos. De tan insostenible afirmación, resultaría la posibilidad de que un medio cuociente no recibiese puesto y un residuo considerablemente inferior, al cual se acumulasen otros, lo recibiese: de esta manera, una lista favorecida por el medio cuociente podría ver su derecho arrebatado por un afortunado residuo de última hora coadyuvado por otros cuantos, todos ellos separadamente menores que el medio cuociente.

Pero véase ahora por qué tampoco es aritméticamente posible considerar como residuos aquellas cantidades de votos que, habiendo llegado a la mitad del cuociente, y aun habiendo superado esta cifra, no lograron el cuociente completo.

“Residuo es lo que queda de un todo después de hecha una división o una resta” —se arguye, para llegar a conclusiones diferentes—, por los doctores Juan Uribe Cualla y Alvaro Pérez Vives, quienes al efecto aducen la autoridad indiscutible del profesor de matemáticas Manuel Antonio Rueda, en su Tratado de Aritmética Analítica y Comercial. Y la definición se refuerza con este corolario, que aparece citado a medias por el demandante doctor Blanco Jiménez y su apoderado el doctor Pérez Vives: “Cuando el dividendo de una división es menor que el divisor, el residuo es el mismo dividendo...”.

A lo primero, cabe advertir que los medios cuocientes no son cifras que *hayan quedado* de un todo por virtud de ninguna resta o división a ellos relativa; son la mitad de un cuociente hallado en una división dis-

tinta, y la mitad de una cosa conserva la naturaleza de su todo; y a lo segundo, se observa que tratar de demostrar que los medios cuocientes son residuos con la cláusula trunca, que adelante se citará completa, de que "cuando el dividendo es menor que el divisor, el residuo es el mismo dividendo". constituye un tránsito sofístico de la proposición que se trataba de probar (los medios cuocientes son residuos) al caso particular de división en que, por ser el dividendo menor que el divisor, el residuo resulta igual al dividendo. 5 no es igual a 5, por el hecho de que, dividido por un número mayor, arroje siempre, como ocurre con toda cifra en idéntico caso, un residuo de 5. No. 5 es igual a 5 por el principio de identidad, que se enuncia así: lo que existe, existe, o también: $A = A$ (Alejo Betrand, Léxico Filosófico). Asimismo, el número 13.191 (número de votos de la lista Blanco Jiménez) es igual a 13.191 por el principio de identidad; no porque dividido por 14.318 (cuociente electoral del Atlántico) arroje un residuo igual a 13.191.

Pero es más: con ese pretendido argumento, se llegaría al absurdo de que los cuocientes completos también son residuos, pues de ellos puede predicarse exactamente lo mismo que de los medios cuocientes, es decir que, divididos por un número mayor, desplazan un residuo igual al dividendo.

Es evidente que residuo es lo que queda de un todo después de hecha una división o una resta. Pero aquí reside el escollo, pues no se puede convertir el supuesto residuo en dividendo para dar la división por *hecha* y poder afirmar así que "cuando el dividendo es menor que el divisor, el residuo es el mismo dividendo".

Sobre la cuarta operación aritmética, dice el matemático citado: "La división de números enteros tiene por objeto averiguar las veces que un número dado, llamado dividendo, contiene a otro, llamado divisor". ¿A qué dividir entonces para *averiguar* las veces que 10.480, 13.191 y 11.373, que serían los dividendos, respectivamente, para las listas de Consuegra, Blanco Jiménez y Evaristo Sourdis contienen a 14.318, si es axiomático que esta última cifra no cabe en ninguna de aquéllas?

Y el mismo autor agrega: "La división de números enteros ofrece tres casos: 1º Dividir un número dígito o compuesto por un número dígito, *cuando el cuociente deba ser dígito*; 2º Dividir un número compuesto por otro compuesto, *cuando el cuociente deba ser dígito*; 3º Dividir un número compuesto por uno dígito o compuesto, *cuando el cuociente deba ser compuesto*".

No existe, pues, el caso de dividir números enteros *cuando el cuociente deba ser CERO*.

Se ha dicho antes que el corolario se citó incompleto. Su texto íntegro es el siguiente: "Cuando el dividendo es menor que el divisor, el residuo es el mismo dividendo, **Y EL CUOCIENTE QUEDA EXPRESADO POR UN QUEBRADO**". No es sino la manera de expresar el residuo de una división (cuando el dividendo es menor que el divisor), como desarrollo o aplicación del corolario general, que es este: "El residuo de una división puede expresarse por medio de un quebrado que tenga por numerador dicho residuo y por denominador el divisor".

Rueda pone el siguiente ejemplo:

$$\begin{array}{r} 22 \mid 4 \\ \hline 2 \quad 5 \end{array}$$

O sea: (puesto que el dividendo es igual al producto del divisor por el cuociente más el residuo):

$$22 = 4 \times 5 + 2$$

O sea (si dos números iguales se dividen por un mismo número, los resultados son iguales):

$$\begin{array}{r} 22 - 4 \times 5 \quad 2 \\ \hline 4 - \quad 4 \quad + \quad 4 \end{array}$$

O sea (puesto que $4 \times 5 = 20$):

$$\begin{array}{r} \hline 4 \\ \hline 22 - 5 + 2 \\ \hline 4 - \quad 4 \end{array}$$

En el caso *sub judice*, en que el dividendo es menor que el divisor, la expresión del residuo es la misma del cuociente. Tomando únicamente la cifra 13.191, correspondiente al número de votos alcanzado por la lista Blanco Jiménez, se tiene:

Expresión del residuo:	Expresión del cuociente:
13.191	13.191
14.318	14.318

Se hace manifiesto así que los medios cuocientes se quieren asimilar a residuos, con base en una equivalencia metafísica de valores, con la única finalidad de justificar legalmente su acumulación, contrariando, aquí de manera aún más radical, y ya no sólo en lo abstracto sino también en lo concreto, el *principio* (no un simple corolario) de que "la suma es de la misma especie y del mismo nombre que los sumandos", por donde surge, para la pretensión de hacer caber el todo (o sea el cuociente) en su mitad (o sea el medio cuociente), el imposible matemático de que la suma de medios cuocientes dé residuos.

Se infiere de lo expuesto que las listas cuyos votos alcanzaron a la mitad del cuociente no reciben sus puestos en calidad de residuos sino de medios cuocientes, afirmación más conforme con la interpretación racional de las leyes que, cuando de números se trata, no operan en razón de las matemáticas puras, o en un terreno meramente especulativo, que es donde tiene interés la división de un número menor por otro mayor, sino en función de las matemáticas aplicadas, que sí tienen importancia dentro de la vida de relación de los asociados.

Finalmente, se arguye que los mismos escrutadores entendieron que la adjudicación se hizo por residuos y no por medios cuocientes, cuando en el acta de escrutinio se expresaron así: "Néstor Carlos Consuegra... un senador por residuo; Claudio M. Blanco Jiménez... un senador por

residuo; Evaristo Sourdis... un senador por residuo". El argumento es igualmente inaceptable, pues a lo sumo implicaría una impropiedad idiomática, que en nada puede afectar la naturaleza intrínseca del escrutinio.

El alegato del doctor Uribe Cualla

La argumentación del demandante doctor Uribe Cualla queda analizada en el capítulo anterior, pues ella coincide con la del demandante doctor Blanco Jiménez y su apoderado el doctor Pérez Vives, en cuanto a la adjudicación de puestos por residuos a las listas de medio cuociente, que, es en el fondo, lo que se debate.

Reconoce el doctor Uribe Cualla que las listas en cuyo favor se emitieron votos que pasan del medio cuociente escapan a la acumulación de que trata el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 39, y que ellas ofrecen *fi-sionomía propia* para actuar dentro del escrutinio; pero agrega que "no es menos cierto que cuando no ha habido adjudicación por cuociente, las listas que apenas pasaron del medio cuociente sin llegar al cuociente completo no pueden librarse de la acumulación previa que los votos por ellas alcanzados deben sufrir en calidad de residuos...".

La Sala estima que la adjudicación por cuociente es, substancialmente, la misma que la adjudicación por medio cuociente. El hecho de que en la primera intervenga la división no corresponde sino a la obvia necesidad de saber cuántas curules deben asignarse a las listas que alcanzaron tal cifra, necesidad que no se presenta en relación con las que sólo llegaron a la mitad de ella. Sólo que, en el caso de haber listas en determinada circunscripción con el cuociente completo y listas con la mitad de éste, tiene prelación la adjudicación por la primera cifra sobre la adjudicación por la segunda, debiendo ocupar un tercer lugar la adjudicación por residuos.

Concluye el doctor Uribe Cualla que "una de las curules de senador por el Atlántico debió quedar vacante, y esa curul no es otra que la ilegalmente adjudicada a la lista liberal que encabezó el señor Néstor Carlos Consuegra", por lo cual solicitaba que, previa rectificación del acto acusado, se declare como legalmente elegidos a los señores Claudio M. Blanco Jiménez y Evaristo Sourdis principales, y como suplentes a los señores Saúl Charris de la Hoz y Clemente Salazar Movilla, en su orden.

Como el artículo 5° del Decreto 800 de 1947, invocado por el demandante, sólo considera la posibilidad de vacantes en el último momento del escrutinio, es decir con relación a los residuos, y como en el caso de autos sólo hubo medios cuocientes, cifras que, como se ha dicho, no son residuos, no se accederá a la solicitud en referencia; decisión que, por lo demás, no implica opinión ninguna del Consejo de Estado sobre el citado Decreto, cuya legalidad se halla *sub judice* ante la Corporación.

Los medios cuocientes residuales

La imposibilidad aritmética de asimilar *cualitativamente* los medios cuocientes a residuos, no impide que los segundos jueguen *cuantitativamente* en competencia con los primeros, de partido a partido, cuando así lo requiere el escrutinio para hacer efectiva la representación proporcional de los partidos.

En consecuencia, averiguada, antes de proceder a la adjudicación de los puestos, la participación que a las colectividades que tomaron parte en el debate debe corresponder en cada circunscripción electoral,

según el número de sufragios alcanzado por ellas, y para hacer efectiva esa participación de modo que a los partidos que obtuvieron menos no les corresponda más y a los que obtuvieron más no les corresponda menos, podrá darse el caso de adjudicar las curules por proveer, después de hecha la asignación de puestos por cuociente, no sólo a los medios cuocientes originales sino, en competencia con éstos, a aquellos residuos que alcanzaron o superaron la cifra del medio cuociente original, residuos que la Corporación denomina medios cuocientes residuales, con sujeción a una nomenclatura más acorde con la exégesis constitucional de la ley que con la exactitud del lenguaje matemático.

Como residuos, propiamente dichos, sólo jugarán, en consecuencia, al final, en orden descendente, y con la previa acumulación al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido, al tenor de la última parte del inciso 4º del artículo 1º de la Ley 39, aquellas cifras que, habiendo quedado de la adjudicación de puestos por cuociente, resultaren inferiores al medio cuociente.

Acumulables son, pues, dos grupos de sufragios: los correspondientes a las listas que no llegaron a la mitad del cuociente y que se suman a los de la lista más votada de un mismo partido antes de procederse a la asignación de los puestos; y los correspondientes a los residuos que no alcanzaron al medio cuociente, que se suman, al final del escrutinio y si hubieren quedado sillas por proveer, al mayor de ellos, para adjudicarles, en orden descendente, las curules no provistas en las adjudicaciones sucesivas por cuociente y por medios cuocientes originales o residuales, teniendo siempre en cuenta que el resultado general se ajuste a la operación previa constitucional de que se habló antes. Quiere esto decir que los medios cuocientes, originales o residuales, son, en la Ley 39, entidades independientes que ni se excluyen del escrutinio ni son acumulables.

La representación proporcional de los partidos

Estima, finalmente, el Consejo que todo acto de escrutinio debe asegurar la representación proporcional de los partidos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 172 de la Constitución Nacional. Sobre el particular y en relación con la demanda del escrutinio para senadores por la circunscripción electoral del Cauca, ha dicho el Consejo, con ponencia del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, que “a mayor número de sufragios debe corresponder mayor número de curules, según el querer de la constitución, en armonía con la equidad y con la lógica... y que este principio general y de fondo debe tenerse en consideración en el desarrollo de todo el proceso del escrutinio”.

Tratándose de cantidades directamente proporcionales, como lo son el número de votos y el de las sillas por proveer, el cumplimiento de aquel requisito fundamental exigido por la Carta se demuestra por la llamada regla de tres simple, cuyo objeto es “hallar el cuarto término de una proporción cuando se conocen los otros tres”.

En el caso estudiado, la votación total fue de 42.954 sufragios, de los cuales correspondieron a las colectividades liberal y conservadora, respectivamente, 31.581 y 11.373. Las tres sillas de senadores por proveer les debían ser adjudicadas al liberalismo y al conservatismo en la proporción siguiente:

Liberales:

$$42.954 : 3 = 31.581 : X$$

O sea que:

$$X = \frac{3 \times 31.581}{24.594} = 2 \text{ (con un residuo de 8.835)}$$

Conservadores:

Al partido conservador no le es aplicable, en el caso del Atlántico, esta norma, por no haber llegado su única lista al cuociente completo; pero habiendo obtenido el tercer puesto por el medio cuociente con un total de 11.373 votos, mucho mayor que los 8.835 que en la aplicación de la regla de tres le sobran al liberalismo, se ve claramente que al conservatismo le fue respetado su derecho por el Consejo Electoral de aquel Departamento.

Se comprueba así que, en el caso de autos, se aseguró la representación proporcional de los partidos que concurrieron al debate eleccionario; y que la declaración de vacancia del segundo puesto asignado al liberalismo implicaría violación de la Carta.

F A L L O :

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con el concepto del Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones de las demandas de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quienes corresponda y archívese.

Guillermo Hernández Rodríguez.—Jesús Estrada Monsalve—Jorge Lamus Girón—Gonzalo Gaitán—Carlos Rivadeneira G.—Pedro Gómez Parra—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Srio.

IMPUESTOS

(Consejero ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

Consejo de Estado — Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y siete.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de la Resolución número R 714 H de 8 de agosto de 1945, fijó en la suma de \$ 626.64, el valor del impuesto sobre la renta y complementarios, inclusive la inversión de Bonos Denal, que por el año de 1943 correspondía pagar al Coronel José Rafael Sánchez Amaya y a su esposa, señora Beatriz Llaña de Sánchez; y dispuso, además, que por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca se pasara cuenta de cobro adicional a los citados contribuyentes por la suma de \$ 462.65 que resulta a su cargo sobre la liquidación que primitivamente les fuera comunicada.

Los interesados solicitaron de la misma Jefatura que se revocara la citada providencia número R 714 H, petición que fue despachada desfavorablemente en Resolución número R 642 H de 17 de julio de 1946, la que apelada correspondió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público estudiar y decidir en proveído número 2287 de 7 de septiembre último, en el sentido de decretar el reajuste de los bienes de los peticionarios "con anterioridad al 31 de diciembre de 1942", en la suma de \$ 16.500, según la discriminación allí indicada.

El doctor Luis F. Reyes Llaña, obrando como apoderado del Coronel Sánchez Amaya y de la señora Llaña de Sánchez, en libelo de 16 de octubre de 1946, solicitó del Tribunal Administrativo de Bogotá, que se decretara:

"1° La nulidad administrativa, por razón de ilegalidad de las Resoluciones números R 714 H y R 642 H de fechas 8 de agosto de 1945 y 17 de julio de 1946, respectivamente, dictadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, entidad dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"2° Que las providencias o resoluciones acusadas están en pugna con la Ley, son lesivas de los derechos civiles de los demandantes y se hallan viciadas de error esencial y nulidad administrativa, en cuanto revisan extemporánea y oficiosamente y corrigen la liquidación del impuesto sobre la renta de mis mandantes, correspondiente al año de 1943, por estar en firme y ejecutoriada desde el 1° de septiembre de 1944; y se declare en consecuencia que los demandantes no están obligados a pagar el nuevo gravamen de \$ 606.99 objeto de aquella revisión y corrección oficiosa, que fue pagado según recibos números 004961 y 118985 de fecha 10 de octubre en curso, expedidos por la Caja de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca y se ordene o disponga su reintegro o devolución en favor de mis mandantes..."

Subsidiariamente "y para el caso improbable de encontrarse legal y aceptable tal revisión y corrección del impuesto..." se pidió que, "se ordene y se proceda a revisar la operación administrativa contenida en las Resoluciones acusadas, declarando que la suma de \$ 9.900.00 de utilidad en la construcción y venta de dos casas, efectuadas en 1943, del producto de la venta del automóvil y ahorros o economías de sueldos no es renta gravable, sino patrimonio y en consecuencia con esa declaración se rectifique la operación administrativa acusada..."

Como hechos fundamentales se adujeron en la demanda, los siguientes:

"1º Mis mandantes señor Coronel José Rafael Sánchez Amaya y su esposa señora Beatriz Llaña de Sánchez, son contribuyentes conjuntos del impuesto sobre la renta y el patrimonio y conjuntamente formulan los correspondientes denuncios.

"2º Mis poderdantes hicieron su declaración de renta y patrimonio por medio de su apoderado legal, correspondiente al año de 1944 y declararon un patrimonio de \$ 26.400.00 y al propio tiempo pidieron, en conformidad con el artículo 32 de la Ley 35 de 1944, el reajuste de su patrimonio.

"3º La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales por medio de la Resolución número R 714 H de 8 de agosto de 1945 aceptó el reajuste por la cantidad de \$ 13.100.00 y posteriormente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de la Resolución número 2287 de 1946 revocó dicha providencia aceptando el reajuste en la suma pedida, de \$ 16.500.00 para el año de 1942 como patrimonio comprobado de mis poderdantes.

"4º En la misma Resolución R 714 H de 1945 la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales procedió a revisar la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1943 y por comparación con el patrimonio declarado para el año de 1944, gravó como renta la suma de \$ 9.900.00, sin tener en cuenta que la declaración de renta del año de 1943 había sido presentada el 16 de noviembre del mismo año de 1943 y pagada según recibo oficial número 62269 de fecha 17 de noviembre de 1943 y que por tanto al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 81 de 1931 no podía hacer cambio alguno en la renta del contribuyente después del 1º de septiembre de 1944, pues en la parte pertinente el artículo 15 de la citada Ley dice: 'con excepción del caso de los contribuyentes mencionados en el numeral 2) de este artículo, no se hará cambio alguno por dicho Director General en la renta tasable o en impuesto de cualquier contribuyente, después del primero de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración'.

"5º El Coronel José Rafael Sánchez Amaya fue nombrado por Decreto número 2203 del 9 de noviembre de 1943 a la Embajada de Colombia en Washington y para poder salir del país, se le exigió presentar su declaración de renta de 1943, lo que hizo el 16 de noviembre del mismo, por tanto al tenor del artículo 15 de la Ley antes citada el Director General no podía hacer cambio alguno después del 1º de septiembre de 1944, como claramente lo expresa la citada Ley.

"6º En la misma Resolución número R 714 H de 1945 la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales al gravar como renta los \$ 9.900.00 que habían sido declarados como aumento patrimonial advierte que lo hace en esa forma por considerarlo como utilidad derivada de la venta de bienes raíces y que constituye una actividad habitual de los contribuyentes, y contra esta aseveración están los hechos que demuestran lo contrario de acuerdo con lo siguiente:

"7º El Coronel José Rafael Sánchez Amaya es oficial profesional y de carrera que sólo incidentalmente tuvo operación de venta de bienes raíces y precisamente por razón de su profesión militar, pues los hechos son los siguientes: en el lote de la Urbanización de Palermo, número 46-67 de la carrera 15, adquirido en diciembre de 1942 y aceptado en el reajuste, según la Resolución número 2287 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y con las sumas aceptadas también en ese re-

ajuste, inició una construcción en el año de 1943, pero al ser nombrado a la Embajada de Colombia en Washington se vio obligado a liquidar esa operación, antes de terminarla, pues le era imposible seguir administrándola desde el extranjero, en donde permaneció casi dos (2) años. Esto prueba que la venta de estos bienes raíces en el año de 1943, fue cuestión accidental y precisamente por razón de su profesión militar y no por el deseo o necesidad de un lucro. Además la suma de \$ 9.900.00 no constituyó una ganancia de dicha operación, sino que ella fue el resultado de varias operaciones, tales como la venta del automóvil de propiedad del Coronel José Rafael Sánchez Amaya, número 4168, comprado en julio de 1941 y vendido en noviembre de 1943, precisamente por razón de su viaje; de la suma de \$ 2.450.00 que recibió del Ministerio de Guerra para gastos de instalación de su familia en Washington y viaje de ésta de Bogotá a dicha capital y tomados de la suma de U. S. A. \$ 1.860.60 que le entregó el Ministerio para todos esos gastos y de los cuales el Coronel Sánchez tomó lo necesario para su viaje, el que efectuó en diciembre de 1943 dejando a su familia hasta marzo de 1944 en Bogotá, fecha en la cual se efectuó el viaje de la familia del Coronel Sánchez a Washington. También en estos \$ 9.900.00 figuraban ahorros de sueldos del Coronel y ahorros de su señora.

"8° Por todo lo anterior se establece claramente dos cosas: la primera que la venta del bien raíz en 1943 fue incidental y no por tanto como una actividad habitual de mis poderdantes y segundo que ello no representa una renta sino un aumento de patrimonio global y como un resultado combinado de sumas que no pueden clasificarse como renta, como son el producto de la venta del automóvil, la suma reservada para gastos de viaje, los ahorros y la natural valorización del lote. Todo esto está comprobado en el expediente que sirvió de base a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y que se solicita sea pedido a esa Oficina. La Ley 78 de 1935 en el artículo 2° expresa claramente que la ganancia obtenida directa o indirectamente por quien venda, cambie o disponga de bienes muebles o inmuebles, por mayor valor, será considerada para los efectos del impuesto de la renta, como *aumento o pérdida de capital* según el caso, y que por lo tanto no se considera como aumento o pérdida de renta, sino en las personas que están dedicadas a este negocio en forma habitual o permanente, caso que no es el de mi poderdante Coronel José Rafael Sánchez Amaya, quien está dedicado a su profesión militar y sólo actuó accidental o transitoriamente en esta operación como un resultado de su actividad profesional. La compra y venta del automóvil está registrada en el Departamento respectivo del tránsito de Bogotá; el dinero recibido del Ministerio de Guerra está comprobado en el expediente con certificación oficial y las fechas de viaje del Coronel y su familia figuran comprobadas en los pasaportes correspondientes".

El Tribunal *a quo*, en fallo de 28 de febrero del año en curso, negó las peticiones de la demanda. Apelado que fue por la parte interesada, el juicio vino al Consejo de Estado, donde después de la tramitación de rigor, se procede a dictar la sentencia definitiva, previas las siguientes consideraciones:

Resumiendo, dos (2) son las peticiones a que se contrae la demanda:

I. La principal consiste en que en la fecha en que se expidió la Resolución número R 714 H (8 de agosto de 1945), la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales no tenía ya facultad para revisar la declaración

presentada por los demandantes a fines de 1943, pues ya se había vencido el plazo legal para ello.

II. La subsidiaria en que la utilidad de \$ 9.900.00 que el contribuyente Coronel José Rafael Sánchez Amaya obtuvo en el año gravable de 1943, por concepto de construcción y venta de dos casas de su propiedad, no constituye renta gravable sino que debe considerársele como aumento de patrimonio.

En el mismo orden, la Sala entra a estudiar los diferentes puntos de vista que se expusieron a lo largo del debate, para llegar a conclusiones definitivas.

I

Como los esposos Sánchez Amaya-Llaña tuvieran necesidad de ausentarse del país, y con el fin de darle cumplimiento a lo previsto en el Decreto 818 de 1936 (artículo 8º), presentaron el día 16 de noviembre de 1943, su declaración de renta, correspondiente al mismo año, la cual fue liquidada y pagada el día siguiente, en la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca.

En cumplimiento de la atribución que le confiere el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, procedió a revisar de oficio, el 8 de agosto de 1945, la citada liquidación, e impuso a los contribuyentes un gravamen adicional de \$ 462.65, con la obligación también de suscribir, dentro del término de 30 días, a contar de la fecha de notificación de esa providencia, la cantidad de \$ 142.34 en Bonos de la Defensa Económica Nacional.

Según los demandantes la Jefatura de Rentas carecía de facultad legal para verificar esa revisión, porque la declaración de renta se había hecho en el mismo año gravable de 1943, de manera que el término para poder ser revisada vencía el 1º de septiembre de 1944, pero es indudable que la Jefatura de Rentas estaba en capacidad de proceder en la forma en que lo hizo, esto es, a la revisión de la declaración de renta aludida, con base en lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, que en lo pertinente dice:

"1º A partir del día 1º de septiembre de cada año, los Administradores de Hacienda Nacional enviarán una copia del expediente relativo a cada uno de los contribuyentes cuyas rentas tasables hayan sido determinadas por dichos Administradores, al Director General de Rentas Nacionales, para que sean verificados por éste o por los empleados a quienes haya delegado sus funciones. Dicho Director General estará autorizado, basándose en el examen del expediente y en todas las demás informaciones plenamente comprobadas que pueda obtener, para revisar las cuantías de rentas gravables fijadas por los Administradores, y para hacer que tales funcionarios hagan las imposiciones adicionales sobre los contribuyentes, o para disponer los reembolsos que hayan de hacerse, según el caso. Cuando se trate de imposiciones adicionales, éstas serán debidas y pagadas tan pronto como los avisos sobre ellas sean dados a los contribuyentes afectados.

"Con excepción del caso de los contribuyentes mencionados en el numeral 2º de este artículo, no se hará cambio alguno por dicho Director General en la renta tasable o en el impuesto de cualquier contribuyente después del 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración.

"....."

El señor Fiscal del Consejo, en su vista de fondo refiriéndose a esta parte de la demanda, para considerar que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales sí obró dentro del término legal al revisar la liquidación de los contribuyentes, relativa al año de 1943, dice:

"...De otra parte, el artículo 9º de la Ley 78 de 1935 estatuye que todo contribuyente deberá presentar 'durante los meses de enero y febrero de cada año, un informe que indique la renta bruta durante el año gravable anterior y las deducciones y exenciones permitidas por esta Ley'".

"Así, pues, de acuerdo con las anteriores disposiciones, los contribuyentes Sánchez-Llaña, que obtuvieron renta gravable en el año de 1943 debían declararla en los meses de enero y febrero de 1944. Y la Jefatura de Rentas podía modificar la liquidación correspondiente hasta el 1º de septiembre de 1945. Luego, al revisar y modificar dicha liquidación el 8 de agosto de 1945, obró dentro de los términos legales.

"El señor demandante alega que, como la declaración se hizo en el mismo año gravable de 1943, el término de la revisión vencía el 1º de septiembre de 1944.

"La Fiscalía disiente totalmente de tal apreciación. La circunstancia especial de que los contribuyentes se vieran forzados a anticipar su declaración, por virtud de un viaje al exterior, no quiere decir que pueda variar los términos generales que establece la ley para los efectos de las liquidaciones y revisiones de la renta.

"Si la Ley concede a los contribuyentes la facultad de anticipar sus declaraciones lo hace con un solo fin: el de que el contribuyente pueda pagar todos sus tributos y hallarse a paz y salvo con el Tesoro Nacional, requisito indispensable para la obtención del pasaporte. No otra cosa se colige del estudio del artículo 8º del Decreto 818 de 1936, que confiere la dicha facultad.

"Pero, como ya se dijo, esta excepción en la declaración no puede modificar, ni modifica de hecho, los términos ordinarios y generales señalados por las Leyes para que los funcionarios de hacienda practiquen las liquidaciones y revisiones pertinentes, es decir, que para efecto de las liquidaciones y revisiones debe entenderse que la declaración de la renta fue hecha dentro del término normal.

"En consecuencia, la Jefatura de Rentas sí obró dentro del término legal al revisar la liquidación de la renta de los contribuyentes Sánchez-Llaña, correspondiente al año gravable de 1943..."

Sobre el mismo punto materia de la controversia, se expresa el Tribunal, en los siguientes términos:

"No comparte el Tribunal la tesis de la demanda, porque la circunstancia especial de tener que ausentarse el contribuyente en el año de 1943, debiendo por tanto cumplir la obligación de declarar su renta en ese mismo año, en nada altera las reglas sobre los plazos fijados en el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, ya que no existe para ese evento disposición alguna que modifique lo dispuesto en la Ley. La única excepción que ésta consagra para salirse de los plazos que señala, es la que contempla el numeral 2º del artículo 15, para el caso de que el Director General de Rentas Nacionales descubra que algunas personas o entidades que tengan renta gravable, hayan dejado de declararla.

"Pero la circunstancia acaecida al demandante con ocasión de un viaje al exterior, no constituye excepción legal que pueda cambiar la

regla general establecida por el legislador. De ahí que, como muy bien lo expresa el señor Fiscal en su vista de fondo, 'parece obvio que lo pertinente es computar los términos como si la declaración hubiera sido presentada cuando lo tiene previsto la ley como general y normal'...".

II

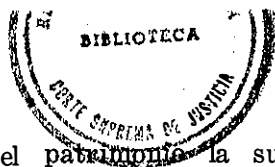
Según los demandantes la suma de \$ 9.900.00 que obtuvieron en la construcción y venta de dos (2) casas, efectuada en 1943, el producto de la venta de un automóvil y ahorros y economías de sueldos, no es renta gravable sino patrimonio, por lo cual piden que la liquidación, en esta parte, debe rectificarse.

Tales reparos fueron estudiados y resueltos por la Jefatura de Rentas, así:

"En lo que hace relación al primer motivo de la inconformidad del reclamante, la Jefatura sostiene que el Coronel Sánchez y su señora esposa sí desarrollaron la actividad de compra, construcción y venta de casas en forma habitual, situación que se deduce de la regularidad y frecuencia en esta clase de transacciones. Hay que hacer notar que esto lo reconoce tácitamente el señor apoderado, al decir que las ventas se hicieron con el propósito preconcebido de ir formando un 'pequeño capital' con la utilidad en ellas resultante, cosa que lógicamente desvirtúa el carácter de *incidental* que pretende darse a las mencionadas operaciones. Por otra parte, la utilidad no es el resultado de una circunstancia favorable del momento, ni de valorización por uno u otro motivo, sino que es efecto y producto de la actividad de los reclamantes o, más precisamente, efecto de su trabajo, cosas que reconoce el señor apoderado, no ya tácita, sino manifiestamente, cuando dice: '...obteniendo por dirección, administración y utilidad un aprovechamiento, etc...' (véase la parte subrayada de la transcripción del memorial del recurrente)".

"Es incontrovertible, en resumen, la calidad de renta que tiene la utilidad a que se hace referencia, y de clásica renta mixta (de capital y trabajo), puesto que proviene de una actividad desarrollada en forma metódica, regular y permanente y enderezada a obtener, como consecuencia de ella, una justa ganancia. Que el señor Sánchez sea oficial del ejército no lo inhibe, a juicio de esta Jefatura, de la facultad y posibilidad de llevar a cabo negocios que, como este de construcción de casas, no son en manera alguna incompatibles con el ejercicio de su profesión.

"En cuanto a que haya una contradicción, como dice el memorialista, en el procedimiento de la Jefatura, ello es una conclusión equívoca. Se halla base para afirmar tal cosa, en el hecho de que fue considerada como patrimonio la utilidad obtenida, por el mismo concepto de transacciones de propiedad raíz, en los años de 1941 y 1942. Pero devolviendo el aparente argumento, ello no indica sino que el señor apoderado reconoce que el contribuyente Sánchez sí desarrolló durante los años de 1941 y 1942 actividad repetida y habitual en venta y compra de bienes raíces; es decir, que venía negociando con anterioridad a 1943, y que si no se gravó sino la utilidad registrada en este último ejercicio, ello se debe a que la facultad de revisión para años anteriores no era legalmente ejercitable..."



"Por último: Si se omitió incluir en el patrimonio la suma de \$ 5.000.00 a que se refiere el apoderado, fue porque, ni fue declarada, ni había constancia alguna de su existencia. El crédito contra el señor Guillermo Raffo no puede tomarse como existente en 31 de diciembre de 1943, ya que tal crédito se otorgó según consta, por escritura de 14 de marzo de 1944, por lo cual en forma alguna podía tomarse como patrimonio dentro del ejercicio de 1943..."

Sobre esta segunda parte de la demanda, se anota en el fallo recurrido:

"...El Tribunal comparte en un todo las razones de la Jefatura, porque es indudable que de las explicaciones dadas por el Coronel Sánchez y por su poderdante, y de que antes se hizo mérito, surge claramente la conclusión de que el demandante tuvo en el año gravable de 1943, la intención de negociar en la construcción y venta de bienes raíces, con ánimo de lucro.

"Sabido es que la intención es elemento determinante de la habitualidad. La persona que realiza determinadas operaciones con la intención de especular y convertirlas en actividad regular y permanente, tendrá habitualidad en esta clase de operaciones. Por consiguiente, descubierta la intención del contribuyente puede fácilmente deducirse si hubo habitualidad en los negocios realizados en determinado año gravable.

"A juicio del Tribunal, de las explicaciones dadas por el interesado se desprende, como ya se dijo, que la intención que tuvo en el año de 1943, fue la de negociar habitualmente en la construcción y venta de inmuebles, con ánimo de lucro. Refuerza también esta conclusión un párrafo del memorial que obra a f. 47 a 48 del cuaderno de antecedentes administrativos, suscrito por el doctor Reyes Llaña y que es de este tenor:

"Como la utilidad y aprovechamiento alcanzado con la construcción y venta de cuatro (4) casas realizada en los años de 1941 y 1942, aparece denunciada por \$ 9.000.00, incluidos los honorarios de mis mandantes por dirección y administración, esa suma en efectivo figuraba en poder de los mismos, o sea, formaba parte de su patrimonio en 31 de diciembre de 1942 y quedó luego representada así: a), En la compra del lote número 20-95 y 20-99 de la carrera 15, adquirido en febrero de 1943 y que vale \$ 3.200.00; b) En la adquisición del lote de la carrera 16 número 36-87 en noviembre de 1943 y que vale \$ 4.700.00, que aparece aceptado en reajuste consignado en su auto; y c) Un sobrante en efectivo de \$ 1.100.00 moneda corriente'.

"Es decir, que ese negocio de compra y venta de bienes raíces vino desarrollándolo el Coronel Sánchez desde los años de 1941 y 1942, siendo de advertir, que en el año de 1943 edificó en uno de los lotes adquiridos en 1942 dos (2) casas que luego vendió obteniendo una utilidad que tiene la calidad, como lo dice la Jefatura, de renta mixta (capital y trabajo), puesto que proviene de una actividad desarrollada en forma metódica, regular y permanente y enderezada a obtener, como consecuencia de ella, una justa ganancia.

"Afirma el demandante que los dineros invertidos en la construcción y venta de unas casas en el año de 1943 provienen de distintas fuentes: valorización del lote, venta de un automóvil, economía de sueldos, etc. Pero el origen de esas partidas no es el que se tiene en cuenta para liquidar el gravamen correspondiente a la utilidad en el negocio de

compra y venta de bienes raíces; lo que se aprecia es la utilidad misma obtenida en el negocio, según lo dispone el artículo 1º de la Ley 78 de 1935. Por tanto, la Jefatura no hizo una doble imposición y la única que llevó a efecto sobre el negocio de finca raíz se halla ajustada a la Ley....”

Por último, el señor Agente del Ministerio Público para reforzar las argumentaciones transcritas del fallo apelado, emite concepto, sobre el particular, en estos términos:

“...El doctor Reyes Llaña sostiene, en su petición subsidiaria, que la suma de \$ 9.900.00, obtenida en la construcción y venta de dos (2) casas, durante el año de 1943, venta de un automóvil y economías de sueldos, debe ser tenida como partida que aumenta el patrimonio y no como renta gravable.

“La Jefatura de Rentas explica en forma clara y jurídica, por qué dicha cantidad es o debe considerarse renta sujeta al impuesto y no como aumento de capital.

“El señor demandante, doctor Reyes Llaña, sostiene que la partida que se analiza se originó en diversas fuentes, que la Jefatura no tomó en consideración, como son, economías de sueldos, valorización del lote, venta de un automóvil, etc., y de las cuales se colige que dicha partida, para efectos del gravamen, debe ser tenida como un aumento de capital.

“El señor Fiscal del Tribunal Administrativo hace un pormenorizado estudio de las diversas partidas de donde se deriva la suma de \$ 9.900.00, invertida en la construcción de bienes raíces, y concluye que de esas partidas hay dos que deben imputarse al patrimonio de los contribuyentes, es decir, que no deben ser consideradas como renta gravable:

‘Partida d) Resultado combinado de la valorización del lote, por inflación, y por construcción, \$ 3.818.50.

‘Partida e) Venta del automóvil número 4168 en noviembre de 1943, suma que entró a disminuir el pasivo y por tanto a formar parte del resultado global \$ 2.100.00’.

“Pero, como muy bien lo expresa el Tribunal Administrativo, el origen de esas partidas no es lo que se toma en cuenta para hacer el gravamen correspondiente, sino el ánimo o la intención que movió a los contribuyentes Sánchez-Llaña al efectuar las distintas operaciones comerciales...”.

Para el Consejo, después del recuento anterior, es muy claro que los actos acusados de nulidad administrativa se ajustan en un todo a las disposiciones legales pertinentes sobre la materia. Esto es, que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en el caso de la demanda materia de estudio, obró con sujeción a normas inobjectables.

En efecto, conviene conciliar el texto del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, ya copiado, con el artículo 9º de la Ley 78 de 1935, según el cual “todo individuo sujeto a esta Ley, que reciba una renta bruta de \$ 600.00 o más durante el año gravable... y cualesquiera otras personas... presentarán, durante los meses de enero y febrero de cada año, un informe que indique la renta bruta durante el año gravable anterior y las deducciones y exenciones permitidas por esta Ley, y cualquiera otra información necesaria para la determinación de la renta líquida gravable, en la forma en que el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales lo requiera...” y con el artículo 8º del Decreto 818 de 16 de abril de 1936, que indica “que los nacionales, y los extranjeros que permanezcan en el país por más de seis meses del año gravable, que necesiten ausen-

tarse de la República antes de la época fijada para la declaración de renta y pago del impuesto, están en la obligación de presentar su informe por la renta obtenida durante el tiempo corrido del año en que se ausenten, y si así no lo hicieren, el respectivo funcionario de hacienda hará el aforo y señalará el impuesto que les corresponda. Sin el pago del impuesto no se les podrá expedir ni visar el respectivo pasaporte”.

Era pues, obligatorio, para los esposos Sánchez-Llaña, quienes tenían que ausentarse del país, presentar a la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, como la presentaron en noviembre de 1943, la declaración de renta de ese mismo año, la que en otras ocasiones debió ser presentada durante los meses de enero y febrero del año inmediatamente siguiente.

El hecho de que los demandantes hubieran disfrutado, para poder ausentarse del país, de una excepción a los casos comunes y corrientes —en el denuncia de su renta— no puede alegarse válidamente para objetar la liquidación verificada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales; esa excepción no puede variar, en manera alguna, el espíritu de las disposiciones legales a que se ha hecho referencia. La admisión del denuncia de renta, por parte de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca y la liquidación del pago del impuesto relativo al año de 1943, por los interesados, no es posible que cambien los términos generales concedidos por la Ley para la liquidación, primero, y revisión, después, de los impuestos en la forma en que se llevaron a cabo en el caso de autos.

Tampoco acepta la Sala la petición subsidiaria de los demandantes, de que se haga la rectificación de la operación administrativa y se declare que la suma de \$ 9.900.00, derivada de la construcción y venta de dos (2) casas, efectuadas en 1943, no es renta gravable sino patrimonio.

Como bien lo dice la Jefatura de Rentas, el señor apoderado de los demandantes reconoce tácitamente que los esposos Sánchez-Llaña sí desarrollaban la actividad de compra, construcción y venta de casas en forma habitual, lo que se deduce de la regularidad y frecuencia en esta clase de transacciones, con el propósito de ir formando un “pequeño capital” con la utilidad de ellas resultante. De manera, pues, que no puede admitirse el carácter *incidental* que se ha pretendido darle a estas operaciones.

Es bien sabido que la renta bruta comprende ganancias o transacciones sobre propiedades raíces llevadas a cabo con miras de lucro, y que el monto de tales cantidades debe ser incluido en la renta bruta correspondiente al año gravable en que sean recibidas por el contribuyente (artículo 1º de la Ley 78 de 1935).

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jesús Estrada Monsalve — Gonzalo Gaitán — Pedro Gómez Parra.
Carlos Rivadeneira G. — Alfredo López Velásquez — Gustavo A. Valbuena — Jorge Lamus Giron — Luis E. García V., Srio.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

Consejo de Estado — Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete).

La Prefectura de Control de Cambios, en Resolución número 94 de 27 de marzo de 1941, impuso, en forma solidaria, a los señores William W. Avery y Frank M. Estes, como Sub-Gerentes que eran de la Compañía Minera "Chocó-Pacífico, S. A.", domiciliada en Andagoya, multa de \$ 100.000.00 en favor del Tesoro Nacional, por violación de las normas sobre Control de Cambios que se indicaron en la parte motiva de dicha providencia.

El doctor Pedro Alejo Rodríguez, apoderado del señor Estes, pidió reposición de lo anterior, recurso que fue despachado desfavorablemente en Resolución número 123 de 22 de agosto de 1941, emanada de la referida Prefectura; pero se concedió luego el de alzada para ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Allí tampoco tuvieron buen éxito las alegaciones del apoderado de los señores Avery y Estes. En efecto, el Ministerio confirmó lo resuelto por la Prefectura, como puede verse en las Resoluciones 945, de 31 de mayo de 1943 y 99 de 19 de enero de 1945.

Los interesados acusaron ante el Consejo estas Resoluciones, en escrito de 23 de mayo de 1945.

La acción se fundó en los artículos 23 —ordinal 10—, 62, 66, 68, 69, 71 y concordantes de la Ley 167 de 1941; 12 y 14 del Decreto 328 de 1938, y en el Decreto Extraordinario 554 de 1942. La parte petitoria del libelo planteó en forma clara un juicio contencioso-administrativo de plena jurisdicción, en el cual el restablecimiento del derecho se hizo consistir en la devolución de la multa y en indemnización de los perjuicios en favor de la parte demandante, por causa de la condena pronunciada por la Prefectura y del desembolso de la suma de \$ 100.000.00.

Los hechos que dieron lugar al pleito, fueron presentados, así:

"1° El Inspector Nacional de Comercio de Oro en el Chocó, funcionario administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin jurisdicción y sin atribuciones para adelantar una investigación criminal, por auto que lleva fecha 6 de febrero de 1937 ordenó iniciar las diligencias judiciales tendientes a 'comprobar el cuerpo del delito' y a 'descubrir a los responsables' de supuestas infracciones contra el Control de Cambios que dicho empleado estimaba se habían cometido al pagar en el exterior parte de los sueldos de empleados extranjeros por cuenta de diversas Compañías sin cubrir el impuesto de residentes. En la misma fecha del auto requerido, o sea el propio 6 de febrero de 1937, dicho funcionario indagatorió al señor William W. Avery, quien desempeñaba en esa fecha el cargo de Sub-Gerente de la Compañía Minera Chocó-Pacífico, S. A.

"2° La Prefectura Auxiliar del Órgano Judicial, a quien de acuerdo con los Decretos sobre control de cambios correspondía inicialmente adelantar la investigación de los delitos que contra el control se cometieran, por medio de auto de fecha 13 de mayo de 1937 comisionó ilegalmente a un funcionario administrativo, o sea el Inspector de Comercio de Oro en Condoto, para 'perfeccionar el informativo, practicando todas las diligencias necesarias para la comprobación del cuerpo del delito, y de la responsabilidad de los Gerentes o Directores de la Compañía en los he-

chos investigados', convirtiendo de este modo en funcionario judicial de investigación a un empleado de carácter administrativo, en quien no podía delegar funciones judiciales.

"3º El Inspector del Comercio de Oro, funcionario administrativo, asumió el carácter de funcionario del Órgano Judicial con jurisdicción para adelantar la investigación criminal y en tal condición llevó a efecto las siguientes actuaciones judiciales: dictó el 30 de junio de 1937 auto que ordenaba practicar 'cuantas diligencias se estimen conducentes a establecer el cuerpo del delito y la reponsabilidad de los delinquentes'; practicó con fecha 1º de julio de 1937 una supuesta inspección ocular, sin sujeción a las normas legales que regulan esta clase de diligencias judiciales; y formuló nueva indagatoria, el 22 de julio de dicho año de 1937 al señor William W. Avery, ejerciendo de este modo una jurisdicción de que carecía de conformidad con la Constitución y la Ley.

"4º El Prefecto de Control de Oro, funcionario administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a quien por medio de un Decreto-ley claramente inconstitucional se le otorgaron atribuciones privativas de funcionario del órgano judicial y jurisdicción en todo el país, atribuciones que antes correspondían a la Prefectura Auxiliar del Órgano Judicial, por autos de fechas 5 de agosto de 1938 y 24 de octubre de 1939, delegó tales funciones judiciales en otro funcionario administrativo, el Inspector de Oro del Chocó, comisionándolo para rehacer, con las debidas formalidades legales, la inspección ocular practicada anteriormente por delegación o comisión de la Prefectura Auxiliar del Órgano Judicial.

"5º El Inspector de Comercio de Oro asumió nuevamente el carácter y la jurisdicción de un funcionario del Órgano Judicial y en tal condición practicó, del 27 de noviembre al 1º de diciembre de 1939, la referida inspección ocular y con fecha 5 de diciembre de dicho año formuló indagatoria al nuevo Sub-Gerente de la Compañía, señor Frank M. Estes, quien había entrado a desempeñar el cargo muchos años después de verificados los actos que originaron la investigación respectiva.

"6º El Prefecto de Control de Oro ejerciendo funciones judiciales de que carecía legal y constitucionalmente, por ser funcionario del orden administrativo, pretermitiendo todas las fórmulas propias de la calificación del sumario, del llamamiento a juicio, etc., etc.; fundándose en un expediente típicamente nulo por haberse adelantado por un funcionario que carecía de jurisdicción y competencia, y creando arbitrariamente un procedimiento no contemplado en ley alguna civil, administrativa, penal o de policía, dictó con fecha 27 de marzo de 1941 sentencia condenatoria de primera instancia en materia penal, sin haberse comprobado el cuerpo del delito, la imputabilidad y la responsabilidad, contra los señores Frank C. Estes y William W. Avery. Dicha sentencia, que la prefectura denominó 'Resolución número 94', condenó a Avery y a Estes solidariamente al pago de una multa de cien mil pesos (\$ 100.000.00), *convertibles en más de cincuenta años de arresto*, y violó todas las normas constitucionales y legales en materia penal, llegando a desconocer la prescripción, la ley permisiva o favorable, y demás principios fundamentales en la administración de justicia.

"7º No obstante tratarse de un proceso penal, en el que se habían practicado indagatorias y diligencias propias de un sumario, el Prefecto de Control admitió reconsideración de la sentencia por él mismo profe-

rida y con fecha 22 de agosto de 1942 dictó una nueva sentencia que denominó Resolución número 123, por medio de la cual confirmó la proferida con fecha 27 de marzo de 1941. Por este original sistema se buscó trocar, en simplemente administrativo un procedimiento claramente penal, en el que se investigaban contravenciones que la Ley sancionaba con penas pecuniarias y de arresto, y el cual se había iniciado como un sumario tendiente a 'comprobar el cuerpo del delito', a 'descubrir a los responsables', a 'establecer la responsabilidad de los delinquentes', según lo rezan expresamente los primeros autos dictados en el proceso, cual si el denominar 'Resolución' el fallo condenatorio; el pretermitir los procedimientos de llamamiento a juicio, calificación del sumario, etc., el admitir, el mismo funcionario que la dictó, reconsideración de su propia sentencia y el crear un procedimiento *ad hoc* y *sui generis*, fueran suficientes para cambiar la naturaleza del asunto.

"8º Según los Decretos de Control de Cambios que otorgaron al Prefecto de Control jurisdicción y competencia privativas del Órgano Judicial, las sentencias proferidas en primera instancia en los juicios criminales sobre control eran apelables para ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, despacho administrativo que en virtud de semejantes disposiciones quedó erigido en Tribunal Penal de segunda instancia, el cual, en tal carácter, dictó el día 31 de mayo de 1943 la 'Resolución número 945', de segunda instancia, por medio de la cual confirmó en todas sus partes las proferidas por la Prefectura de Control de Oro en la primera instancia. Tampoco el Ministerio de Hacienda y Crédito Público observó en la segunda instancia de este juicio penal ninguna de las formalidades propias de tales juicios, dando así aplicación a artículos derogados de decretos inconstitucionales, y entró a fallar el negocio no obstante que desde el 24 de octubre de 1941 estaba planteada ante el Órgano Judicial una colisión de competencias que de acuerdo con el artículo 69 del C. de P. P. suspendía la jurisdicción que pudiera tener el Ministerio para fallar la segunda instancia. En virtud de dicha colisión de competencia el Ministerio había tenido en suspenso el asunto desde octubre de 1941, pero en mayo de 1943, estando aún pendiente ante la Corte Suprema de Justicia la colisión de competencias, procedió al fallo, estando aún suspendida la jurisdicción, actuación nula al tenor del artículo 198, numerales 1º y 4º del C. de P. P.

"9º El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin declarar la nulidad de lo actuado y con el criterio de que se trataba de un asunto simplemente administrativo y no de un proceso penal, entró a considerar la providencia o resolución de 31 de mayo de 1943 por él proferida, y por medio de una nueva Resolución, de fecha 19 de enero de 1945, se abstuvo de revocar su propia providencia anterior, confirmándola en todas sus partes.

"10. Con fecha 14 de octubre de 1941, según recibo de caja número 33336 de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca y de acuerdo con las disposiciones del Control de Cambios, mis poderdantes consignaron la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) para poder recurrir a una segunda instancia, y con fecha 20 de febrero de 1945, según recibo de caja número 40288 de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca consignaron los otros cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) de la multa, para poder ocurrir ante el Consejo de

Estado en la presente acción, según lo preceptúa el artículo 12 del Decreto 328 de 1938.

"11. La Resolución número 99 de 19 de enero de 1945 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que resolvió la reconsideración de la número 945 de 1943, fue notificada por medio de publicación en el *Diario Oficial* de 12 de febrero del corriente año, que se acompaña a esta demanda, estando por consiguiente dentro del término legal para la presente acción contencioso-administrativa, contra una Resolución que puso fin a un proceso ante la Administración.

"12. Por medio de las citadas Resoluciones que tienen el alcance de sentencias judiciales, se condenó a quienes no fueron autores de las supuestas contravenciones al Control de Cambios que se pretenden sancionar, a quienes no está probado que ejercieran los cargos o empleos de donde se les deduce la responsabilidad, en la época en que por cuenta de diversas Compañías se hicieron en el exterior pago de sueldos a empleados extranjeros que trabajaban en el país; por hechos que no se encuentran probados en el respectivo sumario, y que aunque lo estuvieran legalmente, no eran, en la época en que se dice fueron cometidos, contravenciones a las reglas de Control de Cambios. Dichas Resoluciones o sentencias son nulas por ilegales e inconstitucionales, violan terminantes disposiciones que favorecen a mis poderdantes y aplican disposiciones derogadas, condenando en virtud de una acción prescrita conforme a normas indiscutibles".

Las normas superiores que la parte demandante señaló como infringidas por la Prefectura de Control y por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y el concepto de la violación, se verán al examinar el problema de fondo.

Admitida que fue la demanda, se le dio el curso legal, y como ha llegado el momento de fallar, a ello procede la Sala mediante las siguientes consideraciones:

Al proceso se incorporaron en tiempo todos los antecedentes del asunto.

Muchos son los cargos de la demanda contra las Resoluciones acusadas, y no menos numerosos los hechos que allí se presentan en apoyo de las solicitudes de anulación y de restablecimiento del derecho. El problema se ha debatido por varios aspectos: el de la competencia de la Prefectura de Control y del Ministerio de Hacienda en materia penal; el del alcance de las normas sobre enjuiciamiento en este ramo y sobre multas, castigos y sanciones pecuniarias; y, por último (hecho 12 del libelo) el de la interpretación de los preceptos reguladores del control de cambio internacional.

La Sala, después de maduro examen, ha llegado a la conclusión de que el asunto, puede plantearse y resolverse con la necesaria nitidez, sobre la base del último de los aspectos apuntados.

Cuestión de hecho.

La "Chocó-Pacífico", desde hace casi tres (3) lustros trajo a Colombia empleados extranjeros. Aquí les pagaban una parte de sus sueldos, y hacía que otra entidad entregase en el exterior la restante a personas emparentadas con esos trabajadores.

Que los fondos recibidos por tales personas no salieron *materialmente* de Colombia, es cosa que nadie ha remitido a duda. Lo que la

Prefectura y el Ministerio aseveran es que se trataba, en realidad, de dinero que ha debido entrar al país, puesto que fue retribución parcial de un trabajo efectuado dentro del territorio nacional.

De ahí que en los actos acusados, se haya tenido por cierto que la Compañía dejó de pagar el llamado impuesto de residentes, estando obligada a cubrirlo a medida que los parientes de aquellos empleados recibían las respectivas sumas.

La anterior descripción del caso se apoya en hechos respecto de los cuales no existe discrepancia entre las personas, funcionarios y entidades que figuran en el presente litigio.

Cuestión de derecho

La Prefectura y el Ministerio invocan en favor de las Resoluciones debatidas una doctrina del Consejo de Estado expuesta en fallo de 20 de mayo de 1938, en el pleito de la "Pato Consolidated Gold Dredging Limited" contra lo decidido por el segundo de estos despachos administrativos, en providencia número 156 de 5 de septiembre de 1936 (*Anales*, Tomo XXXIII, números 266 a 268, páginas 437 a 449).

Comparte la Sala el parecer de la Prefectura cuando dice (Resolución número 94) que el caso de la "Pato Consolidated Gold Dredging Limited" es similar, y en sus consecuencias generales, igual "al de la Chocó-Pacífico".

De los miembros del Consejo de Estado que resolvieron en aquel entonces el litigio de "La Pato" no hay ninguno que sea en la actualidad Consejero.

Resulta, pues, necesario transcribir lo dicho en tal sentencia, para luego analizarlo y saber si es dado persistir en la doctrina y en las interpretaciones que allí se acogieron, o si por el contrario, hay lugar a rectificación en todo o en parte.

Dijo allí el Consejo:

"Está sometida una Compañía al impuesto de residentes creado por el artículo 2º del Decreto número 1683 y modificado posteriormente por la Ley y por los Decretos del Ejecutivo, citados por el Ministerio Público, en su vista, por pago de sueldos devengados en Colombia por empleados extranjeros y cubiertos en parte con fondos reservados en el Exterior?

"En primer término, es necesario dejar establecido que por la sola circunstancia de que con los giros hechos por la Pato Consolidated Gold Dredging Limited no hubieran salido materialmente fondos de Colombia no es acertado sostener que no puedan ser objeto de control ni de impuesto colombianos en general. El proceder de la Compañía en relación con los pagos hechos en el Exterior entraña en el fondo una operación de cambio internacional naturalmente ilícita, si no va autorizada por la Junta de Control de Cambios. Basta en efecto leer las comunicaciones de la Compañía, con la respectiva relación de pagos que debían atenderse en el Exterior con fondos de aquélla, para concluir que es evidente que se trata de giros hechos sin la anuencia de dicha Junta. Y si no es aceptable la tesis fiscal en cuanto afirma de manera absoluta que todo pago de empleados debe hacerse en Colombia, en cambio no hay lugar a dudas que se causa el impuesto de residentes siempre que por ocurrir al medio de no pagar íntegramente en el país las sumas que se

devenguen, se hacen giros en éste, para subvenir a los gastos de familia de los mismos empleados en el Exterior.

“Confirma lo anterior el estudio del fenómeno que se realizaría con dos Compañías que se pusieran ante situaciones enteramente distintas: la una, digamos la Pato Consolidated, que al empeñarse en negocios en Colombia deja en el exterior parte de su capital para atender con él los pagos que demandan por fuera las familias de los empleados extranjeros que trabajan en Colombia; y la otra, que en vez de dejar una parte de su capital en el Exterior, para tal evento, trae todos sus fondos a Colombia. La primera, como en el caso en estudio, paga trabajos ejecutados en Colombia, con giros sobre el Exterior sin el gravamen del 20% que la Ley 46 de 1933 impuso sobre el valor de los mismos; al paso que la segunda, al hacer los mismos pagos, tiene, por el hecho de no haber dejado fondos en el Exterior, que satisfacer íntegramente tal impuesto.

“El ejemplo que antecede plantea una cuestión que no es posible desatender al definir este negocio: que los giros hechos en las circunstancias que denuncia la Compañía, entrañan en el fondo una operación de cambio internacional, porque no es preciso un traslado de fondos en el sentido material que plantea la Compañía, sino que basta que de hecho se sustraigan de la circulación nacional dineros ganados mediante trabajo prestado en Colombia.

“Pero podría argüirse que si de acuerdo con los Decretos 1683 y 2092 de 1931 que autorizan toda medida para evitar la disminución de las reservas, el Gobierno hubiera podido tomar las que fueron conducentes a conjurar o sancionar órdenes de pago de la índole de las que son materia de este estudio, pero en manera alguna gravarlas con el impuesto de residentes, que según el Decreto 804 de 1932 debe tener como condición esencial, que el giro sea hecho ‘con fondos existentes en Colombia’.

“A esta observación, que constituye el eje en torno del cual gira la acusación de la resolución ministerial, puede replicarse no sólo con las razones de interpretación económica del Ministerio y de la Fiscalía, sino con la siguiente que procede del origen del impuesto y del sentido natural de la regla en estudio. En efecto, la expresión ‘con fondos existentes en Colombia’ alude a una situación jurídica enteramente distinta de la que planteó las actividades comerciales de la Pato Consolidated Gold Dredging Limited.

“Si el impuesto de residentes tuvo en mientes en su primera etapa, gravar el ausentismo, los Decretos y Leyes que con él se relacionan tenían que consignar una expresión legal obvia, ‘Para los efectos de este artículo —el que grava los giros para residentes en el exterior— es preciso que sean hechos con fondos existentes en Colombia’.

“Es decir: a los residentes en el Exterior, a la fecha de este Decreto, no deberá cobrárseles el impuesto sino sobre los giros que hicieren con fondos existentes en Colombia, no sobre los gastos generales que hubieren cubierto con fondos de una procedencia distinta.

“Parece, en efecto, que el Gobierno, que en la génesis del impuesto de residentes, únicamente quiso remediar los efectos del ausentismo en relación con las reservas, sólo tuvo en mira el elemento colombiano; y que por ello sólo consideró que tenía lugar la imposición cuando se girara sobre fondos existentes en Colombia. Se quiso advertir así que no debía gravarse con el impuesto de residentes todo aquello que apareciera gas-

tado, por el colombiano ausente, sino lo que hubiera sido girado sobre fondos existentes aquí. Por eso el Decreto 1683 de 1931 halló indispensable limitar 'los gastos mensuales de los *colombianos* residentes en el Exterior'. Pero el principio se generalizó y el impuesto se hizo extensivo por el Decreto 804 de 1932 a todos los giros para individuos o familias extranjeras. Al generalizar el impuesto, subsistió la expresión 'con fondos existentes en Colombia', pero bajo esta nueva faz, y sobre todo para el caso en estudio, no puede separarse el texto literal del sentido económico que da a la expresión una finalidad que explica la siguiente consideración: al pagarse un sueldo a un empleado que trabaja en Colombia, en realidad éste tiene un fondo existente en el país, equivalente al producto de su trabajo. Si ese fondo se divide en dos partes, una que se gasta aquí y otra que se sitúa en el Exterior, en realidad el empleado ha sacado del país una suma que naturalmente debía circular dentro de él. Más claro: si la Compañía no hubiera dado las órdenes de pago conocidas, y hubiera entregado a los empleados extranjeros la totalidad de los sueldos por ellos devengados en Colombia, hubiera tenido que apelar al cambio extranjero para subvenir al sostenimiento de sus familias en el Exterior, *pagando naturalmente el impuesto de residentes*.

".....
"Estas interpretaciones, este sentido económico que surge del espíritu de los decretos relacionados con el Control de Cambios, ha sido traducido e incorporado fielmente al derecho positivo para evitar dudas de la naturaleza de las suscitadas en este negocio...."

La Sala ratifica la anterior doctrina y, en relación con el presente negocio, considera que ella consulta, en lo substancial, al igual que en el juicio contra la Pato Consolidated de que se ha hecho mención, la sana interpretación de las normas superiores sobre cambio exterior, la justicia distributiva en que todo régimen tributario debe inspirarse y la viabilidad de los acuerdos o convenios celebrados entre personas particulares mientras no pugnen con el orden público y las legítimas conveniencias nacionales.

Desde el año de 1931 se presentó en forma aguda el problema de la salida del oro colombiano, y en orden a proteger las reservas del Banco Emisor se creó la oficina de Control, se limitaron los gastos de los particulares en el exterior y se estableció el impuesto de residentes. El artículo 3º del Decreto 804 de 1932 dispuso:

"A partir del 15 de mayo en curso, todos los giros destinados a residentes en el Exterior pagarán el impuesto del 10% establecido por el Decreto número 280 de 1932. Quedan exceptuados únicamente los giros que se destinen a estudiantes que cursen en las Facultades secundarias o universitarias del Exterior, los cuales están exentos del impuesto en cuanto no pasen de \$ 150.00 mensuales en moneda legal, y siempre que se presente a la Oficina de Control respectiva la comprobación del caso. Para los efectos de este artículo se tendrán como giros para residentes todos aquellos que se hicieren para sostener individuos o familias nacionales o extranjeras, inclusive gastos de viaje y pasajes, con fondos existentes en Colombia. Quedan exentos de este impuesto los viáticos y sueldos de los agentes del Gobierno en el Exterior".

Otras normas se han venido expidiendo después en esta materia para complementar la que se acaba de transcribir. Pero, en lo esencial, la índole misma del gravamen, las causas que lo motivaron y sus fina-

lidades subsistieron sin alteración respecto del caso que se contempla. Quería evitarse la salida de dinero del país, como se infiere de la frase 'con fondos existentes en Colombia', pero esta locución no ha de entenderse en su estricto sentido literal, sino en la significación que le dio la Corporación en la sentencia antes transcrita en lo pertinente. Cuando se dice 'fondos existentes en Colombia', no se habla de una existencia material, sino económica. Realmente, en el caso de autos, los dineros no estaban ni habían estado en el país, pero su causa eficiente —trabajo realizado en Colombia por empleados extranjeros— sí.

Conforme a claros principios del derecho internacional privado, nada impide que los particulares interesados convengan en que el trabajo u obligación principal del empleado extranjero se ejecute en Colombia, y en que la respectiva remuneración se entregue parte aquí y parte en los Estados Unidos, tanto más cuanto no existe tratado público entre este último país y la Nación Colombiana sobre condiciones para la validez o eficacia de los contratos; pero ello no obsta para que, en tales convenciones se prevea por las partes contratantes, en cada caso, la restricción consistente en que el dinero pagado por tal concepto en el Exterior, aunque no haya salido físicamente del país, se reputa en la legislación colombiana como virtualmente 'existente' en el territorio nacional por razón de su origen y en consideración a las provechosas aplicaciones que habría tenido su inversión dentro del país donde se causó, consultados, desde luego, en todos los casos, el orden público interno o externo y las conveniencias nacionales.

El monto de la sanción

Se observa que el inciso 2º del artículo 4º del Decreto número 1591 de 1937 y el artículo 13 del Decreto número 328 de 1938 facultan a la Prefectura de Control y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público "ampliamente para graduar la multa que ha de ser aplicada, aminorándola cuando las circunstancias peculiares que la infracción presente justifiquen tal disminución", y que, en el caso que se estudia, las entidades nombradas redujeron la sanción a la suma de \$ 100.000.00 no por la razón legal anotada, sino "teniendo en cuenta las actuales circunstancias económicas porque atraviesa el mundo", por lo cual el Consejo —habida consideración de que a la Chocó Pacífico no se le rebajó la multa de que se trata con base en la referida facultad legal y con fundamento, además en lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 69 del C. C. A.— habrá de reformar las resoluciones acusadas en el sentido de disminuir la sanción a la mitad de la suma deducida en ellas, no sin dejar anotadas algunas de las "circunstancias peculiares de la infracción" que, en concepto de esta Corporación, hacen procedente tal medida, a saber: tratarse de un primer acto de contravención a las disposiciones del régimen del control de cambios y exportaciones; referirse la multa a una compañía que, como la Chocó Pacífico, ha contribuido por largos años al progreso del país en una de las ramas más importantes de su industria, y haber dicha sociedad correspondido siempre a las obligaciones contraídas, como lo reconoce la misma Prefectura del Control al f. 263 *in fine* del Cuaderno número II.

FALLO:

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo en parte con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Co-

lombia y por autoridad de la Ley, *falla*:

I. No son nulas las Resoluciones números 945 y 99 de 31 de mayo de 1943 y 19 de enero de 1945 dictadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las cuales se confirmó la número 94 de 27 de marzo de 1941, originaria de la Prefectura de Control;

II. Refórmanse las referidas Resoluciones en el sentido de que la multa impuesta a la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., en las personas de los señores William W. Avery y Frank M. Estes, en su carácter de subgerentes de la misma, es la de \$ 50.000.00, en vez de la de \$ 100.000.00 moneda corriente;

III. En consecuencia, por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca le será devuelta, una vez ejecutoriado este fallo, a la Chocó Pacífico, S. A. o a sus representantes legales, la cantidad de \$ 50.000.00 moneda corriente, correspondiente a la mitad del valor consignado en dicha Administración, según recibos de Caja números 33336 y 40288 de 14 de octubre de 1941 y 20 de febrero de 1945, respectivamente, por concepto de la multa de \$ 100.000.00 impuesta a dicha Compañía por Resolución de la Prefectura de Control, confirmada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público;

IV. Niéganse las otras peticiones de la demanda.

Habilítese el papel común empleado en la actuación.

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

*Jesús Estrada Monsalve — Jorge Lamus Girón — Gonzalo Gaitán.
Carlos Rivadeneira G. — Pedro Gómez Parra — Alfredo López Velásquez.
Gustavo A. Valbuena — Luis E. García V., Srío.*

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

Consejo de Estado — Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Por virtud de apelación interpuesta por el apoderado del actor, doctor Nicolás Flórez, ha venido al conocimiento del Consejo de Estado la sentencia de fecha veintidós de julio del año en curso, proferida por el Tribunal Administrativo de Medellín en el juicio de nulidad de la elección efectuada por la Asamblea de aquel Departamento en la persona del doctor Jorge Villa Moreno para miembro principal de la Junta Directiva del Ferrocarril de Antioquia.

Se halla plenamente acreditado en los autos que el doctor Jorge Villa Moreno fue declarado legalmente electo como diputado a la Asamblea Departamental de Antioquia, por el Consejo Electoral de este Departamento, en el período 1947 a 1949 (fs. 10 y v.); que el mismo doctor Villa Moreno, en su carácter de diputado principal en ejercicio, asistió a la sesión que dicha Asamblea celebró el treinta de abril del mismo año e intervino, o al menos estuvo presente, en la elección que en esta misma fecha efectuó la Asamblea de miembros de la Junta Directiva del Ferrocarril de Antioquia, acto en el cual resultó electo el propio doctor Villa Moreno (fls. 6 y v.), y que el ciudadano últimamente nombrado tomó posesión del cargo referido, con fecha cinco de mayo del año en curso, ante el señor Gobernador del citado Departamento (f. 9), en cuya calidad ha venido ejerciendo sus funciones. El doctor Villa Moreno, quien se constituyó parte para impugnar la demanda (fls. 17 y 19 v.), ha reconocido todos y cada uno de los hechos relacionados.

Para resolver se considera:

El cargo principal que se hace al acto acusado es la violación que él entraña de lo dispuesto en el ordinal 6° del artículo 98 de la Ley 4ª de 1913, a saber: “Es prohibido a las Asambleas Departamentales: ... 6° Nombrar a ninguno de sus miembros para empleos remunerados cuya provisión les incumba, ni incluirlós en las ternas que deban elegir para que otra autoridad haga el nombramiento respectivo”.

La Asamblea del Departamento de Antioquia expidió el dos de junio de 1943 la Ordenanza número 12, “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre el Ferrocarril de Antioquia”, cuyos artículos 1° y 6° dicen, en lo pertinente:

“Artículo 1°—A partir del 1° de julio del presente año el Ferrocarril de Antioquia será administrado por una Junta y un Superintendente, compuesta aquélla por el Gobernador, quien será su Presidente, y por cuatro particulares.

“Parágrafo 1°—El suplente del Gobernador en la Junta será el Secretario de Hacienda del Departamento; cada uno de los particulares tendrá un suplente personal.

“Parágrafo 2°—Los particulares y sus suplentes serán elegidos por la Asamblea en votación secreta para períodos de dos años y podrán ser reelegidos indefinidamente...”.

“Artículo 6°—La remuneración de cada miembro particular de la Junta se fija en veinte pesos (\$ 20.00) m. l. por sesión”.

Surtido el traslado legal al señor Fiscal del Consejo, se expresa en los siguientes términos para solicitar se confirme la sentencia recurrida:

“Estoy en un todo de acuerdo con los jurídicos razonamientos en

que se apoya el fallo del Tribunal para demostrar que la elección del diputado señor Jorge Villa Moreno para el cargo de miembro de la Junta Directiva del Ferrocarril de Antioquia viola flagrantemente el artículo 98, numeral 6º, de la Ley 4ª de 1913. Huelga, pues, repetir aquí tales razones y argumentos, basados en una recta interpretación de la ley, y respaldados por recientes doctrinas del H. Consejo de Estado" (f. 48).

Con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia implicada en el presente negocio, el Tribunal *a quo* adujo, como fundamentos de su fallo, entre otros, los que a continuación se transcriben:

"Tampoco es necesario discriminar normas del Código de Régimen Político y Municipal para saber si los miembros de la Junta Directiva del Ferrocarril de Antioquia son o no 'empleados públicos'. A la luz del artículo 5º y demás disposiciones concordantes, acertadamente citadas por el actor, no existe la menor duda en el sentido de afirmar la calidad o *status* de 'empleados públicos' que hoy distingue a los miembros de la Junta Directiva del Ferrocarril.

"Como el Consejo de Estado lo tiene resuelto, no importa que el servicio prestado por una persona sea diario, alternado, mensual o anual, en cuanto se trata de examinar su *status* de empleado. Para estos casos, la Ley, en el caso que ahora nos ocupa, una Ordenanza señala previamente el tipo de servicio que se exige y la remuneración adecuada con la cual se remunera el tiempo de trabajo prestado. Esto es precisamente lo que dispone el artículo 6º de la Ordenanza 12 de 1943.

"La renuncia a los emolumentos, circunstancia sobre la cual insiste el señor apoderado, no tiene virtualidad suficiente para enervar, pero ni siquiera para modificar, el *status* de funcionario público que puede afirmarse de los miembros de la Junta Directiva del F. C. de Antioquia. Recuérdese la abundante jurisprudencia del H. Consejo de Estado respecto a la naturaleza no contractual del verdadero *status* jurídico objetivo que se establece entre la Administración y el empleado. Entre otros conceptos contenidos en la sentencia del 11 de marzo de 1936 del Consejo, parece procedente traer a cuento los siguientes, extractados en el resumen de jurisprudencia de la misma Corporación, publicado en el año de 1937, a saber: "La designación del funcionario público es un acto meramente unilateral por parte del Estado, quien al decretar el servicio dispone se encarguen de prestarlo un número determinado de individuos, realizándose así un acto esencialmente individual. El determina libre y unilateralmente la remuneración como contra-prestación del servicio; fija de la misma manera la forma y condiciones como debe ser prestado y el tiempo de la prestación, hecho lo cual hace el nombramiento correspondiente. Si el nombrado acepta, la aceptación por parte de éste será un acto que perfecciona el nombramiento, mas no el ajuste de un contrato con el Estado, quien en ocasiones puede hacer obligatoria esa aceptación.

"De acuerdo con estos conceptos, la renuncia a percibir honorarios o emolumentos que hizo el señor Villa Moreno, al tomar posesión del cargo remunerado para que fuera nombrado por la Asamblea de Antioquia, y ello con el objetivo, entre otros, de obviar lo prevenido en el artículo 64 de la Constitución, no modifica en nada su *status* jurídico, objetivo, de empleado público.

"... Simplemente el Código de Régimen Político y Municipal previó sabiamente que podía presentarse el caso de que los Miembros de

una Asamblea Departamental trataran de aprovechar su investidura parlamentaria para asegurarse otras posiciones administrativas, directa o indirectamente relacionadas con las funciones adscritas por la Ley a las mismas Asambleas, y entonces, en guarda de la moral, de la delicadeza y aun del mismo prestigio de la institución legislativa departamental, prohibió sin excepciones, esta clase de eventuales actuaciones”.

El Consejo sólo tiene que agregar a lo anterior que, al decir la Ordenanza número 12 de la Asamblea de Antioquia que la Junta del Ferrocarril se compondría de cuatro miembros “particulares” —además del Gobernador—, quiso excluir a los empleados y funcionarios públicos, individuos investidos de representación popular (representantes, diputados, etc.) y en general a todas las personas constituidas en dignidad oficial, pues el término “particular” comprende a todo el que se encuentre totalmente desvinculado de las instituciones. Al expresar, pues, la mencionada Ordenanza que esos cuatro miembros serían “particulares”, significó que no podrían ser favorecidos los ciudadanos pertenecientes a la Asamblea que tal término empleaba, interpretación legítima ésta que se conforma mejor con un sentido moralizador de las corporaciones públicas, y con el principio democrático de que los cargos, oficiales o semioficiales, no deben acumularse sino distribuirse dentro de una igualdad constitucional apenas limitada, equitativamente, por la selección de las capacidades intelectuales y de la ética personal. La interpretación contraria daría pábulo, por otra parte, a ambiciones desmedidas que, en muchas ocasiones, podrían conducir aun a la creación de instituciones no indispensables, con el único objeto de que los mismos encargados de hacer nombramientos remunerados se asegurasen canonjías y sinecuras para sí propios.

Si la Asamblea creó la Junta, se reservó la facultad de elegir los miembros que debían integrarla y fijó la respectiva remuneración, resalta aún más la moralidad de la tesis que se estudia en defensa del principio general de las incompatibilidades administrativas. Incompatibilidades que, en el caso de autos, alcanzan toda su importancia intrínseca si se atiende a las atribuciones fiscalizadoras que la Asamblea se otorgó a sí misma —en los artículos 3º (ordinales g), h) e i), 5º y 7º de la Ordenanza número 12—, en relación con las actividades de la Junta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Rodríguez — Jesús Estrada Monsalve — Carlos Rivadeneira G. — Gonzalo Gaitán — Gustavo A. Valbuena — Pedro Gómez Parra — Jorge Lamus Girón — Luis E. García V., Srío.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán)

Consejo de Estado — Bogotá, diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y siete.

Marco A. Tello trabajó en los Ferrocarriles Nacionales y dejó el servicio el primero de septiembre de 1931 cuando desempeñaba el cargo de maquinista de primera clase, por haber sido suprimido por "economía" dicho puesto. Posteriormente, el señor Tello demandó el reconocimiento en su favor de una pensión de jubilación, alegando haber servido más de veinte años. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales mediante Resolución número 5613 de 1º de marzo de 1944, negó el reconocimiento solicitado, y esa providencia fue confirmada por la Resolución de 21 de marzo del mismo año, proferida por el Ministerio de Obras Públicas. Apelada esta última Resolución fue confirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 15 de junio de 1944.

Ahora, el señor Tello, por medio de apoderado, demanda la revisión de la referida sentencia de esta Corporación para que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y ordene pagar su pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 80% del último sueldo desde la fecha de la petición.

La demanda se funda en las causales 3ª y 6ª del artículo 165 de la ley 167 de 1941.

De la demanda se dio traslado al señor Agente del Ministerio Público. Este funcionario al responder el traslado se opone a la solicitud del actor, "porque no está evidenciado que haya trabajado los veinte años que exige la ley para merecer dicha prestación".

La pensión le fue negada al señor Tello, en primer lugar, porque se consideró que en los años respecto de los cuales existen archivos y planillas que relatan el tiempo de servicio de los trabajadores, sólo es admisible como prueba esta clase de documentos, y de los que se refieren al demandante, no resulta un tiempo suficiente que sumado con los años que según la prueba testimonial producida, trabajó el señor Tello y que no figuran en planillas por no existir archivos, completen los veinte años que exige la ley; y en segundo lugar, porque entonces el señor Tello, no tenía la edad requerida, ni sus servicios como maquinista completaban veinte años.

El actor alega que a los 18 años, 5 meses y 18 días aceptados en el expediente como servidos, deben agregarse 10 meses de 1936, 6 meses de 1914, y 10 meses de 1916.

El Consejo en auto para mejor proveer solicitó al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales un informe en relación con los servicios del señor Tello en los años de 1913, 1914 y 1915, y además, si los archivos correspondientes a esos años se hallan completos o no. Cuanto a lo último, el informe de los Ferrocarriles está acorde con la relación de tiempo de servicios que obra a fs. 14 del expediente en que se resolvió la primitiva solicitud de pensión, es decir, que en el año de 1913 no existen planillas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre; en 1914 no existen las correspondientes al segundo semestre. Pero por lo que toca al tiempo servido, aparecen diferencias, pues en tanto que en la relación del folio 14 dicho, no figuran días servidos en junio y septiembre de 1913, en el informe ahora solicitado aparecen 10 y 15 días respectivamente en tales meses. En 1914 no aparecen en la susodicha

relación servicios en el primer semestre, y en el informe resultan 10 días servidos en junio. También aparecen algunas discrepancias en los días de servicio en 1915, entre los dos referidos documentos.

Ahora bien, conforme al artículo 2º de la ley 49 de 1943, vigente cuando se instauró la demanda de revisión y cuando se produjo la prueba testimonial que obra en el expediente enderezada a comprobar los servicios del señor Tello, "Cuando los archivos de una empresa ferroviaria hubieren desaparecido, o cuando no fuere posible probar en ellos el tiempo de servicio, será admisible para demostrar el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación cualquiera otra prueba reconocida por la ley". Igual disposición consagra el artículo 15 de la ley 64 de 1946, con la sola diferencia de que la prueba deberá producirse ante los Jueces de Trabajo. Así, pues, la ley no ha dicho que cuando existan archivos no es admisible ninguna otra prueba para demostrar los servicios; lo que establece es que cuando en los archivos no sea posible probar los servicios, es admisible cualquiera otra prueba reconocida por la ley. En tales condiciones, es evidente que cuando se prueben con alguno de los medios de convicción reconocidos por las leyes, servicios que no constan en los archivos, tales servicios deben aceptarse y computarse para efectos del reconocimiento de pensión.

En el caso presente ocurre por una parte, que los archivos (por lo menos los relativos a 1913, 1914 y 1915), no dan una certeza absoluta de su exactitud y de que en ellos no se hubiera caído en ninguna omisión, pues como se ha visto antes, hay discrepancias entre lo expresado con relación a los mismos años por el documento que obra a fs. 14 del primer cuaderno y lo que dice el informe allegado en virtud del auto para mejor proveer; y por otra, existen dos testimonios obtenidos con las formalidades legales que son los de Pablo Bianchá y Enrique Bermúdez, quienes al deponer sobre los servicios prestados por Tello a los Ferrocarriles, se expresan al ser contrainterrogados por el señor abogado de los Ferrocarriles, así: Bianchá: "*Repreguntado—Tercero. ¿Tiene usted seguridad de que durante ese mismo tiempo (de 1909 a 1929) o lapso el preguntante Tello M. trabajó sin interrupción en la Empresa del Ferrocarril del Pacífico?* Contestó: —Puedo asegurar por haberlo visto y presenciado que el preguntante Tello trabajó de manera continua en la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, pues, como lo dije en mi declaración, desempeñé varios cargos desde el año de 1909, trabajando él la mayor parte del tiempo, casi todo el tiempo, en la locomoción, es decir, en las máquinas, desde frenero y fogonero hasta maquinista de primera clase. Su trabajo lo desempeñó, repito, sin interrupciones y esto lo afirmo porque yo también trabajé en el mismo ramo de locomoción". Y Bermúdez, en iguales circunstancias dice: "—Sí, señor, puedo asegurar y afirmo que mi preguntante Tello trabajó de manera continua, es decir, sin interrupción en la referida empresa, pues era cumplido y consagrado en su trabajo y diligente y cuidadoso en las máquinas que tenía a su cargo". Este testigo afirma que él entró al servicio de los Ferrocarriles en 1911 y de 1916 en adelante tuvo como subalterno al señor Tello.

Si, pues, en la relación de tiempo servido que obra al folio 14 ya mencionado aparece el señor Tello sirviendo apenas 4 días en enero y 4 en octubre y en el informe último aparece con 10 días en junio y 15 en septiembre además de los anteriores; en 1914 en el primero de los

dichos documentos aparece sin ningún día de servicio y en el segundo con 10 días en junio; en 1915 hay también algunas diferencias, aunque pequeñas entre los dos documentos, y no figura ningún día servido en el mes de enero; en 1917 en el documento del folio 14 figura sin servicios en diciembre; en 1918 faltan los de enero, febrero y marzo; en 1922 faltan los de junio y agosto; en 1923 los de junio y septiembre, hay motivos serios para creer que en las respectivas planillas hubo omisiones, pues no es explicable que la ausencia del trabajo en la mayor parte de un año o mejor dicho de más de 11 meses en los años de 1913 y 1914 no fuera advertida por los compañeros de trabajo que aseguran que Tello fue consagrado y trabajó continuamente; igual cosa puede decirse de las ausencias en los años subsiguientes que se han mencionado. Por otra parte, si se admite, como lo hizo el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales que para los años de 1913 y 1914 en que no aparecen planillas en los dos últimos meses del primero y en los seis últimos del segundo, se den por probados los servicios en ese tiempo, no se justifica que no se les pueda dar el mismo tratamiento a los que se afirma que fueron prestados en el resto del tiempo y de que no dan cuenta las planillas. Vale decir, que o se acepta la prueba testimonial en su totalidad o se desecha en su totalidad. Y si no se puede desechar porque es muy respetable ya que no hay elementos que la desvirtúen en forma positiva, deben aceptarse como cumplidos los servicios del trabajador señor Tello en los años a que se ha hecho alusión anteriormente; y si ello es así, el tiempo de servicio pasa de veinte años. En efecto, serían servicios computables sobre los 18 años, 5 meses y 18 días los siguientes: 9 meses y 22 días en 1913; 6 meses en 1914; 1 mes en 1915; 1 mes en 1917; 3 meses en 1918; 2 meses en 1922; 4 meses en 1923, sin contar otras ausencias en años posteriores, lo que hace subir el cómputo del tiempo servido a más de 20 años.

De lo dicho se sigue que el demandante Tello tiene derecho al reconocimiento que demanda por cuanto al tiempo de servicio se refiere. Además, como aparece plenamente establecido en autos que sirvió más de 10 años como fogonero y maquinista y también hoy cuenta más de 50 años de edad, por este aspecto cumple las exigencias de la ley. También está establecido que el último sueldo devengado en el servicio fue de \$ 175.00 mensuales. Le corresponde, pues, conforme a las leyes 1ª de 1932, 49 de 1943, 53 de 1945 y 64 de 1946 una pensión equivalente al 80% de \$ 175.00, o sea la cantidad de \$ 140.00.

En tal virtud, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y en desacuerdo con su Fiscal, FALLA:

1º *Es procedente la revisión* de la sentencia dictada por esta Corporación el 15 de junio de 1944 en la solicitud sobre reconocimiento de pensión formulada por Marco Antonio Tello.

2º Reconócese en favor de Marco Antonio Tello y a cargo de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, una pensión de jubilación vitalicia de ciento cuarenta pesos (\$ 140.00) mensuales, desde la fecha de esta sentencia.

3º Háganse las comunicaciones del caso. Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Pedro Gómez Parra—Carlos Rivadeneira G.—Jesús Estrada Monsalve—Jorge Lamus Girón—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Srío.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán)

Consejo de Estado — Bogotá, siete de marzo de mil novecientos cuarenta y siete.

Por Resolución sin número fechada el 16 de agosto de 1945, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleos presentada por la sociedad Llanos Petroleum Company, referente a un globo de ciento noventa y nueve mil novecientos noventa y cinco hectáreas, ocho mil doscientos ochenta y un metros cuadrados de extensión, ubicado en la región de los ríos Orito, Guamés y San Juan, en jurisdicción de los Corregimientos Comisariales de Mocoa y Colón, en la Comisaría del Putumayo y “probablemente en los Municipios de Pasto, Funes, Puerres, Córdoba, Ipiales y Potosí, en el Departamento de Nariño, lote o globo de terreno deslindado como se dice en la respectiva propuesta y resolución.

Se dispuso en la resolución de que se viene hablando que “en atención a que el lote así alinderado comprende trayectos navegables de los ríos Guamés, San Juan y Orito, el contrato a que esta propuesta pueda dar lugar requiere para su validez la aprobación del Congreso”.

El apoderado de la “Llanos Petroleum Company” pidió reposición de la anterior providencia, pero únicamente en cuanto dispone que el contrato para su validez requiere la aprobación del Congreso y el recurso fue resuelto por Resolución, también sin número, de 12 de noviembre de 1945 en sentido adverso a las pretensiones de la Compañía.

En vista del insuceso en la actuación gubernativa, el doctor Francisco Rueda Caro, abogado titulado e inscrito, mayor y de esta vecindad, cedulaado bajo el número 1905543 expedida en Bogotá, en ejercicio del poder que le confirió la Compañía proponente y luego de acreditar la existencia legal de la sociedad en cuyo nombre habla y la representación que ejerce, solicitó del Consejo de Estado, en demanda propuesta en legal forma, que hiciese las siguientes declaraciones:

“*Primero.* Que se declare nula, por ilegal, la parte de la primera de las provincias que luego determinaré y la totalidad de la segunda de ellas, dictadas ambas por el Ministerio de Minas y Petróleos en el expediente relativo a la propuesta de contrato número 327, formulada por la Llanos Petroleum Company al gobierno para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en un área situada en la región de Orito (Comisaría del Putumayo y departamento de Nariño), y comprendida por los linderos que expresaré en los hechos de esta demanda. Las resoluciones cuya nulidad pido son las siguientes:

“a) La dictada el 16 de agosto de 1945, que acepta la propuesta número 237, pero únicamente en cuanto dispone que el contrato a que la propuesta pueda dar lugar requiere para su validez la aprobación del Congreso;

“b) La dictada el 12 de noviembre de 1945, por la cual el Ministerio no accedió a reponer la resolución citada en el ordinal anterior.

“*Segundo.* Que se declare que el contrato que haya de celebrarse como consecuencia de la citada propuesta número 237, no necesita para su validez de la aprobación del Congreso, sino solamente el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 49 de la Ley 37 de 1931”.

El libelo narra detalladamente los hechos constitutivos de la acción

incoada, que en lo sustancial no son otros que los ya expuestos al principio de esta providencia.

Considera el demandante que los actos acusados violan los artículos 3º de la ley 160 de 1936 —en sus incisos 1º y 2º—, 4º de la misma ley, 31 de la ley 37 de 1931, 49, 52, 53 y 55 de esta misma ley, 2º, 3º y 14 de la 153 de 1887, 28 y 71 del C. C.

Admitida la demanda, ha sufrido los trámites de rigor.

El Fiscal de la Corporación conceptuó que debían negarse las peticiones de la demanda, prohibiendo el memorándum que le envió el Ministerio de Minas y Petróleos y en el cual el abogado de petróleos defiende a espacio las tesis que informan las resoluciones acusadas.

Cuestión controvertida

Solamente se trata de resolver una cuestión de puro derecho, a saber, si los contratos sobre exploración y explotación de petróleos subyacentes en los lechos de los ríos navegables o en el mar territorial necesitan para su validez, sí o nó, de la aprobación del Congreso, o en otros términos, si está vigente el artículo 38 de la ley 120 de 1919 o si por el contrario, este artículo fue derogado por el 57 de la ley 37 de 1938.

Como se ve, el planteamiento del problema es muy fácil, no así la solución.

Tesis de la demanda

En pro de la tesis de la demanda en el libelo se hace este largo y muy respetable razonamiento:

“Las resoluciones de 16 de agosto y 12 de noviembre de 1945, dictadas por el Ministerio de Minas y Petróleos, violan la letra y el espíritu de las disposiciones legales transcritas.

“Las razones del Ministerio pueden resumirse así: El artículo 38 de la Ley 120 de 1919 dispone que ‘la Nación se reserva el derecho de explotar los yacimientos que se hallen bajo las aguas del mar territorial, de los lagos y de los ríos navegables. En tal virtud para que pueda verificarse la explotación de esos yacimientos, será preciso que se aprueben por el Congreso los contratos que la autoricen’. Los terrenos a que se refiere la propuesta número 237, comprenden trayectos navegables de los ríos Orito, Guamés y San Juan. Por consiguiente, el contrato a que dé lugar la propuesta 237 debe ir al Congreso.

“Esta argumentación sería perfecta si el artículo 38 de la Ley 120 de 1919 estuviera vigente, tal como lo pretende el Ministerio. Pero la realidad jurídica es otra.

“Derogatoria parcial y derogatoria total

“El artículo 38 de la ley 120 de 1919 está derogado por el artículo 55 de la Ley 37 de 1931 que dispone: “Quedan derogadas las disposiciones anteriores a la presente ley, que regula íntegramente la materia y seguirán rigiendo, además de los numerales citados en el artículo 52, el artículo 41 de la Ley 120 de 1919, el artículo 17 de la Ley 14 de 1923, la Ley 4ª de 1921, la Ley 13 de 1922 y todas aquellas disposiciones que de modo especial hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la Nación sobre el petróleo, en lo referente a dicha declaración.

"En la segunda de las resoluciones acusadas se expresa que el artículo 38 de la Ley 120 de 1919 está vigente en su totalidad porque "Dicho artículo es uno en su esencia, sin que sea lícito fraccionarlo de manera que sólo quede vigente una declaración de las que contiene y se consideren derogadas las demás que son parte integrante del texto.

"La argumentación del Ministerio no es exacta. El legislador de 1931 declaró que la Ley 37 reglamentaba íntegramente la materia y derogó, además, expresamente todas las disposiciones anteriores, salvo las exceptuadas en la segunda parte del artículo 55. ¿Cuáles son éstas? En primer lugar, las citadas en forma especial, entre las que únicamente figura el artículo 41 de la Ley 120 de 1919. En segundo lugar, las que contienen una declaración de dominio o de reserva de dominio a favor de la nación, en lo referente a dicha declaración. Lo cual quiere decir, que el legislador manifestó inequívocamente su voluntad de que si una disposición legal contenía varias declaraciones, sólo podía seguir produciendo efectos en lo relativo a las declaraciones de dominio o reservas de dominio, no en lo demás. De tal manera que sí es lícito sostener que el artículo está vigente en parte y derogado en otra. Y es lícito porque así lo dispuso el legislador. Lo que no es aceptable es sostener que está vigente en su totalidad cuando la ley expresa que únicamente lo está en *cuanto a una parte*. Además, la tesis del Ministerio, según la cual un artículo no puede estar derogado parcialmente, es inadmisibles. Un artículo puede contener varias disposiciones y algunas de ellas pueden ser derogadas por el legislador, quedando vigentes las otras. De la misma manera que un artículo puede ser parcialmente inconstitucional. El articulado de las leyes y los códigos obedece sólo a una cuestión formal de numeración y en ningún caso a una razón jurídica.

"Podría llegar a aceptarse, que el artículo 38 contiene, en parte, una reserva explícita de dominio y en esta parte puede considerarse como vigente. En efecto, al reservarse la nación el derecho de explotar los hidrocarburos subyacentes al mar territorial, y al lecho de los lagos y ríos navegables, afirma su derecho de dominio sobre tales hidrocarburos, ya que toda reserva de explotación lleva envuelta una declaración o reserva de dominio. Mal puede reservarse la República la explotación de una cosa de la cual no es dueña. Así, pues, la disposición comentada puede estar vigente en cuanto por ella la nación reafirmó su propiedad sobre los petróleos subyacentes a las aguas del mar territorial, de los lagos y ríos navegables. Pudo reservarse su explotación, precisamente porque su derecho de dominio sobre esos hidrocarburos era indiscutible y no podía ser objeto de controversias con particulares, como sí podía serlo el de los demás petróleos, en una época en que no se habían fijado todavía los límites entre la propiedad subterránea de la nación y de los particulares. En otras palabras, siendo de uso público las áreas cubiertas por dichas aguas, y, por lo mismo, no susceptibles de apropiación particular, el subsuelo de ellas le pertenece a la nación y contra el derecho de ésta no podría invocarse ningún título privado, como sí ocurre en las áreas terrestres.

"Reserva de explotación y reserva de dominio

"Aclarado el punto en esta forma, toca ver qué efectos produjo el artículo 55 de la Ley 37 de 1931 sobre el artículo 38 de la Ley 120 de 1919. Se establece en este artículo en forma directa una reserva de explo-

tación y de manera implícita una reserva de dominio, ya que, como arriba se expresó, al decretarse la primera se está afirmando necesariamente la segunda, aunque la afirmación contraria no es exacta y por eso el legislador ha podido dejar vigentes, sin contradecirse ni faltar a la técnica, algunos textos legales en cuanto consagran una reserva de dominio y derogarlos en lo referente a reservas de explotación. Se trata de dos conceptos diferentes, como en seguida se verá.

“El concepto de reserva de dominio y la época en que ésta se estableció para los petróleos fue objeto de un largo y agitado debate que vino a terminar con las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en noviembre de 1919 y en agosto de 1921. En el último de los fallos nombrados esa alta corporación definió el concepto de reserva de dominio expresado en el Código Fiscal de 1873 al decir que “...ninguna de las minas en cuestión (de cobre, hierro, etc.) pasó a los adjudicatarios de los terrenos de que hacían parte, es decir, siguieron retenidas por la República, o lo que es lo mismo fue su dominio reservado para ella. *La reserva estuvo en eso, en que su propiedad no se transmitía con el terreno del cual eran anexidades, sin perjuicio de que la Nación se beneficiara de ellas en la forma señalada por la Ley;* y así se ve que el artículo 1117 señaló la de contratos de explotación para los depósitos de carbón y huano; para las mencionadas en el artículo 1126 estableció, la misma forma y la de arrendamiento y la adjudicación, que también es modo de beneficiar conforme a la legislación vigente y previo denuncio, las de metales preciosos situados en terrenos de cualquier clase”.

“No hay, como se ve, incompatibilidad entre la reserva de una cosa y su enajenación. Precisamente es este uno de los medios comunes de aprovechamiento de la cosa reservada, de conformidad con el significado natural y obvio del vocablo reservar “que es separar o apartar uno algo de lo que se distribuye, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro”. (Sentencia de 21 de agosto de 1921. Sala Plena, p. 370 ss. G. J. T. 28).

Como se ve, el concepto de reserva de dominio —tal como lo han entendido siempre nuestros legisladores y tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia— no constituye reserva de explotación, ya que no sustrae de ésta los yacimientos cuyo dominio aparece reservado por la ley. Simplemente se los reserva para proceder a su beneficio en la forma que considere más aconsejable y provechosa. Ya se vio, por ejemplo, que el Código Fiscal de 1873, al reservar para la república el dominio de ciertos minerales, determinó las formas en que podían explotarse tales minerales. Infinidad de textos legales han consagrado reservas de dominio sin que ello signifique que los minerales reservados no pueden explotarse.

“Entre las más recientes disposiciones podemos citar, por ejemplo, el artículo 1° de la Ley 13 de 1937 sobre metales preciosos, que dispone: “*La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. La explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente, por medio de contratos celebrados con el gobierno que serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la ulterior revisión del Consejo de Estado*”.

“El legislador ha establecido en el mismo artículo la reserva de dominio y ha señalado la forma como debe adelantarse la explotación de los minerales, lo que viene a confirmar que la reserva de dominio no puede considerarse como una reserva de explotación. Mediante ésta sí se sustrae de la explotación la cosa reservada. Como ejemplos típicos de esta clase de reservas podemos mencionar el artículo 5º del Código de Minas que prohíbe buscar, descubrir y catar minas en el área de las poblaciones, en los patios, huertos y jardines. Y en petróleos el artículo 4º de la Ley 72 de 1925 —modificado hoy— que prohibió la celebración de contratos para la explotación de hidrocarburos en las zonas de Urabá y del Pacífico. Y el 52 de la Ley 37 de 1931 en virtud del cual los petróleos de propiedad nacional en Santander del Norte, Vichada, Vaupés y Arauca y en las zonas arriba mencionadas (Urabá y Pacífico) deben ser objeto de contratos especiales que requieren para su validez la aprobación del Congreso.

“Las consideraciones anteriores son más que suficientes para demostrar cuáles son las diferencias sustanciales entre la llamada reserva de dominio y la reserva de explotación. Ahora bien, el artículo 55 de la Ley 37 de 1931 dejó vigentes las reservas de dominio pero no las de explotación. La lectura del artículo 38 de la Ley 120 de 1919 indica, sin lugar a dudas, que allí se estableció únicamente una reserva de explotación. Por consiguiente, tal artículo está derogado en forma expresa. Y sólo puede estar vigente en cuanto se considere que contiene una declaración de dominio.

“No sobra observar, además, que el legislador de 1931, como detalladamente se explicará adelante, entendió la diferencia sustancial entre los conceptos de reserva de dominio y reserva de explotación. Dejó vigentes las disposiciones relativas a la primera y derogó las referentes a la segunda. Y cuando quiso conservar una reserva de explotación lo hizo de manera expresa e inícuva. Al expedirse la Ley 37 de 1931 existían muchas declaraciones o reservas de dominio. Las de explotación habían sido consagradas por la Ley 120 de 1919 en su art. 38 y por los artículos 4º y 5º de la Ley 72 de 1925. De acuerdo con esas disposiciones la explotación del petróleo subyacente al lecho de los ríos navegables, lagos y mar territorial debía ser autorizada por el congreso; en las zonas del Pacífico y Urabá estaba prohibida, y en cada contrato debían reservarse lotes intermedios para contratarse después con la aprobación legislativa. El legislador de 1931 modificó esta situación al derogar todas las disposiciones anteriores, pero como en esa derogatoria quedaban incluidas las disposiciones arriba mencionadas, exceptuó expresamente aquellas que debían continuar en vigor. Y no solamente las citó una vez sino que afirmó dos veces su vigencia. En efecto, el artículo 52 dice: “sobre el petróleo de propiedad nacional que haya en el Departamento Norte de Santander, en los territorios de las comisarías de Arauca, Vichada y Vaupés, y en los determinados en los numerales a) y b) del artículo 4º de la Ley 72 de 1925, podrá el gobierno celebrar contratos especiales que requerirán para su validez la aprobación del Congreso”. Y en el artículo 55 se expresa nuevamente que seguirán rigiendo los numerales citados en el artículo 52.

“Es decir, que el legislador de 1931 estimó necesario —en vista de la derogatoria general—, citar en forma expresa las disposiciones que no quedaban incluidas en tal derogatoria, y con las de reserva de explo-

tación consideró indispensable hacerlo no una sino dos veces, a riesgo de incurrir en una repetición que podía considerarse inútil. Lo cual significa que las disposiciones sobre reservas de explotación, distintas de las mencionadas, fueron derogadas. Como ya se anotó, entre ellas no figura la consagrada por el artículo 38 de la Ley 120 de 1919, como tampoco está la relativa a lotes intermedios, decretada por el artículo 5° de la Ley 72 de 1925.

“Los copisos antecedentes de la Ley 37 de 1931 indican que a través del dilatado y profundo estudio que precedió la expedición de la ley sobre hidrocarburos se tuvo siempre en cuenta la diferencia entre reserva de explotación y reserva de dominio. Los juristas, los técnicos y los legisladores que elaboraron ese estatuto consideraron que se trataba de dos conceptos paralelos que no debían confundirse.

El doctor José Antonio Montalvo, bajo cuya dirección se adelantaron los trabajos preparatorios, solicitó conceptos de las personas más autorizadas en el ramo de hidrocarburos y, al efecto, elaboró dos cuestionarios. El primero se refería al aspecto jurídico del problema y en él se incluyó lo relativo a la “reserva legal” sobre la propiedad de los hidrocarburos. En el segundo, que abarcaba los aspectos “internacional y de Estado”, se formularon las preguntas sobre las reservas de explotación y su conveniencia.

“Después, durante las sesiones del Comité de Abogados y cuando se discutía el artículo sobre reservas el doctor Montalvo aclaró el punto así:

“Ministro.—La palabra reserva que se ha venido empleando en las leyes sobre petróleos, tiene un significado técnico, es decir, sólo se refiere técnicamente a aquellos terrenos que el Estado sustrae de la explotación. El legislador, al aplicar el vocablo no lo ha tomado en este sentido, y ha considerado sólo los hidrocarburos sobre los cuales el Estado tiene o cree tener derechos, es decir, al decir que se reserva la propiedad de tales o cuales terrenos, ratifica su propiedad. Siguiendo este criterio se volvió a repetir en el proyecto la palabra reserva, aplicando en el sentido de ratificar su propiedad del Estado sobre determinados terrenos petrolíferos; en el proyecto, así como en las leyes anteriores, se trató de hacer una especie de inventario de tales terrenos”. (Antecedentes de la Ley del Petróleo. T. III, pág. 238).

En el estudio hecho sobre el particular por el doctor Jorge Pradilla Reyes como abogado del Ministerio de Industrias en 1939, se encuentra un acertado resumen de la historia de la Ley 37 de 1931. La parte pertinente de ese estudio dice así:

“La comisión interparlamentaria de hidrocarburos del año de 1929, entendió igualmente que había una diferencia entre dominio o propiedad y reserva y así en el capítulo XII del proyecto de ley del petróleo de 1929 titulado: Reserva del Estado. Contratos especiales, dejó claramente deslindados los dos conceptos en los siguientes términos:

“Artículo.—Resérvanse los petróleos de propiedad nacional que se hallen en una faja de veinte (20) kilómetros de ancho a lo largo de las cosas marítimas nacionales, así como también en las zonas de los mares territoriales. Sobre estos petróleos no podrá celebrarse contrato alguno.

“Artículo.—Sobre el petróleo de propiedad nacional que haya en el Departamento Norte de Santander, podrá el Gobierno celebrar contratos especiales, que requerirán para su validez la aprobación de la Junta Asesora de Petróleos y las demás formalidades que esta ley establece.

En dichos contratos podrá el Gobierno conceder extensiones continuas mayores o menores de las señaladas por el artículo 21 y prescindir de las reglas sobre prelación de propuestas y reserva de áreas de que tratan los artículos 20 y 22. En todo lo demás, estos contratos quedarán sometidos a las prescripciones de la presente ley". (Pág. 189, Tomo 4º de los Antecedentes).

"Esta modificación la explica la Comisión así:

"Hemos modificado sustancialmente este capítulo estableciendo una verdadera reserva, consistente en prohibir la explotación del petróleo que se encuentre en los mares territoriales y en una faja de veinte (20) kilómetros de ancho a lo largo de la frontera marítima del Estado. Las razones que hemos tenido las encontraremos en las Actas. No creemos que sea prudente una semireserva de los petróleos del Norte de Santander, como lo establece el proyecto. Esos petróleos deben ser objeto de una explotación que se siga por contratos especiales, que deberán ser aprobados por el Congreso. La lectura del artículo que os proponemos nos releva de mayor explicación sobre este particular". (Pág. 247, Tomo Cuarto, Antecedentes).

"En el proyecto de ley del petróleo aprobado por el Senado en el año de 1929 y presentado nuevamente a las Cámaras en las sesiones de 1930 figuraban estos dos artículos:

"Artículo 52. Resérvanse los petróleos de propiedad nacional que se hallen en una faja de veinte (20) kilómetros de ancho a lo largo de las costas marítimas nacionales, así como también en las zonas de los mares territoriales. (Pág. 32, Tomo V de los Antecedentes).

"Artículo 61. Sobre el petróleo de propiedad nacional que haya en el Departamento Norte de Santander y en el territorio nacional delimitado en el inciso a) del artículo 4º de la Ley 72 de 1925, podrá el gobierno celebrar contratos especiales, que requerirán para su validez la aprobación del Congreso". (Pág. 34, tomo V y VI de los Antecedentes).

"El artículo 52 fue negado por la comisión interparlamentaria de hidrocarburos de 1930, por considerar que en otros artículos anteriores ya había otra reserva y además porque, "por otra parte, no concuerda el artículo 52 con algunas disposiciones del capítulo sobre regalías aprobado ya definitivamente por la comisión, porque allí se estableció la regalía más alta (12%), precisamente para las explotaciones situadas de 0 a 50 kilómetros de la costa; además se fijó una regalía especial de 8% para las explotaciones que se hallen bajo las aguas del mar territorial. (Página 87, Tomo V y VI de los Antecedentes).

"El artículo 61 fue aprobado con algunas modificaciones. En el proyecto redactado por la comisión interparlamentaria de hidrocarburos de 1930 figura el artículo 55, que es semejante al 61 ya nombrado y el artículo 57 que dice así:

"Quedan derogadas las disposiciones contrarias a la presente ley, pero seguirán rigiendo aquellas que de modo especial hayan hecho declaración de dominio de la nación sobre petróleo en lo referente a dicha declaración". (Página 112, Tomo V y VI de los Antecedentes).

"La comisión interparlamentaria de hidrocarburos de 1930, que sesionó en el Palacio Presidencial y estudió el proyecto de ley hizo algunas modificaciones a los artículos 55 y 57 ya enumerados. El artículo 55 lo modificó en el sentido de incluir como reserva a los territorios de las comisarías de Arauca, Vichada y Vaupés y completó el artículo además,

en la forma siguiente: “y en los demás en que por leyes anteriores haya sido reservado el petróleo, podrá el Gobierno celebrar contratos especiales que requerirán para su validez la aprobación del Congreso”.

“El artículo 57 fue modificado reemplazando la expresión “Que de modo especial hayan hecho declaración de dominio de la Nación sobre el petróleo”, para decir “que de modo especial hayan hecho *declaración de dominio o de reserva de la Nación*”, adición ésta, que se hizo por insinuación del Ministro de Industrias.

“En todos los proyectos anteriormente nombrados venían figurando tres disposiciones relacionadas con reservas: una que delimitaba ciertas zonas continuas o paralelas a las zonas concedidas, y que tuvo su origen en lo que el Ministro Montalvo llamó reservas de primera clase; otra que señalaba una extensión claramente determinada, sobre la que en un principio quiso prohibirse la celebración de contrato alguno, pero que después se resolvió hacer controlable mediante condiciones especiales y con la aprobación del Congreso; y por último, una disposición general en la cual no se hablaba como ya se ha visto de reserva sino de dominio.

“La comisión interparlamentaria suprimió la llamada reserva de primera clase y dejó sólo dos disposiciones relacionadas con reservas: El artículo 52 que comprendía la llamada reserva especial y el artículo 54 que hacía una enunciación general que no se refería propiamente a reserva sino a dominio. (Página 332, Tomo V. Antecedentes).

“Al discutirse en segundo debate en el Senado el proyecto de Ley de Petróleos se modificaron nuevamente los dos artículos 52 y 54 sobre reservas y dominio en el sentido de incluir en el primero los ordinales a) y b) del artículo 4º de la Ley 72 de 1925 y de emplear para el segundo la expresión “que hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la nación sobre el petróleo” y en estos términos fueron aprobados en tercer debate por el Senado. (Página 424, Tomo V de los Antecedentes).

“El artículo 54 que se refería a dominio y derogaba las disposiciones contrarias a la ley que se estudiaba sufrió una última modificación en la Cámara en el sentido de hacer esa derogatoria en forma completa no hablando de disposiciones contrarias sino derogando todas las disposiciones anteriores y enumerando las expresamente vigentes, pero se mantuvo siempre una forma general para indicar las leyes que quedaban vigentes si hacía declaración de dominio o de reserva de dominio.

“Como resumen de todo este proceso quedaron incluidos en la Ley 37 dos artículos sobre reserva y dominio: el artículo 52 que dice: “Sobre el petróleo de propiedad nacional que haya en el Departamento Norte de Santander, en los territorios de las comisarias de Arauca, Vichada y Vaupés, y en los determinados en los numerales a) y b) del artículo 4º de la Ley 72 de 1925, podrá el Gobierno celebrar contratos especiales que requerirán para su validez la aprobación del Congreso”. Y el artículo 55 citado al principio de este memorándum.

“Del estudio sobre los antecedentes de la Ley del Petróleo que se ha hecho atrás se pueden sacar varias conclusiones.

“En primer lugar, puede observarse como desde un principio se entendió, que había una diferencia sustancial entre *reserva* y *dominio*, pensando que en el primer caso, se trataba de una declaración expresa de la nación mediante la cual hace prácticamente inalienables los bienes sobre los cuales recae dicha declaración y que en el segundo caso se hace

sólo una simple declaración de propiedad, pero se mantienen los bienes sometidos al derecho común.

“En todos los diversos proyectos, aparecen como se ha visto, disposiciones separadas que se refieren a cada uno de estos conceptos: dominio y reserva, hasta llegar a la actual Ley 37 que hace también esa distinción. En virtud de ella, se tiene que la reserva propiamente dicha se halla regida por el artículo 52 conforme al cual, sobre el petróleo de propiedad nacional que se encuentre en el Departamento Norte de Santander, en los territorios de las comisarias de Arauca, Vichada y Vaupés y en las regiones señaladas concretamente en los numerales a) y b) del artículo 4º de la Ley 72 de 1925, sólo pueden celebrarse contratos sometidos a la aprobación del Congreso.

“El artículo 55 declara vigentes “todas aquellas disposiciones que de modo especial hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la nación sobre el petróleo, *en lo referente a dicha declaración.*”

“Al haberse redactado un artículo aparte para este punto y al haberse en él, de declaración de dominio, parece indicar que los legisladores aceptaron claramente la distinción entre la idea de reserva y la idea de dominio”.

(Hasta aquí el abogado del Ministerio de Industrias).

“Reserva de dominio y aprobación legislativa

“Sostiene el Ministerio de Minas y Petróleos en la segunda de las resoluciones acusadas, que uno de los efectos de la reserva es el de dejar fuera de la libre contratación los terrenos reservados”. Luego si por una disposición legal se sacó de la libre contratación el petróleo de la reserva, se necesita una orden del legislativo para poder contratar esa explotación”. Esto es evidente si se trata de la reserva de explotación establecida en el artículo 52 de la Ley 37 de 1931, única de esta clase que consagran nuestras leyes, pero no es cierto en lo referente a reservas de dominio. Son incontables las reservas de esta especie que desde 1873 ha establecido el legislador sin que pueda sostenerse que la explotación de los metales o sustancias reservadas requiere una orden legislativa. Por el contrario, ya arriba se vio cómo el Código Fiscal de 1873 estableció las normas dentro de las cuales debían explotarse los minerales cuyo dominio se había reservado la República. Y se vio también cómo en épocas recientes —en 1937— el legislador dentro de un mismo texto reservó para la Nación la propiedad de ciertos metales y señaló la manera de entregarlos a la explotación de terceros, sin necesidad de mandato legislativo.

“Si se aceptara la tesis del Ministerio, según la cual la reserva de dominio se confunde con la aprobación legislativa, habría que llegar lógicamente a concluir que todos los contratos sobre bienes cuyo dominio está reservado por la República necesitan para su validez de la aprobación del Congreso, lo cual significaría prácticamente la derogación de todas las leyes sobre minas. Y naturalmente de la de petróleos, ya que la Nación se ha reservado la propiedad de los hidrocarburos que se encuentran en terrenos que salieron de su dominio después del 28 de octubre de 1873. Sobre el particular caben las mismas razones expuestas en el capítulo anterior.

"Pero hay más. La llamada "Ley de Emergencia" (84 de 1927) decretó en su artículo 1º lo siguiente:

"La Nación se reserva la propiedad y el derecho de beneficiar privativamente los yacimientos de hidrocarburos que haya en los terrenos baldíos y los yacimientos que le pertenezcan por cualquier título".

"Esta disposición se aplicará también respecto de aquellos hidrocarburos que haya en terrenos sobre los cuales se han otorgado concesiones, arrendamientos o permisos para exploraciones y explotaciones y que por cualquier causa hayan vuelto, o vuelvan a regresar al poder de la Nación.

"Parágrafo. Si para el beneficio privativo de los yacimientos petrolíferos de que habla este artículo, el Gobierno hiciere uso de las autorizaciones legales vigentes, someterá los contratos respectivos a la aprobación del Congreso".

"De la disposición transcrita sí puede decirse que contiene una reserva de dominio y una reserva de explotación sobre todos los petróleos nacionales. Si se aceptara la tesis del Ministerio que, como ya se ha visto, consiste en afirmar que un artículo no puede derogarse parcialmente y en dar a los conceptos de reserva de dominio y reserva de explotación el mismo significado, habría que concluir, en buena lógica, que el artículo 1º de la Ley 84 de 1927 está vigente en su totalidad. Las mismas razones en que se apoya el Ministerio para sostener la vigencia total del artículo 38 de la Ley 120 de 1919 existen para afirmar la del 1º de la "ley de emergencia". En esta forma la Ley 37 de 1931 vendría a quedar totalmente derogada. De donde se desprende que la única interpretación acertada sobre el alcance de la disposición contenida en el artículo 55 de la última de las leyes citadas, es la que he venido sustentando, o sea que ese artículo únicamente dejó en pie las reservas de dominio y no las de explotación. En esta forma puede explicarse que el artículo 1º de la Ley 84 de 1927 esté vigente, sólo en cuanto contiene una reserva de dominio, pero derogado en cuanto decreta una reserva de explotación.

"Por otra parte, el Congreso tendría que fijar regalías especiales, y distintas de las de la ley, para el petróleo subyacente al lecho de los ríos navegables. ¿Más altas o más bajas que las señaladas por la ley? Más bajas no, porque no se justifica la aprobación legislativa para colocar a la nación en condiciones más desventajosas que las establecidas por la ley. Tampoco más altas, pues los hidrocarburos subyacentes al lecho de los ríos navegables no solamente se encuentran en iguales condiciones que los demás de la concesión sino que su explotación es más complicada y, por consiguiente, más costosa. Precisamente por esta circunstancia especial el legislador ha reducido la regalía de los hidrocarburos submarinos de un 11% a un 8%. La aprobación legislativa de los contratos sobre petróleos bajo el lecho de los ríos navegables o del mar territorial no tiene ninguna justificación teórica y no persigue ninguna finalidad práctica.

"Finalmente se observa que el artículo 42 de la Ley 120 de 1919 estableció que "los contratos de arrendamiento de que trata esta ley no necesitan ulterior aprobación del congreso, salvo lo dispuesto en el artículo 38". O lo que es lo mismo que, según el artículo transcrito, los únicos contratos que requerían para su validez la aprobación legislativa eran los señalados en el artículo 38. Sobre la derogatoria del artículo 42

no existe ninguna duda, ya que no aparece citado entre las disposiciones que la Ley 37 de 1931 dejó vigentes ni consagra una declaración de dominio o de reserva de dominio. Habiendo sido derogada la disposición que ordenaba someter a la aprobación del Congreso los contratos sobre hidrocarburos subyacentes al mar territorial, a los ríos y lagos navegables, mal puede sostenerse ahora que dichos contratos deben ser sometidos a ese requisito.

“El artículo 38 de la Ley 120 de 1919 es inconciliable con las leyes vigentes.

“La Ley 37 de 1931 consagra dos sistemas sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional. Uno general y otro especial para los petróleos que puedan encontrarse en las zonas reservadas a que se refiere el artículo 52. En el primero los contratos están sometidos a condiciones minuciosamente determinadas en la ley y no necesitan para su validez de la aprobación del Congreso, sino del cumplimiento de las formalidades señaladas en el artículo 49. En el segundo, los contratos pueden contener estipulaciones especiales y requieren la aprobación legislativa. Si se admitiera la vigencia del artículo 38 de la Ley 120 de 1919 se introduciría un tercer sistema, contrariando así la prohibición establecida en el artículo 53, según el cual “el petróleo de propiedad de la Nación sólo podrá explotarse en virtud de contratos que se inicien y perfeccionen de conformidad con la presente ley”.

“Tampoco es compatible el artículo 38 de la Ley 120 con el inciso 7º del artículo 31 de la Ley 37 de 1931 que dispone:

“Cuando el petróleo provenga de yacimientos cubiertos por las aguas del mar territorial, el porcentaje del 11% fijado en la tabla anterior, se rebajará al 8%”. Esta disposición, que se halla dentro de un artículo que señala las regalías que el gobierno debe pactar en los contratos que celebre sobre petróleos no reservados, indica claramente que la explotación de los yacimientos submarinos no está reservada. De lo contrario, el legislador no hubiera señalado una regalía fija para la explotación de esos petróleos como no la señaló para la de aquellos indicados en el artículo 52. El legislador del año de 1919, que sí estableció una reserva para la explotación de esos hidrocarburos, no fijó la regalía que se debía pagar por su beneficio al gobierno, ya que ésta podía ser modificada por el Congreso.

“La disposición contenida en el artículo 31 de la Ley 37 de 1931 debe interpretarse en forma que produzca algún efecto, y éste no puede ser otro que el de considerar que el petróleo submarino está fuera de la reserva de explotación. La vigencia del artículo 38 de la Ley 120 de 1919 es incompatible con ese efecto.

“Contraría, además, el tantas veces citado artículo, otras muchas disposiciones de las leyes sobre hidrocarburos. Entre ellas pueden citarse, por ejemplo, la contenida en el artículo 17 de la Ley 37 de 1931, que establece el principio de la regularidad del perímetro en las concesiones y la señalada en el artículo 18 de la misma ley, según la cual la exploración y explotación de los petróleos de propiedad nacional debe pactarse en un solo contrato.

“Es decir, que la vigencia del artículo 38 de la Ley 120 de 1919 echaría por tierra todas las bases del sistema implantado en 1931 y en 1936. Las normas generales establecidas por las leyes vigentes quedarían reducidas a simples casos excepcionales de limitada y modesta aplicación.

Al afirmar esto no se incurre en ninguna exageración, pues el legislador ha dado una optimista definición de "río navegable" dentro de la cual quedan amparados y engrandecidos los más humildes hilos de agua.

"Las concesiones de petróleos abarcan grandes extensiones, especialmente en las regiones orientales, y son y serán muchas las que estén cruzadas por ríos navegables. De acuerdo con la tesis del Ministerio todas ellas tendrían que ser objeto de contratos aprobados por el Congreso, lo cual conduciría en la práctica, como ya se ha indicado, a convertir una norma de excepción en una disposición general.

"El artículo 17 de la Ley 17 de 1923"

"Este artículo quedó vigente por mandato expreso del legislador de 1931. Su texto es el siguiente: "Para los efectos del artículo 38 de la Ley 120 de 1919, sobre yacimientos o depósitos de hidrocarburos y de la Ley 96 de 1922, sobre pesca en los mares de la República, se entiende por mar territorial una zona de doce millas marinas en torno de las costas del dominio continental y del dominio insular de la República".

"En la vigencia de este artículo y en la referencia que en él se hace al 38 de la 120 de 1919 han creído encontrar algunos comentaristas asidero para sostener la vigencia de la última de las disposiciones mencionadas. Pero una simple referencia no basta para impedir una derogación que se desprende inequívocamente de la Ley 37 de 1931. Al conservar vigente el artículo 17 de la Ley 14 de 1923, el legislador únicamente quiso adoptar la definición de mar territorial, definición indispensable para que el gobierno pueda saber hasta dónde se extiende su dominio marino y por consiguiente, dentro de qué límites puede otorgar concesiones sobre los petróleos y los peces que allí pueda haber. Además, debe observarse que el artículo 17 de la Ley 14 de 1923 no se refiere para nada a lagos ni ríos navegables.

"Interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado"

"Como parte final de esta demanda, y con el ánimo de reforzar las tesis en ella sostenidas, me propongo, a continuación, resumir las doctrinas que sobre el punto central del debate han emitido nuestras más altas corporaciones jurisdiccionales.

"Es verdad que la Corte Suprema de Justicia no ha tenido ocasión de pronunciarse en una forma directa y especial sobre el problema, pero no por esto deja de ser muy claro su pensamiento. Lo expresó la Corte Plena en la sentencia dictada el 6 de diciembre de 1931 al fallar sobre la acusación de inconstitucionalidad hecha al decreto 314 de 1920 que establecía una exención sobre impuesto fluvial. Dice así dicho fallo:

"El único artículo de la Ley 120 de 1919 que dejó vigente la Ley 37 de 1931, fue el artículo 41, que se refería a la validez de ciertos contratos sobre explotación de yacimientos petrolíferos".

"El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de considerar el asunto desde sus aspectos teórico y práctico.

"En diciembre de 1943, el entonces Ministro de Minas y Petróleos, doctor Néstor Pineda, sometió a la consideración del Consejo algunos puntos referentes a la reforma de la ley del petróleo, y entre otros, el siguiente:

"17.—No necesitan la aprobación del Congreso los contratos para explorar y explotar los yacimientos petrolíferos que puedan encontrarse bajo las aguas del mar territorial, de los lagos y de los ríos navegables?"

"El 30 de junio de 1944 el Consejo aprobó por unanimidad el informe y el proyecto de ley redactado por los consejeros Carreño Mallarino, Sepúlveda Mejía y Peñaranda Arenas.

"El Consejo no contestó en forma particular cada una de las preguntas que le fueron sometidas. Pero de los documentos nombrados sí puede desprenderse con toda claridad su pensamiento sobre el problema de hidrocarburos. En relación con el punto que interesa se expresó así:

"Eliminación de zonas reservadas.

"Finalmente consideramos que deben derogarse los artículos 4º de la Ley 72 de 1925 y 52 de la Ley 37 de 1931, según los cuales el petróleo de propiedad nacional que se encuentre en las zonas colombianas a que se refieren tales leyes, sólo puede explorarse y explotarse mediante contratos sujetos, en cada caso, a la aprobación del Congreso. La fórmula para eliminar las reservas sería esta:

"Artículo...—Deróganse los artículos 4º de la Ley 72 de 1925 y 52 de la Ley 37 de 1931. En adelante, el petróleo de propiedad nacional que se encuentre en las zonas de que tratan tales artículos también quedará sometido a las disposiciones de la presente ley y a las demás que con ellas se relacionan y concuerdan".

"Las razones que nos han movido a proponer esta enmienda habrá oportunidad de exponerlas ante el Congreso. Por lo pronto, es de notar que, si la legislación de petróleo, con la presente reforma, se considera buena, no hay por qué sustraer del alcance de sus preceptos zona alguna del territorio nacional".

"Surge de lo anterior que el Consejo considera derogado el artículo 38 de la Ley 120 de 1919. Si no fuera así lo habría citado entre las disposiciones sobre reserva que estimó debían ser derogadas (artículos 4º de la Ley 72 de 1925 y 52 de la Ley 37 de 1931).

"Este pensamiento del Consejo ha tenido ya aplicación práctica.

"En efecto, pocos meses después de hecho el estudio arriba transcrito, el 21 de febrero de 1945, el Consejo, al aceptar la ponencia del doctor Tascón, declaró ajustado a la ley el contrato celebrado el 20 de septiembre de 1944 entre el Ministro de Minas y Petróleos, en nombre de la nación, y el señor Philip Andrews para explorar y explotar petróleos en la región de Montería, Departamento de Bolívar. Los terrenos objeto de este contrato, que tuvo origen en la propuesta número 140, se encuentran cruzados de sur a norte por el río Sinú, que no solamente goza de una navegabilidad hipotética, según la definición legal, sino que es, ha sido y está siendo navegado por embarcaciones de respetable tonelaje.

"La interpretación del Consejo de Estado coincide con la expresada por la Corte Suprema de Justicia. Aquél y ésta se hallan de acuerdo en afirmar que los contratos sobre los petróleos que pueda haber bajo el lecho de los ríos navegables no requieren para su validez la aprobación del Congreso. Esos contratos únicamente deben ajustarse a los requisitos señalados en el artículo 49 de la Ley 37 de 1931, tal como aconteció con el ya nombrado contrato del señor Philip Andrews".

Tesis de las Resoluciones acusadas

Para sostener la vigencia integral del artículo 38 de la Ley 120 de 1919, el Ministerio hace un cuidadoso y extenso estudio de la cuestión. Esta tesis de las resoluciones acusadas también ha sido defendida por antiguos Ministros de ese Despacho ejecutivo, entre los cuales se cuenta el doctor Antonio Rocha, por el Consejo de Ministros y por la Junta Asesora de Petróleos.

Como síntesis de todas las argumentaciones conviene transcribir el siguiente informe:

“Señor Ministro y señores Miembros de la Junta Asesora de Petróleos:

“Me habéis comisionado para estudiar un problema muy interesante que fuera materia de un luminoso concepto del señor Abogado Auxiliar del Servicio Legal. Se trata de saber “si los petróleos que puedan estar contenidos en los lechos de los ríos navegables, constituyen o no una reserva nacional cuya exploración y explotación deba ser objeto de contratos que requieren la aprobación del Congreso Nacional”.

“Dada la imprecisión de la ley a ese respecto, la cuestión se convierte en problema discutible. El señor Abogado auxiliar ha opinado que los contratos para la explotación de esos petróleos están sujetos a las reglas generales y no necesitan la aprobación del Congreso Nacional. Para llegar a esta conclusión analiza el señor Abogado la disposición del artículo 38 de la Ley 120 de 1919, que es la que ordena la intervención del Congreso, y sostiene que ese artículo fue modificado por el 55 de la Ley 37 de 1931 y que por consiguiente quedó eliminada para esos contratos la aprobación del Congreso.

“Se trata, pues, de saber si el artículo 38 de la Ley 120 de 1919 está modificado o no.

“Para mayor claridad copio el artículo citado:

“Artículo 38. Ley 120 de 1919. —“La Nación se reserva el derecho de explotar los yacimientos que se hallan bajo las aguas del mar territorial, de los lagos y de los ríos navegables. En tal virtud para que pueda verificarse la explotación de estos yacimientos, será preciso que se aprueben por el Congreso los contratos que la autoricen”.

“Esta disposición sometió los contratos relativos a la explotación de los yacimientos de petróleos existentes bajo las aguas del mar territorial, de los lagos y de los ríos navegables a la aprobación del Congreso. Pero vino más tarde la Ley 37 de 1931 que reguló íntegramente la materia, y derogó, por consiguiente, las leyes anteriores con algunas salvedades, según se lee en el artículo 55 de la Ley 37 de 1931, cuyo texto dice:

“Quedan derogadas las disposiciones anteriores a la presente ley, que regula íntegramente la materia, y seguirán rigiendo, además de los numerales citados en el artículo 52, el artículo 41 de la Ley 120 de 1919, el artículo 17 de la Ley 14 de 1923, la Ley 4ª de 1921, la Ley 13 de 1922, y todas aquellas disposiciones que de modo especial hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la Nación sobre el petróleo en lo relativo a dicha declaración”.

“La lectura de este artículo sirve de fundamento al señor Abogado Auxiliar, a cuyo concepto me refiero, para sacar esta deducción:

“Por virtud de lo anterior, es fundada la afirmación de que el artículo 38 de la Ley 120 de 1919 está hoy en vigor pero modificado en

cierta manera por el artículo 55 de la Ley 37 de 1931 y él debe entenderse en el sentido de una declaración de dominio del Estado sobre el petróleo subyacente en los lechos de los ríos navegables y sólo para los efectos de esa declaración o ratificación de dominio, pero no para excluir esos petróleos del régimen general de contratación establecido en la Ley 37 de 1931".

"El argumento que antecede es poderoso; y al apartarme de la tesis sostenida en él, no excluyo la posibilidad de equivocarme

"Ciertamente el artículo 55 de la Ley 37 de 1931 al disponer que quedaban vigentes las disposiciones que de modo especial hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la Nación sobre el petróleo, agregó que "en lo referente a dicha declaración". Lo que parece dar a entender que se exceptuaron de la derogación las disposiciones referentes a la reserva, en cuanto a la reserva misma, pero no en cuanto a las normas especiales que debían observarse para contratar la explotación de los yacimientos reservados. O, como lo dice el señor Abogado Auxiliar, se hizo una declaración de dominio del Estado sobre el petróleo subyacente en los lechos de los ríos navegables, pero no para excluir esos petróleos del régimen general de contratación establecido en la Ley 37 de 1931.

"Pero contra esta interpretación, quiero someter a la consideración de la H. Junta algunas ideas que llevan a otra conclusión.

"Primera.—Si el Congreso hubiera querido derogar o modificar el artículo 38 de la Ley 120 de 1919 en lo referente a las formalidades para contratar la explotación de los petróleos expresamente reservados por la Nación, el debate al respecto se habría exteriorizado en forma notoria, ya que no puede negarse que la modificación comprendía una cuestión sustantiva de gran trascendencia. Pero los antecedentes de la Ley 37 del 31 no manifiestan tendencias a hacer esa modificación.

"Las diversas comisiones del parlamento discutieron largamente la conveniencia o inconveniencia de establecer reservas nacionales de yacimientos de petróleos. La lectura de todos aquellos debates deja en mi mente la sensación de que todos aceptaron la tesis de la reserva, y que lo que dividía las opiniones era el sistema que para obtener tal finalidad debía adoptarse. Unos defendían el sistema de las zonas paralelas y otros el de las reservas geográficas. Pero en cuanto a las normas a que debían sujetarse los contratos de explotación, se lee esta fórmula sobre la cual no hubo discusión: "Las zonas marcadas con los números pares se reservan para la Nación y sólo podrán darse para la exploración y explotación cuando una de las zonas colindantes o adyacentes se halle en explotación comercial, y el contrato se hará de acuerdo con las condiciones que para la exploración y explotación de tales reservas se establezcan en leyes especiales".

"Ese era el texto del artículo 18 del proyecto. Y ese texto, en lo tocante al procedimiento para los contratos de explotación no encontró oposición; lo que demuestra que nadie pensó en derogar ni modificar las leyes especiales que sometían a trámites distintos las concesiones para la explotación de petróleos reservados por la Nación.

"La Comisión que estudiaba aquel proyecto, no aceptó finalmente el sistema de las zonas paralelas, y en esa parte el artículo 18 del proyecto, sin suprimir la aprobación del congreso en los contratos que respecto a esas explotaciones se hicieran. Dicho artículo decía así:

"Sobre el petróleo de propiedad nacional que haya en el Departamento Norte de Santander, en los territorios de las comisarías de Arauca, Vichada y Vaupés y en los demás en que por leyes anteriores haya sido reservado el petróleo, podrá el Gobierno celebrar contratos especiales *que requerirán para su validez la aprobación del congreso*".

"Este artículo aparece modificado por el señor Ministro de Industrias; pero no he podido conocer la razón de la modificación. Dicha modificación consistió en suprimir la frase "y en los demás en que por leyes anteriores haya sido reservado el petróleo". Pero es de suponer que si la reforma hubiere tenido por finalidad excluir algunos de los petróleos reservados de la aprobación del congreso, se habría manifestado así y la modificación no habría sido aprobada tan silenciosamente. Tal vez el señor Ministro pensó que en el artículo 54 quedaban comprendidas todas las leyes anteriores relativas a la reserva del dominio, y que, dejando este artículo vigente las disposiciones anteriores relativas a las reservas, bien podría suprimirse la frase mencionada.

"*Segunda.*—Opina el señor Abogado Auxiliar que el artículo 55 de la Ley 31 de 1931 "debe entenderse en el sentido de una declaración de dominio del Estado sobre el petróleo subyacente en los lechos de los ríos navegables y sólo para los efectos de esa declaración o ratificación de dominio, pero no para excluir esos petróleos del régimen general de contratación establecido en la Ley 37 de 1931".

"Pero yo pregunto: ¿Si la ratificación o declaración de dominio sobre algunos petróleos de propiedad del Estado no tuviere una finalidad especial, para qué se hizo? Sabido es que todos los petróleos que no tengan dueño particular, pertenecen a la Nación. Si esto es así, ¿por qué el legislador ratifica el dominio sobre unos y no se refiere a los demás?

"Esta misma fue probablemente la duda que asaltó al connotado civilista doctor José María González Valencia, quien dentro de la comisión parlamentaria expresó lo siguiente: A este respecto creo que no es necesario mencionar los terrenos que son propiedad fiscal, porque el Estado tiene sobre ellos los mismos derechos que tienen los particulares sobre los suyos, no siendo, por lo tanto, aplicable la palabra reserva, porque tales terrenos son propiedad del Estado, con titulación análoga a la de un particular. Podría entenderse que al enajenar el Estado una hacienda o un terreno, tiene que reservar precisamente la propiedad del subsuelo".

"Efectivamente, si la reserva del dominio no tiene otra finalidad que la de ratificarlo, la declaración sería inútil, ya que el Estado no necesita ratificar por medio de leyes su derecho de propiedad sobre los bienes que le corresponden.

"Pero es que la reserva del dominio tiene otros objetivos. El doctor Montalvo, Ministro de Industrias cuando se discutía la ley de 1931, explicó el alcance de la palabra reserva así:

"Según lo aconsejado por los expertos extranjeros en materia de reservas, el Estado debe reservarse ciertos terrenos *que quedarán fuera de la explotación*, y respecto de los demás terrenos petrolíferos de la Nación, debe haber otras reservas dedicadas a la explotación, situadas en zonas intermedias, con respecto a las concesiones que se otorguen".

"Creo que esta explicación contiene una doctrina muy interesante.

Según ella, la reserva del dominio equivale a dejar fuera del comercio la explotación de dos yacimientos a que la reserva se refiere. Los terrenos reservados quedan, por virtud de orden legal, fuera de la explotación. Hay, en mi concepto, una prohibición tácita para explotar esos petróleos.

"Si esto es así; si por medio de una ley se pusieron fuera de la explotación algunos yacimientos de petróleos especialmente determinados, parece natural y lógico que no pueda contratarse la explotación de ellos sin la aprobación legislativa. Si el congreso por medio de una disposición dejó fuera del radio de la explotación algunos petróleos, al reservarse el dominio de ellos, es claro que sólo el congreso puede suspender o modificar aquella disposición.

"Así entiendo yo, apoyándome en la explicación del señor Ministro de Industrias, los efectos de la reserva de dominio.

"Y si se me preguntara cuál es la diferencia entre "reserva de dominio" y "reserva de explotación", yo diría —tomando como base la explicación del señor Ministro—, que reserva de dominio equivale a dejar fuera de la explotación algunos yacimientos de petróleos; y reserva de explotación no equivale a la negación de la explotación, sino a la reserva de ésta para sujetarla a las formalidades preestablecidas de la aprobación del congreso.

"Estas consideraciones fundamentan una conclusión distinta de la manifestada por el señor Abogado Auxiliar. Porque, si por virtud del art. 55 de la Ley 37 de 1931 quedaron vigentes las leyes anteriores que contienen declaración de dominio o de reserva de dominio de la Nación sobre el petróleo, es innegable que a ese respecto está vigente el artículo 38 de la Ley 120 de 1919, el cual consagró la reserva del derecho de explotar los yacimientos que se hallen bajo las aguas del mar territorial, de los lagos y de los ríos navegables. Esa reserva, como lo dejé dicho, equivale a la exigencia de la autorización legislativa para la explotación.

"En consecuencia os propongo el siguiente proyecto de resolución:

"La Junta Asesora de Petróleos considera que los petróleos que pueden contenerse en los lechos de los ríos navegables, constituyen una reserva nacional cuya explotación está sujeta a la aprobación del Congreso.

"Bogotá, julio 13 de 1943".

La tesis del Consejo de Estado

Leídas y meditadas las admirables exposiciones jurídicas del demandante y del Ministerio, nada quedaría al Consejo de Estado por añadir para prohiar una de las dos tesis enfrentadas, ya que en esas exposiciones, puede decirse sin hipérbole, que está agotada la materia.

Se trata, en el caso de autos, de un problema de interpretación de ley, cuya solución es en extremo dudosa, o sea de saber si el artículo 55 de la Ley 37 de 1931 derogó la parte del artículo 38 de la Ley 120 de 1919 que exige la aprobación del Congreso de aquellos contratos que versen sobre exploración y explotación de petróleos subyacentes en las aguas del mar territorial, de los lagos y de los ríos navegables.

El texto de las disposiciones en cuestión es el siguiente:

Artículo 38 de la Ley 120 de 1919: "La Nación se reserva el derecho de explotar los yacimientos que se hallen bajo las aguas del mar territorial, de los lagos y de los ríos navegables. En tal virtud para que

pueda verificarse la explotación de estos yacimientos, será preciso que se aprueben por el Congreso los contratos que la autoricen”.

A su turno el artículo 55 de la Ley 37 de 1931 dispuso: “Quedan derogadas las disposiciones anteriores a la presente ley, que regula íntegramente la materia, y seguirán rigiendo, además de los numerales citados en el artículo 52, el artículo 41 de la Ley 120 de 1919, el artículo 17 de la Ley 14 de 1923, la Ley 4ª de 1921, la Ley 13 de 1922 y todas aquellas disposiciones que de modo especial hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la Nación sobre el petróleo, en lo referente a dicha declaración”.

Así, pues, quiso el legislador de 1931 formar el estatuto del petróleo y derogar todas las disposiciones anteriores por virtud de la reglamentación íntegra de la materia. Pero dejó vigentes algunas de esas disposiciones anteriores: unas en forma expresa o nominativa y otras en forma general.

Para el Consejo de Estado sí está vigente el artículo 38 de la Ley 120 de 1919, porque las contrataciones a que tal disposición se refieren versan sobre cuestiones de suma importancia y trascendencia para la Nación, inclusive una relativa a la soberanía, y cuestiones de tanta monta deben ser resueltas por el Congreso, Cuerpo Soberano del Estado. Ello es lo conveniente.

Pero tratándose, como se trata de la interpretación de una ley, preciso es acudir a las normas de interpretación consagradas en el Capítulo IV, Título Preliminar del Código Civil y allí se encuentra, encabezando el capítulo, el artículo 25, que acoge el conocido y antiguo aforismo de *ejus est interpretare legem cujus est condere*, artículo que está concebido así: “La interpretación que se hace CON AUTORIDAD para fijar el sentido de una ley obscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador”.

De su parte, el artículo 76 de la Codificación Constitucional asigna al Congreso la interpretación de las leyes, cuando dice: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: 1ª Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes;...” Y es lo cierto que el Congreso ya interpretó en forma expresa, aunque no mediante la expedición de una ley típicamente interpretativa, las disposiciones que motivaron este juicio, en el sentido de sostener la vigencia del artículo 38 de la Ley 120 de 1919. En efecto, mediante la ley 87 de 1938 se aprobó un contrato sobre exploración y explotación de petróleos situados en terrenos de bajamar, en la región de Galerazamba, Departamentos del Atlántico y de Bolívar, celebrado entre el Gobierno Nacional y el señor Daniel A. del Río. Así, pues, el Congreso afirmó la vigencia del artículo 38 tantas veces citado, porque de lo contrario, se habría abstenido de intervenir en esa contratación, por escapar a su competencia.

Pero no es esto todo. El problema que aquí se contempla no pasó inadvertido al Congreso, no aprobó el aludido contrato sin parar mientes en la legalidad de su intervención. En forma expresa sostuvo la vigencia del artículo 38. Estudiados los antecedentes de la ley se encuentra en el informe que la Comisión redactó a la Cámara este pasaje, que implica la aceptación de la vigencia del artículo 38: “Así, pues, sin que sea necesario exponeros a espacio los argumentos que demuestran la vigencia del artículo 38 de la Ley 120 de 1919, disposición en la cual se

funda vuestra facultad para revisar el contrato referido, nos permitimos proponeros: Dése segundo debate..." etc.

Más explícita aún fue la Comisión del Senado al informar sobre el proyecto que después fue la Ley 87 de 1938. Esta Comisión integrada por los Honorables Senadores Humberto Gómez Naranjo, Rodrigo E. Vivas, Luis Felipe Pineda, Rafael Téllez, Odilio Vargas, Miguel Gómez Fernández y Tulio Rubiano, después de plantear el problema de la vigencia del artículo 38 lo resolvieron así, en solución que aceptó la Cámara Alta: "...Queda ahora por definir si la disposición consignada en el citado artículo 38 de la Ley 120 de 1919 está en vigencia, lo que habrá de ser el punto de apoyo en la conclusión del presente informe, en relación con la atribución del Congreso para decidir sobre la negociación que ha sido sometida a su aprobación.

"El artículo 55 de la Ley 37 de 1931 establece lo siguiente: 'Quedan derogadas las disposiciones anteriores a la presente ley, que regula íntegramente la materia, y seguirán rigiendo además de los numerales citados en el artículo 52, el artículo 41 de la Ley 120 de 1919, el artículo 17 de la Ley 14 de 1923, la Ley 4ª de 1921, la Ley 13 de 1922 y todas aquellas disposiciones que de modo especial hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la Nación sobre el petróleo, en lo referente a dicha declaración'.

"Es indudable que aunque la citada disposición derogó de modo general todas las disposiciones anteriores a ella, consagró también excepciones expresas, especiales unas y generales otras, entre las cuales se encuentra el artículo 38 de la Ley 120 de 1919, tanto por ser una disposición que hizo una declaración sobre *reserva de dominio* referente a los hidrocarburos que se hallen bajo las aguas del mar territorial, es decir, por quedar comprendida dentro de la excepción general, como por hallarse amparada también por una de las excepciones especiales, como es la del artículo 17 de la Ley 14 de 1923, pues es incontrovertible que refiriéndose esta disposición al mar territorial, para los efectos de la explotación de los yacimientos o depósitos de hidrocarburos y de la pesca de perlas, no es lógico suponer que se pretendía dejar vigente una disposición sólo para el último de tales efectos, es decir, para la pesca de perlas, ya que hubiera sido fuera de lugar consagrar en una ley que establece el régimen del petróleo una excepción referente a otra materia distinta. Por el contrario, y de acuerdo con principios de hermenéutica, la excepción especial consagrada al hacer referencia al precitado artículo 17, no puede tener otro alcance que el del propósito claro y firme del legislador de dejar vigente y formando parte de la ley general de petróleos tal disposición, para los efectos de los contratos referentes a la explotación de los hidrocarburos situados bajo las aguas del mar litoral.

"Y no valdría el argumento de que al referirse el artículo 55 citado (Ley 37 del 31) a la Ley 120 de 1919, sólo hizo mención del artículo 41 entre las disposiciones que debían quedar en vigencia, para concluir que los artículos restantes de la mencionada ley quedaron derogados, porque la cita especial de esta disposición no excluye las demás de la misma ley que quedaron comprendidas en la excepción general consagrada en la parte final del artículo 55 en referencia, o en otras excepciones de disposiciones especiales. Y ya hemos visto que el artículo 38 de la precitada Ley 120 no sólo está comprendida en la excepción general, por contener una reserva de dominio, sino por ser la base de la existencia

de otra disposición exceptuada expresamente (el artículo 17 de la Ley 14 de 1923) dentro de la legislación de petróleos.

“Estando, pues, vigente el artículo 38 de la Ley 120 antes citada, corresponde al Congreso ocuparse en el estudio del contrato a que se refiere el proyecto que ha sido sometido a su consideración.

“Pero aún en la hipótesis de que no existieran disposiciones expresas y especiales que exigieran la intervención del Congreso en contratos como el de que se trata, el sometimiento de la negociación al Órgano Legislativo quedaría regida por las normas generales referentes a toda clase de contratos, siendo de aplicar entonces el principio consignado en el artículo 69, ordinal 13, de la Constitución (76 de la Constitución de 1886), conforme al cual corresponde al Congreso “aprobar o desaprobador los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías, o entidades políticas, en los cuales tenga interés el fisco nacional, si no hubieren sido previamente autorizados o si no se hubieren llenado en ellos las formalidades prescritas por el Congreso, o si algunas estipulaciones que contengan no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones”. Y no estando, como no está autorizado el Gobierno para celebrar contratos sobre exploración y explotación de petróleos en la zona del mar litoral, la intervención del Congreso es indispensable, conforme al precepto constitucional citado, en el supuesto de que —repetimos— no hubiera una disposición especial ni expresa que estableciera tal formalidad”.

En presencia de este valiosísimo antecedente legislativo no le es posible al Consejo de Estado separarse de la interpretación que el propio Congreso dio a las disposiciones legales que han sido el centro de esta controversia, no obstante reconocer la gran fuerza que contienen los razonamientos de la demanda.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con su Fiscal, FALLA:

NO SON NULAS las Resoluciones de 16 de agosto y 12 de noviembre de 1945 dictadas por el Ministerio de Minas y Petróleos y en consecuencia, NIEGANSE las peticiones de la demanda presentada por la Compañía “Llanos Petroleum Company” en que solicitó la nulidad de tales resoluciones.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Rodríguez — Gonzalo Gaitán — Carlos Rivadeneira G. — Jorge Lamus Girón — Gustavo A. Valbuena — Pedro Gómez Parra — Jesús Estrada Monsalve — Luis E. García V., Srío.

AUTORIDADES NACIONALES

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán)

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

El doctor Gerardo Cabrera Moreno, mayor y vecino de esta ciudad, abogado inscrito, demanda la declaración de nulidad de los artículos 64, 72, 73, 74 y 75 de la Resolución número 120 de 1945 (junio 11) de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, aprobada por el Ministerio de Obras Públicas, “mediante la cual se reglamentan los servicios de transporte automotor por carreteras, en desarrollo del Decreto número 2313 de noviembre 26 de 1943”. También demandó la suspensión provisional de las disposiciones acusadas, suspensión que fue despachada negativamente.

Como hechos fundamentales de la demanda, el libelo expone los siguientes:

“I) El artículo 19 de la ley 7ª de 1943 autorizó al Gobierno para ‘reorganizar’ la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. Para tal objeto, el Presidente de la República fue revestido de facultades extraordinarias.

“II) El Gobierno, en desarrollo de tales facultades, dictó el Decreto, de carácter legislativo, número 2313 de 1943 (noviembre 26), cuyos artículos 5º y 6º en su orden establecen:

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

“Artículo 6º Las resoluciones que dicten la Dirección Nacional y las Direcciones Seccionales de Transportes y Tarifas en ejercicio de sus atribuciones, son de obligatorio cumplimiento”.

“III) El artículo 64 de la Resolución número 120 de 1945 al separar la gestión del comisionista de transportes de la gestión del Agente de Aduana, gestiones ambas que están íntimamente ligadas, ha creado condiciones que afectan la buena marcha y el buen desarrollo de un servicio público, cuyos requisitos de continuidad y regularidad son el por qué de su eficacia y eficiencia.

“IV) La racionalización de los servicios públicos, mediante procedimientos que los coordinen y enlacen, es tendencia que informa la organización de todo servicio público, y dentro de este criterio, para el importador de mercancías es más lógico que quien se va a hacer cargo de la conducción, se entienda, igualmente, por su cuenta, ante la Aduana. Separar las gestiones es dilatar la prestación del servicio, diluir la responsabilidad, e imponer la necesidad de un intermediario más”.

En derecho fundamenta así el actor su demanda:

“I) Tanto el comisionista de transportes como el agente de aduanas ejercen un contrato de mandato. No existe disposición legal que limite la celebración de uno o más contratos, o que establezcan su incompatibilidad. El artículo 39 de la Constitución no limita los oficios o profesiones..

“II) La norma que dispone que “el servicio público de transporte de carga y pasajeros no podrá prestarse en el territorio nacional, sino por personas naturales o jurídicas” (artículo 5º, Decreto 2313/43) no im-

plica una limitación del ejercicio de oficios y profesiones, o el establecimiento de incompatibilidades entre unas u otras.

“(III) La prohibición que establece el artículo 75 de la Resolución número 120 de 1945 constituye una derogación de la libertad de contratación. Por virtud de tal disposición, el comisionista de transporte no puede ejercer su profesión u oficio, que garantiza el artículo 39 de la Constitución. Y, en igual forma, el simple asentista o el simple porteador que se afilia o asocia a una empresa, tampoco puede ejercer su profesión u oficio. El contrato de afiliación es un contrato de asociación, que no está prohibido por la ley. La Constitución, en su artículo 44, garantiza la asociación.

“(IV) El contrato de afiliación o de asociación, para usar una expresión más técnica, está garantizado, en lo que respecta a las industrias de transportes, en los artículos 425 y 434 del Código de Comercio. Mientras el contrato se acomode a estas normas, no puede estimarse como contrario al orden legal. Por tal razón, el artículo 75 de la Resolución quebranta el artículo 44 de la Constitución.

“(V. El artículo 32 de la Constitución faculta al Estado para intervenir en la industria del transporte, *para racionalizar la distribución*. La autorización que se dio al Gobierno por el artículo 19 de la Ley 7ª de 1943 no lo autoriza para ello: el inciso 2º del artículo 32 de la Constitución no admite controversia. La intervención de tal naturaleza sólo puede hacerse mediante leyes, no por medio de decretos leyes.

“(VI. El Estado puede ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y los reglamentos de las empresas de transporte (parte final, artículo 39 Const.), pero no está autorizado para prohibir una forma de asociación como la forma de contrato que se prohíbe por el artículo 75 de la resolución.

“(VII) Una empresa formada “con afiliados” es una persona jurídica, y como tal se encuentra dentro de las formas de asociación que prevé el artículo 44 de la Constitución. Si una tal empresa reúne los requisitos de ley para funcionar como persona jurídica, no puede prohibírsele el ejercicio de su profesión u oficio.

“(VIII) Los artículos 72, 73 y 74 de la Resolución 120 de 1945 modifican el régimen legal de toda forma de sociedad civil o comercial. Se trata de una quebrantación del régimen jurídico de las sociedades.

“(Si el nuevo socio aporta bienes muebles —en la hipótesis de que se acepte—, que se traducen en acciones, desaparece la necesidad de celebrar un contrato con él.

“(El ‘socio-contratante’, engendro de los artículos citados, es algo que no se acomoda dentro del régimen jurídico de una sociedad civil o comercial. O es socio o es contratista. Tácitamente se reconoce la forma de contratación que se niega por el artículo 75 de la Resolución.

“(IX) Dentro de las limitadas facultades que se dan por el artículo 5º del Decreto 2313 de 1943, no está incluída la facultad para exigir e imponer requisitos a las sociedades civiles o comerciales que se dediquen al transporte, en lo que respecta a la personalidad de ellas durante su existencia social. Esto es salirse del campo exclusivo del servicio público e invadir el campo del derecho privado”.

Adelante prosigue el mismo demandante:

“(Habiendo ocurrido, como aparece de lo expuesto, una violación manifiesta de los artículos 32, 39 y 44 de la Constitución Nacional, y de

los artículos 425 a 434, 275, 260, 270, 493, 517 y 518 del C. de Comercio; 2087, 2097, 2105, 2108 y el Título 28 del Libro 4º del C. Civil, se han operado los fenómenos jurídicos siguientes:

“X) Las empresas de transportes o conducciones, organizadas por los particulares rigen en el desarrollo del negocio por normas de derecho privado, las pertinentes del Código Mercantil; sin embargo actúan en el campo de un servicio público intervenido por el Estado, según la norma constitucional citada (el artículo 38 y hoy el artículo 39)”. (G. Judicial, números 2006 a 2009, pág. 12).

“Separar las gestiones del comisionista de transporte de las del agente de aduana es invadir el campo propio y exclusivo del derecho privado. Tal intervención cabría, tal vez, en tratándose de leyes dictadas en desarrollo del artículo 32 de la Constitución. No existiendo tal clase de leyes, mal puede, la Dirección de Transportes, con base en un decreto, dictar una resolución en el campo del derecho privado, para cuya intervención no tiene poder.

“Las funciones que tiene el Gobierno para ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y los reglamentos de las empresas de transportes se ejercen en el campo propio del servicio público, pero no lo autorizan para invadir el desarrollo del negocio, regulado por normas de derecho privado. La separación de gestiones es una limitación del ejercicio de profesiones u oficios. Por esto, igualmente se viola el artículo 39, inciso primero, de la Constitución. El artículo 64 de la Resolución número 120 de 1945 viola los artículos 39 y 32 de la Constitución.

“XI) El mandato, por otra parte, es un contrato que no está limitado en su ejercicio. Se puede ser gestor de uno o más negocios por cuenta de tercera persona, dice el artículo 2142 del C. Civil. La ley no prohíbe ser comisionista de transporte y agente de aduana, formas ambas de mandato. Ni una ni otra forma de mandato son incompatibles. Por esta razón, el artículo 64 de la Resolución viola el Tít. 28 del Lib. 4 del C. Civil.

“XII) ‘El comisionista de transportes para cumplir la comisión necesita de portadores o conductores de mercancías, ante los cuales debe estar en relación y trato permanente. La ley mercantil lo considera con derechos y obligaciones semejantes a las del propio transportador, según se desprende del artículo 434 del Código de Comercio, que preceptúa que las disposiciones contenidas en el Título V del Libro 2º de este Estatuto obligan también a dicho comisionista’. (G. Judicial, número 2006, pág. 13).

La facultad que tiene el Estado para intervenir en la vigilancia de la revisión y fiscalización de tarifas y en los reglamentos de las empresas de transportes, no lo autorizan para prohibir formas de contratación, mediante una resolución, que están amparadas en la ley.

“Prohibir el contrato de afiliación o contrato de asociación es violar el inciso 1º del artículo 39 de la Constitución, pues es limitar la libertad para escoger oficio o profesión, y, también quebrantar el artículo 44 de la misma. Y es, igualmente, desarrollar la forma de intervención prevista en el artículo 32 de la Constitución, sin estar autorizado para ello. El artículo 75 de la Resolución es violatorio de los artículos 32, 39 y 44 de la Constitución.

“XIII) Y, la misma Corte Suprema en el fallo tantas veces transcrito declara: “Según la definición del artículo 425 del mismo Código

Mercantil, *comisionista de transporte* es aquel que, en su propio nombre, pero por cuenta ajena, trata con el porteador la conducción de mercadería de un lugar a otro. Si la ley quiere proteger al público contra la arbitrariedad y el abuso de los transportadores, vigilando de cerca las tarifas y reglamentos, es natural que extienda esa protección hasta comprender la función de los comisionistas de transportes, a quienes el público que los ocupa entrega sus cargamentos para que los hagan mover en la forma adecuada" (pág. 13). En estos conceptos, deja la Corte Suprema determinado lo que a su recto juicio debe entenderse y se ha entendido como intervención del Estado en la industria del transporte, para revisar y fiscalizar tarifas y reglamentos de empresas dedicadas a ella.

"Una prohibición como la que se contiene en el artículo 75 de la Resolución acusada viola los artículos 425 a 434, 260, 270 y 275 del C. de Comercio.

"XIV) La facultad mediante la cual el Gobierno puede ordenar la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de empresas de transportes, no lo autoriza para modificar la personalidad social. Esto mira al campo del derecho privado, y aquello mira al campo del servicio público, en donde sí puede desarrollarse la intervención estatal. Por esta razón los artículos 72, 73 y 74 de la Resolución acusada violan los artículos 32 y 39 de la Constitución.

"XV) Las consecuencias de la personalidad de una sociedad durante su existencia, según lo apuntan con mucha razón los profesores Colin y Capitant, son: a) los bienes aportados a una sociedad no están divididos entre los asociados, sino que forman un patrimonio distinto del de cada uno de éstos y pertenecen al ser moral; de ahí que los bienes sociales son prenda exclusiva de los acreedores de la sociedad; b) la sociedad está representada por sus gerentes y administradores, y c) la sociedad es capaz de adquirir todos los derechos del patrimonio. Estas tres consecuencias surgen y son indiscutibles en el derecho colombiano como en el francés, al tenor de los artículos 2087, 2097, 2105 y 2108 del Código Civil y 493, 517 y 518 del C. de Comercio colombianos". (G. Judicial, número 1933. T. XLVI, marzo 3/38).

"Fijar condiciones y requisitos que dicen relación a la personalidad de las sociedades durante su existencia social, función propia del derecho privado, cuando de lo que se trata es de revisar y fiscalizar tarifas, y reglamentos de empresas dedicadas a la prestación de un servicio público como el de transportes, es extralimitar las funciones.

"Por esta razón, los artículos 72, 73 y 74 de la Resolución acusada con (sic) son violatorios de los artículos 2087, 2097, 2105 y 2108 del C. Civil y 493, 517 y 518 del C. de Comercio.

"XVI) La Dirección de Transportes y Tarifas, al dictar los artículos 64, 75, 72, 73 y 74 de la Resolución número 120 de 1945, ha excedido con mucho la facultad de reglamentación".

La suspensión provisional de las disposiciones acusadas que se solicitó en el libelo, aun cuando fue decretada por el Consejero sustanciador, se denegó por la Sala, a donde fue el negocio en virtud de recurso de súplica.

El negocio ha soportado la tramitación de rigor y se procede a decidirlo, no sin advertir que el Fiscal de la Corporación conceptúa y pide un fallo adverso a las peticiones de la demanda.

El problema que ahora se plantea no es nuevo para el Consejo de Estado. Ya el doctor Ernesto Ruiz Manrique y el señor Eduardo Noguera S. habían demandado ante esta misma Corporación la nulidad, tanto del Decreto 2313, como la de la Resolución 120. El Consejo no se pronunció en el fondo respecto del Decreto por considerar que escapaba a su jurisdicción, para entrar en la de la Corte Suprema de Justicia, pero sí decidió que la Resolución 120 no está afectada de nulidad, ni en su totalidad, como lo sostenían los entonces demandantes, ni particularmente en las disposiciones que expresamente acusaron en subsidio. En estas condiciones bien pudiera decirse que está probada la excepción perentoria de cosa juzgada, sin necesidad de considerar los argumentos del actual demandante. Sin embargo, quiere el Consejo, luego de repetir lo que ya dijo en la sentencia de 29 de mayo último que resolvió aquella demanda, hacer un somero análisis de las disposiciones acusadas por el doctor Cabrera Moreno.

No desconoce el Consejo la gravedad e importancia que tiene el problema de los transportes en la economía nacional y se ha dado cuenta de las encendidas polémicas que ha suscitado en la opinión pública y en el gremio de transportadores, en especial, tan delicada cuestión, pero conviene repetir que su misión no es la de juzgar de la conveniencia o inconveniencia de los actos administrativos, sino únicamente la de decidir sobre su constitucionalidad o legalidad. Si el Congreso, en uso de una expresa facultad constitucional, inviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias y en virtud de ellas, y dentro de sus precisos límites, el Gobierno expide disposiciones desacertadas o inconvenientes, la responsabilidad y la culpa serán del Congreso y del Gobierno y no del Consejo de Estado, que como tribunal de derecho, no tiene la dirección de los negocios públicos, sino únicamente el control de constitucionalidad o legalidad. Por eso en la ameritada sentencia de 29 de mayo esta Corporación sintetizó así su pensamiento:

“En resumen, la ley 7ª de 1943 revistió al Presidente de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1943, autorizándolo expresamente para reorganizar la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. En desarrollo de esa ley el Gobierno dictó el decreto número 2313 de 1943, por medio del cual se fijan y amplían las funciones de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. El control constitucional de este decreto no cae dentro de las atribuciones del Consejo de Estado. En desarrollo de este decreto se expidió la resolución número 120, que se acomoda al decreto.

“Entre estos tres ordenamientos existe, pues, un encadenamiento y subordinación perfectos, que arrancan del Parlamento para terminar dentro de las facultades administrativas de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. La Resolución 120, pues, descansa en el decreto de carácter extraordinario número 2313 y a su turno este decreto encuentra claro apoyo en la ley 7ª de 1943. En consecuencia, la resolución acusada no puede tacharse de ilegal, ni de inconstitucional.

“En la práctica, como lo anota el demandante, la resolución puede ofrecer dificultades en su aplicación, y aún adolecer de inconvenientes para los transportes, pero el Consejo sólo puede situarse dentro de la legalidad, no dentro de la conveniencia o inconveniencia de los actos. Seguramente, la misma Dirección de Transportes y Tarifas irá corri-

giendo los defectos que la ejecución de sus mandatos ponga de manifiesto”.

Los principales ataques que se han formulado contra la resolución 120 consisten en que con ella se violan los principios constitucionales que garantizan la libertad de industria y las disposiciones de los Códigos Civil y Comercial que reglamentan los contratos de transportes. También el Consejo, en la sentencia ya citada, expuso su parecer sobre estos tópicos, cuando dijo:

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

Y es que aún en los contratos que pueden considerarse exclusivamente de derecho privado a veces se observan intervenciones del Estado en consideración a que el derecho está destinado a actuar en sociedad y siempre se advierte un interés colectivo encaminado a que se aplique rectamente. En efecto, nada tan de derecho privado como el contrato de compraventa entre particulares, y sin embargo, ¿no es la institución de la rescisión por lesión enorme una intervención del Estado por medio de sus Jueces en este contrato? Y esta clase de intervenciones son viejas como el mundo.

Igualmente, en la sentencia tantas veces citada se hizo un análisis de conjunto de la resolución 120 para llegar a la conclusión de que no tropieza con normas de carácter superior. Se dijo entonces:

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

“*Capítulo I.* En este capítulo se limitó la Dirección Nacional de Transportes a dar algunas definiciones del ‘Servicio Público de Transportes’, ‘De la empresa de transportes automotor’, etc. Dispone que para explotar la industria de transportes se necesita ‘previa autorización de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas’. Todo esto encaja dentro de las facultades que el decreto concedió a la Dirección de Transpor-

tes. Llama la atención el inciso d) del artículo 3º que dice: 'Cualquiera que sea su forma de organización, toda empresa deberá tener para la explotación de la industria un mínimo de diez vehículos'. Pudiera objetarse que esta disposición quebranta el principio de la libertad de industria consagrada en la superley. Pero ello no es así. Tan sólo se imponen condiciones para el ejercicio o explotación de la industria, condiciones que miran al interés de los asociados y que tienen un innegable interés práctico. Sería gravemente perjudicial que un transportador no pudiera reemplazar el vehículo que sufra una avería, con la consiguiente demora en los itinerarios de salida y llegada, tanto en el transporte de carga como en el de pasajeros. El que quiera dedicarse a esta industria tiene que tener necesariamente la capacidad económica para prestar un servicio que llene sus finalidades sociales. La previa autorización que se exige encaja dentro del decreto y tiene también una explicable finalidad.

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

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

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

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

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

Procede ahora estudiar someramente, uno a uno, los artículos acusados por el doctor Cabrera Moreno.

Artículo 64. Reza: "Las empresas transportadoras limitarán su actividad al contrato de transporte, y por tanto, no pueden constituirse en comisionistas de compra y venta, ni por su propia cuenta ni por la de otros. A su vez los comisionistas de transportes y agentes de aduana desarrollarán sus actividades separadamente de la conducción o transporte propiamente dicho".

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

Cree el demandante que la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas no está facultada para establecer incompatibilidades que la ley no

ha establecido y que al proceder como procedió varias disposiciones de la Constitución y de la ley quedaron seriamente quebrantadas.

La incompatibilidad puede ser expresa o explícita cuando la establece la ley, pero puede ser también tácita o implícita en el caso de que el ejercicio de dos actividades generen o puedan generar intereses encontrados. En este último caso, aun cuando no haya expresa disposición que lo prohíba, el ejercicio de las dos actividades a la vez resulta ilícito. Muchos ejemplos pudieran citarse de incompatibilidades de ejercicio y que la ley, so pena de incurrir en casuismo, no podría contemplar para prohibirlas una a una. Ahora bien, la explotación del negocio de transportes para el público es evidente que puede resultar incompatible con el oficio de comisionista de compra y venta o con el de agente de aduana. Para comprobarlo, es suficiente reproducir aquí lo que sobró el particular dice el señor Fiscal:

“La Dirección Nacional de Transportes y Tarifas tuvo como razón para incluir en la Resolución 120 de 1945 el artículo 64, el grave perjuicio que a la economía del país se le causa con el hecho de que los transportadores se conviertan en agentes de compra de los productos. Ellos, que debieran estar prontos a transportar las mercaderías a los centros de producción, se niegan a hacerlo proponiendo compra; ante la imposibilidad del productor para transportarlos, no tiene otra alternativa que la de venderlos al precio que el transportador propone. Esto no es una mera posibilidad sino una realidad de diaria ocurrencia. Lo propio acontece cuando es agente de ventas, ya que siempre preferirá transportar su propia carga, dejando la del público por tiempo considerable en las bodegas, con miras muchas veces a desalojar por este medio la competencia que el comerciante puede hacer a los productos que él como transportador y comerciante ha llevado. Este proceder, además de los perjuicios que causa al productor, al comerciante y a la eficacia en el transporte público, fomenta la actividad monopolista o acaparadora. Solamente quien est  en capacidad de transportar podrá adquirir al por mayor los productos para llevarlos a los centros de consumo.

“Tampoco el comisionista de transportes debe ser transportador, ya que como comisionista es un mandatario que representa los intereses del público, intereses que son incompatibles con los de transportador de la misma carga que se le ha entregado para que contrate su conducción. El comisionista de transportes transportador se ve pr cisado a representar intereses incompatibles, lo que est  prohibido por el artículo 375 del Código de Comercio. Ya en el Decreto 985-bis de 1927 se subray  por el Gobierno la inconveniencia de que las dos actividades anduvieran juntas y se afirma “Que son incompatibles los intereses del público embarcador y de las empresas públicas de transportes”.

“La actividad del comisionista de transportes est  definida para ser desarrollada separadamente. Por eso estatuye en el artículo 425 del Código de Comercio: “Comisionista de transportes es aquel que, en su propio nombre, pero por cuenta ajena, trata con un porteador la conducción de mecader as de un lugar a otro”. Con base en este artículo, que viene a reforzar los anteriores argumentos, puede concluirse que deben ser dos personas distintas el comisionista de transporte y el transportador o porteador.

“Al prohibir a las empresas de transporte dedicarse al negocio de las comisiones, no se les está colocando en una situación imprevista e

ilegal, pues ellas por virtud del artículo 318 del Código de Comercio están sujetas al reglamento que el Gobierno dicte "para regularizar el ejercicio de su industria". Dice el artículo citado: "Las disposiciones de este Título son aplicables a los empresarios públicos de conducciones. Ellos están, además, sujetos a los reglamentos que se dictaren para regularizar el ejercicio de su industria, determinar sus relaciones con el Gobierno y los particulares, evitar los accidentes que comprometan la vida de los pasajeros y consultar la conservación de los caminos públicos". Los comisionistas de transporte también están sometidos a esta disposición por cuanto el artículo 434 del Código de Comercio hace obligatorias las reglas del Título 5º del libro 2º del mismo Código a ellos, en los siguientes términos: "Las disposiciones contenidas en el Título 5º de este libro son obligatorias a los comisionistas de transporte, y a los asentistas en una operación particular y determinada, aunque no verifiquen por sí mismos la conducción de mercaderías".

Y la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas no procedió inopinadamente al establecer la incompatibilidad de que se viene hablando. El señor Fiscal trajo a los autos copia auténtica de la siguiente resolución del Congreso Nacional de Comerciantes en que se solicita del Gobierno una disposición que establezca la incompatibilidad dicha, en estos términos:

"El III Congreso Nacional de Comerciantes, Considerando:

"1º Que algunas casas que se ocupan en el negocio de agentes de aduana y comisionistas de transportes, son al mismo tiempo empresarios de camiones y se ocupan igualmente de compra y venta de mercancía por su propia cuenta, por sí o por interpuestas personas;

"2º Que por la posición favorable que ellas ocupan como transportadores y debido, además, a su contacto con las aduanas, empresas de transporte, etc., quedan en condiciones privilegiadas para llevar adelante su negocio de mercancías con ventajas sobre los comerciantes que se dedican (sic) exclusivamente a tal negocio;

"3º Que esa misma interferencia de dichas casas en negocios extraños al objeto para el cual han sido creadas, constituyen una competencia desleal para el comercio en general, y especialmente para los clientes que las ocupan, puesto que se imponen de la naturaleza y clase de sus importaciones, y aun puede llegar el caso, como ha sucedido, de que les retarden la llegada de sus cargamentos, por tener ellas en camino mercancía suya de igual naturaleza, que desean aprovechar para vender sin competencia a precios favorables reinantes, *Resuelve:*

"1º Solicitar de los señores Ministros de Obras Públicas y de la Economía Nacional que, en defensa de los intereses legítimos del comercio, legislen en el sentido de prohibir esta incompatibilidad por la deslealtad que entraña, y establecer los apremios que crean convenientes a los que violen las disposiciones que se dicten, fijando entre ellos el de la pérdida de las patentes de comisionistas y agentes de aduana.

"2º Que se dicten asimismo normas legales que establezcan la incompatibilidad para que agentes de aduana y comisionistas actúen al propio tiempo como empresarios de transportes, ya que estas últimas actividades se consideran por la ley como de servicio público y la dualidad, anotada, no sólo no es conveniente, sino que puede constituir una competencia desleal para con los demás agentes de aduana y comisionis-

tas, prestándose también para la violación de las tarifas de fletes y comisiones fijadas o aprobadas por el Gobierno Nacional, y

“3º Advertir al comercio del país sobre los hechos mencionados en los considerandos de esta resolución, para que los tome en consideración y pueda asegurarse de que el manejo de sus cargamentos esté confiado siempre a casas serias y responsables que no especulen por su propia cuenta en el negocio de compra y venta de mercancía por sí o por interpuesta persona”.

Por lo demás, la disposición contenida en el artículo 64 que se estudia cabe perfectamente dentro de las funciones que a la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas otorgó el Decreto extraordinario número 2313, dada la amplitud de sus términos y conviene repetir que dicho decreto no está *sub judice* ni puede estarlo ante el Consejo de Estado. Para convencerse de ello basta transcribir estas tres disposiciones del Decreto:

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

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

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

“Artículo 6º Las resoluciones que dicten la Dirección Nacional y las Direcciones Seccionales de Transportes y Tarifas en ejercicio de sus atribuciones, son de obligatorio cumplimiento”.

“Artículo 72. Los socios contratantes que pongan sus vehículos bajo el control de la empresa deberán tener en la Sociedad empresaria un interés social representado en acciones por valor no menor de trescientos pesos (\$ 300.00), los que podrán ser pagados por cuotas.

“Parágrafo 1º La Dirección y las Seccionales de Transportes y Tarifas cancelarán el permiso para prestar el servicio público de transportes a los vehículos que por razón de traspasos, enajenaciones, cesiones, etc., pasen a ser de personas no accionistas de la Sociedad o Cooperativa bajo cuyo control estén los vehículos.

“Parágrafo 2º Las Direcciones Seccionales en cuya jurisdicción estén matriculados y empadronados los vehículos se abstendrán de autorizar los traspasos o enajenaciones de aquellos que estén bajo control de una empresa en virtud de contratos cuyo término no se haya vencido, a menos que el nuevo propietario se subrogue en las obligaciones y derechos del vendedor y que la empresa consienta en ello”.

Para el demandante esta disposición modifica el régimen de los contratos y quebranta los artículos 32 y 39 de la Carta.

Habida consideración de las disposiciones del Decreto 2313 ya transcritas la Dirección General de Transportes y Tarifas no excedió sus atribuciones al dictar el artículo 72. No es que se quebrante el principio constitucional de la libertad de industria con las limitaciones que para

ejercerla exige el artículo acusado. No prohíbe, ni puede prohibir la Resolución 120 el ejercicio de la industria de transportes. Unicamente impone algunas limitaciones y formalidades en guarda de los derechos de los asociados que acuden a los servicios de las empresas de conducción. Por lo demás, el argumento de que se modifica el régimen de los contratos prueba demasiado y por consiguiente, nada prueba, desde luego que toda intervención del Estado implica una limitación a la voluntad contractual.

“Artículo 73. Los contratos de vehículos de propiedad de los socios puestos bajo el control de la empresa, necesitan para su validez de aprobación por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas”.

Si, como se ha demostrado, la Dirección de Transportes y Tarifas, con base en el Decreto extraordinario 2313, está facultada para exigir algunos requisitos a quienes se dediquen a la explotación del negocio, la aprobación que debe darse al tenor del artículo 73, es apenas consecuencia lógica de la intervención. Esa aprobación implica la seguridad de que se han cumplido los requisitos.

“Artículo 74. Los contratos a que se refiere el artículo anterior deberán contemplar en sus estipulaciones las siguientes materias principales: plazo: no podrá ser menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años; sin embargo, si para expirar la licencia de funcionamiento concedida a la empresa restare un lapso inferior al mínimo fijado, se podrá pactar por sólo este tiempo. Precio: será el que estipulen las partes, sobre el producido bruto del vehículo determinándolo en porcentajes para el socio propietario y para la empresa; este último porcentaje debe ser el suficiente para cubrir los gastos de administración; indemnizaciones provenientes del contrato de transportes, fondos de reserva, etc. En el contrato puede estipularse, a voluntad de las partes, que el socio deje, además, un porcentaje especial para la renovación de su vehículo, del cual se llevará cuenta separada. Obligaciones y responsabilidades: se consignarán claramente las a cargo de la empresa con respecto al socio propietario del vehículo, a sus trabajadores y al público; igualmente las a cargo del socio dueño del carro con respecto a la empresa, a sus trabajadores y al público.

“Parágrafo 1º Al vencimiento del término del contrato la empresa estará obligada a renovarlo en las mejores condiciones generales ofrecidas a los demás socios propietarios de vehículos puestos bajo el control de la empresa, siempre que el interesado así lo desee y lo manifieste con quince (15) días de anticipación por lo menos.

“Parágrafo 2º Los contratos deberán ser estampillados en la Administración de Hacienda Nacional correspondiente, y las firmas de los contratantes reconocidas ante Juez o Notario”.

Lo dicho hasta aquí convence de que los requisitos que exige el artículo que se comenta no exceden las facultades que a la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas otorgó el Decreto 2313, basado a su turno en la ley 7ª de 1943.

“Artículo 75. El sistema de organización de empresas de transporte automotor con afiliados que se ha venido usando, queda prohibido”.

Para el actor esta prohibición viola las disposiciones contenidas en los artículos 425 a 434, 260, 270 y 275 del Código de Comercio Terrestre, lo mismo que los artículos 32, 39 y 44 de la Constitución.

Conforme al artículo 5º del Decreto 2313 que —se repite— no está *sub judice*, “El servicio público de transporte de carga y pasajeros no podrá prestarse en el territorio nacional, sino por personas naturales o jurídicas autorizadas para ello por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, previo el cumplimiento de las formalidades que para tal efecto se exijan”. Ahora bien, la misma Dirección de Transportes y Tarifas, mediante la resolución 120, y en disposiciones que no han sido demandadas por el doctor Cabrera Moreno exigió requisitos, tanto para las personas naturales que se dediquen a la industria de transportes como para las personas jurídicas que quieran explotar esta misma industria. Así el artículo 76 *ibidem*, dispone que para efectuar el servicio de transportes, el transportador debe estar constituido en empresa. La misma resolución, en disposiciones que tampoco han sido demandadas, exige determinados requisitos, tanto a las personas naturales, como a las personas jurídicas que quieran dedicarse a la explotación del negocio, todo con el propósito de asegurar la solvencia pecuniaria y moral del transportador. El artículo 75, que se estudia, es corolario de estas exigencias. En efecto, ha sido frecuente que se constituyan sociedades meramente nominales, sin solvencia pecuniaria alguna, por carecer de capital propio, con el objeto de explotar los transportes. En estas sociedades los llamados afiliados no aportan sus vehículos a la sociedad en dominio y propiedad, siguen siendo los dueños de ellos, de tal suerte que aun cuando el público aparentemente contrata con una sociedad, en realidad el responsable es el dueño del vehículo, que puede ser insolvente. El artículo 75 provee a que por medio del sistema de afiliados no se haga fraude a las disposiciones, no demandadas que exigen ciertos requisitos para dedicarse a la industria de transportes.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con su Fiscal, NIEGA* las peticiones de la demanda propuesta por el doctor Gerardo Cabrera Moreno sobre nulidad de los artículos 64, 72, 73, 74 y 75 de la Resolución número 120 de 11 de junio de 1945, dictada por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Rivadeneira G. — Tulio Enrique Tascón — Gonzalo Gaitán.
Jorge Lamus Girón — Gustavo A. Valbuena — Guillermo Hernández Rodríguez — Con salvamento de voto, Gabriel Carreño Mallarino — Luis E. García V., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GABRIEL CARREÑO MALLARINO

Salvo mi voto, respecto del fallo anterior, por las razones que aduje cuando se decidió la demanda de Eduardo Noguera Saa, y además, porque la innegable fuerza aparente de la argumentación en pro de mantener la incompatibilidad entre la comisión de aduanas y el transporte, desaparece si se acepta —como es lógico—, que es nulo el artículo que elimina la libertad del transporte y lo sujeta a licencias o permisos de la Dirección de Tarifas. Si hubiese libertad de transportes por las carreteras nacionales, tampoco habría aquella incompatibilidad con la llamada agencia de aduanas.

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

Bogotá, agosto 16 de 1946.



AUTORIDADES NACIONALES

Consejo de Estado — Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

El doctor Hernando Moreno M., abogado titulado e inscrito, mayor y de esta vecindad, hablando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, en demanda presentada en la Secretaría de esta Corporación, solicita que previos los trámites de rigor y con citación y audiencia del Ministerio Público, se declare nula la resolución número 751 de fecha 19 de agosto de 1946, proferida por el Superintendente Bancario, así como también los artículos 3º y 4º del Decreto ejecutivo 2421 de 19 de agosto de 1946, por medio del cual se aprobó la resolución de la Superintendencia. También solicitó la suspensión provisional.

El doctor Tulio Enrique Tascón se ha presentado como opositor a la demanda.

Dos cuestiones aparecen ya controvertidas, a saber: a) la admisión de la demanda, y b) la suspensión provisional de los actos acusados.

En orden a resolver, se considera:

Los actos demandados

Para la acertada comprensión de los problemas que deben resolverse conviene transcribir las disposiciones acusadas:

Resolución 751 de 19 de agosto de 1946—“Por la cual se dictan algunas medidas sobre crédito bancario. El Superintendente Bancario, en uso de sus facultades legales, *Resuelve*:

“Artículo 1º A partir de la fecha de la presente Resolución, el monto de los préstamos y descuentos que hagan los bancos comerciales no podrá sobrepasar para cada establecimiento, de los niveles que tengan en esta fecha aumentados hasta en un cinco por ciento (5%).

“2º Cuando el monto de los préstamos de un banco comercial ya autorizado sea inferior a dos veces el capital pagado y la reserva legal del establecimiento, éste podrá elevar dicha cuantía hasta este límite.

“Parágrafo. Cuando los compromisos adquiridos hagan sobrepasar los niveles indicados en los dos artículos anteriores, el banco reajustará su posición antes del 1º de octubre próximo.

“Artículo 3º Bajo las sanciones previstas en el artículo 48 de la ley 45 de 1923 los bancos no podrán conceder préstamos o facilidades de crédito que puedan fomentar el acaparamiento o la restricción del mercado de artículos de primera necesidad, materiales de construcción u otros implementos necesarios para el desarrollo económico del país, cualquiera que sea la garantía que repalde la obligación.

“Parágrafo 1º Los préstamos ya otorgados, bien sea directamente o por descuento de bonos de prenda expedidos por Almacenes Generales de Depósito, que se apartaren de lo indicado en este artículo no podrán ser prorrogados salvo concepto favorable de este Despacho.

“Parágrafo 2º Estas prohibiciones no comprenden la financiación normal de importaciones del comercio siempre que los artículos estén a la venta, para el público, a los precios fijados oficialmente o a falta de éstos a los precios corrientes del mercado.

“Artículo 4º En armonía con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 86 de la ley 45 de 1923 no serán descontables en el Banco de la República las obligaciones a favor de los bancos comerciales que en una

u otra forma puedan estimarse como renovación o prórroga por más de un año, a menos que estén destinadas a finalidades estrictamente económicas como las que se refieren a la agricultura, la ganadería, la industria, las edificaciones o la ejecución de obras de interés público, urbanas o rurales, y los préstamos a cooperativas, o de beneficio social como para la adquisición de casas de habitación para las clases media y obrera.

“Artículo 5º Los bancos comerciales podrán adquirir o descontar bonos u obligaciones de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, del Instituto Nacional de Abastecimientos, del Instituto de Crédito Territorial y del Instituto de Fomento Industrial, o hacer préstamos a estas entidades, previa aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin que dichas operaciones estén sujetas a las limitaciones señaladas en los artículos 1º y 2º de esta Resolución.

“Artículo 6º La Superintendencia no considerará como préstamos para finalidades económicas los que estén destinados a financiar compras de bienes raíces o de valores de bolsa, excepción hecha de los indicados en los dos artículos anteriores o en la ley.

“Artículo 7º La Superintendencia, con aprobación del Ministerio de Hacienda, modificará las líneas básicas de crédito señaladas en los artículos 1º y 2º de esta Resolución cuando se cumplan fenómenos de contracción inconveniente en los medios de pago.

“Artículo 8º Los bancos negarán toda operación de crédito a individuos o entidades que, a partir de esta fecha, sean sancionados por infracciones al control de precios.

“Artículo 9º Esta Resolución será sometida a la aprobación del Gobierno Nacional, y regirá desde la fecha”.

Decreto número 2421 de 19 de agosto de 1946.—“... El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones legales, *Decreta*: “...Artículo 3º Apruébase en todas sus partes la Resolución número 751 de la Superintendencia Bancaria, de esta misma fecha.

“Artículo 4º Las normas adoptadas en la Resolución de la Superintendencia Bancaria a que se refiere el artículo anterior y las del presente decreto, se mantendrán en vigencia mientras subsistan las circunstancias actuales y serán modificadas con el objeto de lograr los fines que con ella se persiguen, de acuerdo con las nuevas modalidades económicas que se presenten en el país”.

Admisión de la demanda

Desde luego, el libelo llena todos los requisitos extrínsecos que exigen, tanto las leyes de procedimiento contencioso administrativo, como las disposiciones del Código Judicial consignadas y puntualizadas en los artículos 205 y 737.

Pero el opositor a la demanda sostiene que ella no debe admitirse por “sustracción de materia”; “carencia de jurisdicción” y “carencia de acción”.

Brevemente, como compete al momento actual de la actuación, se estudiarán las razones del opositor en el mismo orden en que él las expone.

Sustracción de materia.—Sostiene el doctor Tascón que los actos acusados no están ya vigentes “porque fueron sustituidos por la resolución número 762 de 18 del mes en curso, dictada por la Superintendencia Bancaria y aprobada en la misma fecha por el Ministro de Hacienda

y Crédito Público". La resolución que invoca el opositor en su favor está así concebida:

"El Superintendente Bancario, en uso de sus facultades legales y en armonía con lo previsto en el artículo 4º del Decreto número 2421 de 19 de agosto de 1946, *Resuelve*:

"Artículo 1º Desde la fecha de la presente Resolución los bancos comerciales quedan facultados para elevar el monto de sus préstamos y descuentos hasta en un 30% sobre los niveles señalados en el artículo 1º de la Resolución número 751 de 19 de agosto de 1946.

"Artículo 2º Cuando el monto de los préstamos de un banco comercial ya autorizado sea inferior a cuatro veces el capital pagado y la reserva legal del establecimiento, éste podrá elevar dicha cuantía hasta este límite.

"Artículo 3º Sométase la presente resolución a la aprobación del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público".

"Comuníquese a los bancos y publíquese.

"Dada en Bogotá, a dieciocho (18) de octubre de mil novecientos cuarenta y seis (1946)—*Héctor José Vargas*".

Ciertamente, el Consejo de Estado, en repetidos fallos, ha sentado la jurisprudencia de que, tratándose de la acción de nulidad —antigua acción pública o ciudadana—, cuando el acto acusado deja de existir por virtud de otro medio distinto del de la anulación, la jurisdicción contencioso administrativa, por ausencia de materia *sub judice*, no encuentra sobre qué pronunciarse, porque lo que busca el actor con su acción se ha conseguido por otro camino. Pero esto lo ha sostenido el Consejo en la sentencia definitiva y no al calificar la demanda para efectos de su admisión. Para admitir una demanda basta que el libelo cumpla con los requisitos formales. Allá verá el demandante si obtiene la tramitación de un juicio que a la postre va a resultar baldío y carente de efectos jurídicos. En el estado actual el Consejo no puede examinar pruebas ni pronunciarse sobre el efecto que la resolución invocada por el doctor Tascón puede tener sobre la resolución demandada por el doctor Moreno. Ello será materia de la sentencia definitiva.

Carencia de jurisdicción.—Sostiene el doctor Tascón que los bancos no interpusieron los recursos concedidos por el artículo 73 de la ley 45 de 1923 contra la resolución acusada y que, por tanto, no se agotó la vía gubernativa para que se pueda ocurrir ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 en armonía con el 82 de la ley 167 de 1941.

El demandante ha ejercitado la acción de nulidad, seguramente porque considera los actos acusados como objetivos, impersonales, abstractos y de carácter general. Es decir, que no afectan a los bancos exclusivamente, sino al público en general. Y si así es—cosa que no se puede decidir ahora—, no hay lugar a procedimiento gubernativo propiamente dicho, porque este procedimiento solamente tiene lugar cuando la Administración define situaciones concretas, individuales o subjetivas. En estos casos el interesado debe interponer los recursos que la ley le brinda, para agotar la vía gubernativa y dejar expedita la contencioso administrativa. Nótese que en el caso de autos lo resuelto por la Superintendencia fue aprobado por medio de un decreto ejecutivo. La resolución y el decreto, pues, forman un todo armónico. El decreto hizo suya la resolución en forma que debe estimarse la medida como tomada por el decreto

y sabido es que contra los decretos de carácter general, emanados del Gobierno no hay recursos gubernativos. Unicamente procede la acción contencioso administrativa.

Carencia de acción.—Considera el doctor Tascón que la acción instaurada por el doctor Moreno correspondía ejercitarla a los bancos mediante la acción privada o de restablecimiento del derecho y como el demandante se ha presentado como simple ciudadano, en acción de nulidad, sin poder de las entidades bancarias, carece de personería para demandar, y en consecuencia, no se le debe admitir la demanda.

Para sustentar su tesis invoca el opositor a la demanda algunas sentencias de esta Corporación.

Si existe ilegitimidad de personería del demandante, esta personería es SUSTANTIVA y constituye una excepción perentoria que sólo podrá considerarse y resolverse en la sentencia de fondo y no en un simple auto de sustanciación, como es el admisorio de la demanda. En esa sentencia podrá estudiarse si los actos acusados deben considerarse como actos-condiciones que colocan a los bancos en una situación reglamentaria o por el contrario, no tienen ese carácter, sino el de disposiciones que afectan el patrimonio particular de los bancos.

Suspensión provisional

Ha dicho el Consejo en reiterada jurisprudencia que los actos administrativos comportan una presunción de legalidad y que para que puedan suspenderse provisionalmente se requiere que aparezca una contradicción clara, manifiesta, ostensible entre el acto acusado y las normas positivas de derecho, de jerarquía superior, que deban respetarse, pero que cuando para descubrir esa contradicción se requieren largos razonamientos y disquisiciones jurídicas, no puede decretarse la suspensión provisional, porque tales razonamientos encuentran su lugar adecuado únicamente en la sentencia definitiva.

El eje de la demanda descansa en la afirmación de que el Superintendente Bancario sólo tiene la *supervigilancia* o *inspección* de los establecimientos bancarios, pero no la *intervención* en la industria. Que el Superintendente, por sí y ante sí modificó disposiciones de la ley 45 de 1923 y que los actos acusados envuelven una clásica intervención del Superintendente y del Gobierno en la industria bancaria, intervención que sólo corresponde, conforme a la Constitución, al Congreso por medio de leyes.

Ciertamente, cuando se expidió la ley 45 de 1923 no estaba consagrada aún en la Constitución en forma expresa, como sí lo está hoy, la intervención del Estado en las industrias. Esta ley fue acusada ante la Corte Suprema de Justicia por inconstitucional, precisamente porque el acusador consideró que sus disposiciones envolvían una intervención en la industria, que la superley no autorizaba, pero la Corte, en sentencia muy conocida dio a los conceptos *vigilancia* e *inspección*, un amplio sentido, para concluir que las facultades otorgadas por dicha ley al Superintendente Bancario, como delegado del Presidente de la República, no contrariaban ni el espíritu ni la letra de la Carta.

En concepto del suscrito Consejero la industria bancaria está hoy intervenida por el Estado, como lo están todas las sociedades anónimas. No otra cosa predicán los múltiples requisitos que para su funcionamiento se exigen y las sanciones a que están sometidas. Lo demás es

juego de palabras. Y la razón de ello estriba en que por la naturaleza y funciones de los bancos y de las sociedades anónimas los intereses colectivos, que deben tutelarse, están de por medio.

Pero, ¿hasta dónde va esta intervención, vigilancia, inspección o como quiera llamársela? La cuestión implica numerosas faces, ya de orden jurídico, ya de orden económico, que no es posible, sin prejuizar, resolver en un simple auto de suspensión provisional. Las leyes se dictan para tiempos normales y saber hasta dónde alcanzan las facultades del Gobierno en épocas anormales como la presente, es cuestión de fondo que sólo puede resolverse en el fallo. En estas épocas anormales es cuando la jurisprudencia ha hecho sus mejores avances.

Lo anterior está diciendo que las importantes tesis largamente defendidas en la demanda deben reservarse para ser consideradas cuando hayan finalizado los trámites del juicio y las partes hayan tenido la plenitud del ataque y no ahora porque la actuación contrariando los principios más elementales del procedimiento, empezaría con la sentencia.

Por las razones expuestas, *se resuelve*:

1º Admítase la anterior demanda sobre declaración de nulidad de la Resolución número 791 de 19 de agosto último, proferida por el Superintendente Bancario, y del Decreto Ejecutivo número 2421 de la misma fecha, en sus artículos 3º y 4º, presentada por el doctor Hernando Moreno M.

2º Comuníquesele al Gobierno por conducto del Ministerio respectivo.

3º Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

4º Fíjese el negocio en lista por cinco días para los efectos del artículo 126 del C. C. A.

5º *Se niega* la suspensión provisional solicitada.

6º El doctor Tulio Enrique Tascón es parte en el juicio como opositor a la demanda.

Cópiese y notifíquese.

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

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán)

Consejo de Estado — Bogotá, veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Cuando se puso al servicio el puerto marítimo y fluvial de Barranquilla con las obras que la Nación había contratado con el señor Robert H. Parrish en representación de las casas “Compañía del Puerto y Terminal de Barranquilla, S. A.”, “Raymond Concre Pile Company” y “Winston Bros Company”, el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 672 de 18 de marzo de 1937, aprobó las tarifas que debían cobrarse por el servicio del puerto. Así, se estableció el “servicio de lancha” para las naves que descarguen en el fondeadero; los derechos de “faro y boyas”, el uso de “Bocas de Ceniza”. En cuanto a los “derechos de muellaje” se estableció diferencia de tasas entre las naves marítimas y las fluviales. Respecto de las marítimas se dispuso: “*Derechos de muellaje para las naves marítimas.*—Todos los vapores que carguen o descarguen carga, correo o pasajeros en el puerto de Barranquilla, atracados al muelle del terminal o anclados en el fondeadero en la zona del terminal, pagarán derecho de muellaje en la siguiente forma: tres “cents” por cada tonelada neta de registro por las primeras 24 horas o fracción y .005 de un dólar por cada tonelada de registro por cada período de 4 horas o fracción subsiguiente, pero en ningún caso excederán estos derechos de 100 dólares por día, con un mínimo de 15 dólares por día o fracción de día.

Los barcos de vela, con excepción de los de cabotaje, pagarán derechos de muellaje por cada 24 horas o fracción, como sigue:

Si son de menos de 50 toneladas de registro 5.00 dólares.

Si son de más de 50 y menos de 100 toneladas de registro, 7.50 Dls.

Si son de más de 100 y menos de 150 toneladas de registro, 10 Dls.

Si son de más de 150 y menos de 200 toneladas de registro, 15 Dls.

Por cada 50 toneladas de registro adicionales, se cobrarán 2.50 Dls.

Estos derechos de muellaje comenzarán a contarse desde el momento en que los cables de las naves sean amarrados al muelle y continuarán hasta que se suelten. En los casos en que las naves carguen o descarguen en el fondeadero, los derechos de muellaje principiarán desde que se empiece a cargar o a descargar la carga y continuará hasta que se termine el trabajo”.

Cuanto a las naves fluviales y de cabotaje se estableció: “*Derechos de muellaje para las naves fluviales y de cabotaje.*—Los buques fluviales, los de cabotaje, y los bongos o planchones pagarán derechos de muellaje como sigue: por las primeras 24 horas o fracción, 10 pesos por unidad; y 2 pesos por cada hora subsiguiente. Esta tasa comenzará a correr desde el momento en que la unidad atraque para el cargue o descargue”.

Las naves marítimas hacen uso del muelle marginal y del fondeadero para sus operaciones de cargue y descargue, no así las fluviales que sólo utilizan para estas mismas operaciones las dársenas, o lagos artificiales que en la actualidad carecen de muelles.

El no uso del muelle marginal por las naves fluviales fue motivo para que las compañías de navegación del río se rebelaran contra el pago de los derechos a que se refiere la parte del decreto atrás copiada y luego de varias conferencias y reclamos de parte de los navieros, y por circunstancias que más adelante se analizarán, desde el año de 1939 hasta

la expedición del decreto 2339 de 29 de septiembre de 1944, solamente se cobró por cada unidad fluvial la suma de diez pesos (\$ 10.00) por las primeras 24 horas o fracción que permanecieran en el puerto, pero se dejó de cobrar la suma de dos pesos (\$ 2.00) por cada hora subsiguiente a que se refería el decreto 672 ya transcrito en la parte pertinente.

Así las cosas, el doctor Arcesio López Narváez, mayor y de esta vecindad, y luego de celebrar y perfeccionar el contrato correspondiente con el Gobierno, denunció como bien oculto de la Nación el derecho a cobrar esos dos pesos (\$ 2.00) por cada hora subsiguiente a las primeras 24, y por unidad, o sea el crédito, que en concepto del denunciante resulta a favor de la Nación y a cargo de las compañías de navegación fluvial que actúan en el río Magdalena, por esta causa. A propósito se expresa así el doctor López Narváez en el memorial en que formuló el denuncia:

“V. *El bien oculto*.—Es el caso que, desde una fecha que no estoy en capacidad de precisar, pero que casi seguramente fue un día del mes de enero de 1940, la Compañía Administradora del Terminal de Barranquilla suspendió el cobro y, consiguientemente, las empresas navieras dejaron, sin razón alguna, de hacer el pago respectivo— de la parte de la tarifa correspondiente al tiempo posterior a las primeras 24 horas de permanencia en los muelles de las embarcaciones fluviales; o sea aquella parte de la tarifa de muelle del Decreto número 672 que acabo de insertar, y que se expresa así: “.....; y dos pesos por cada hora subsiguiente”.

“Esa parte de la tarifa no volvió a pagarse desde entonces, ni se está percibiendo en la actualidad, a pesar de que no existe disposición válida alguna que haya reformado, suspendido, derogado ni aplazado la vigencia de la correspondiente disposición del Decreto N° 672 de 1937.

“Durante todo este tiempo las embarcaciones fluviales han venido haciendo uso continuo de los servicios de muelle del Terminal, en todo caso por más de un día a partir del atraque, limitándose a pagar solamente los \$ 10.00 correspondientes a las primeras veinticuatro horas, o sea la primera parte de la tarifa.

“Este estado de cosas, que se produjo durante la administración delegada de la Empresa por la Compañía Constructora, continuó al pasar el Terminal a la administración y explotación directas del Gobierno, y se mantiene en la actualidad, pues no se ha tomado hasta ahora providencia administrativa alguna encaminada a obtener el pago completo de esos derechos fiscales. De consiguiente, esa omisión ha producido y está produciendo la ocultación de un bien que ha debido y debe ingresar al patrimonio nacional, y que tenía la destinación especial de amortizar una deuda del Estado, la cual no se cumplió en su debida forma”.

El Ministerio de Obras Públicas, por impedimento del de Minas y Petróleos, y previo el concepto favorable del Procurador General de la Nación y del Abogado de la Presidencia de la República, dictó la Resolución de 24 de marzo de 1945, cuya parte dispositiva reza:

“Por lo expuesto, el Ministerio de Obras Públicas, oído el señor Procurador General de la Nación y de acuerdo con el concepto, *Resuelve*:

“*Primero*. Declarar que es bien oculto del Estado el denunciado en estas diligencias por Arcesio López Narváez, consistente en las sumas que han dejado de pagar por derechos de muellaje en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla a la Nación las empresas de navegación

fluvial del río Magdalena que han hecho uso del Terminal desde el mes de junio de 1939 en adelante hasta el 29 de septiembre de 1944, fecha de expedición del Decreto 2339, por el tiempo que excediera de las primeras veinticuatro (24) horas contadas a partir del amarre o atraque de sus embarcaciones en los muelles del Terminal, incluyendo los recargos a que hubiere lugar por el no pago oportuno de esos derechos.

“Segundo. Declarar que las acciones indicadas por el denunciante son procedentes.

“Tercero. Investir al denunciante de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos de la Nación, para lo cual se le otorgará el poder correspondiente. En ejercicio de este poder el denunciante gozará de los privilegios que las leyes reconocen a la Nación cuando litiga...”.

Esta resolución fue demandada por el doctor Eduardo Serna R., abogado titulado e inscrito, mayor y de esta vecindad, quien obra como apoderado de las compañías “Naviera Colombiana, S. A.”, “Empresa de Vapores Julio Montes, S. A.” y “Empresa de Navegación Marváquez, Limitada”.

He aquí la parte petitoria del libelo:

“En desempeño del mandato y obrando en nombre de las Compañías que he enunciado, solicito de esa alta Corporación se declare la nulidad de la Resolución del Ministerio de Obras Públicas —Dirección General de Navegación y Puertos— de 24 de marzo de 1945, por la cual se declaró “que es bien oculto del Estado el denunciado en estas diligencias por Arcesio López Narváez, consistente en las sumas que han dejado de pagar por derechos de muellaje en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla a la Nación las empresas de navegación fluvial del río Magdalena que han hecho uso del Terminal desde el mes de junio de 1939 en adelante hasta el 29 de septiembre de 1944, fecha de expedición del Decreto 2339, por el tiempo que excediera de las primeras veinticuatro horas contadas a partir del amarre o atraque de sus embarcaciones en los muelles del Terminal, incluyendo los recargos a que hubiere lugar por el no pago oportuno de esos derechos”, declaración de nulidad que debe hacerse junto con la de que no son bienes ocultos las cosas a que se refiere la resolución mencionada, como también lo pido.

“Al Honorable Consejo de Estado, pido, además, que restablezca en su derecho a las compañías demandantes, lo que debe hacerse expresando claramente que el Decreto número 672 de 18 de marzo de 1937 no las obligaba en el caso de no ocupar el muelle marítimo para cargar y descargar, como efectivamente *no lo ocuparon* y que la orden que dio el Ministro de Obras Públicas, doctor Abel Cruz Santos en junio de 1939, para no cobrar sino diez pesos (§ 10.00) de acuerdo con la consulta de la Junta del Terminal Marítimo y con el convenio de las empresas navieras, era lo aplicable hasta que se expidió el Decreto 2339 de 29 de septiembre de 1944, por el cual se fija la tarifa de muelle, uso de las dársenas y atracaderos en el Puerto y Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, para los buques fluviales y de cabotaje y para otras embarcaciones”.

Los hechos fundamentales de la acción los expone así en el libelo:

“Primero. El Ministerio de Obras Públicas, debidamente autorizado por el señor Presidente de la República y con el lleno de todas las formalidades legales, celebró con Robert H. Parrish, representante de varias compañías, un contrato por el cual se modificó el celebrado para

la ejecución de las obras de canalización de las Bocas de Ceniza y construcción de un puerto marítimo y fluvial en la ciudad de Barranquilla.

"La escritura número 1954 de 20 de noviembre de 1933, de la Notaría Tercera de Bogotá y publicada en el *Diario Oficial* número 22.450 de 29 de noviembre de 1933, contiene el contrato sobre construcción de un puerto provisional, marítimo y fluvial, en la ciudad de Barranquilla. Este contrato fue modificado por el celebrado el 11 de octubre de 1915, elevado a escritura pública bajo el número 1849 de la Notaría Tercera de Bogotá, el 13 de noviembre de 1935 y publicado en el *Diario Oficial* número 23.056 de 10 de diciembre del mismo año.

"Entre las estipulaciones principales de este último contrato está la de que las obras que han de construirse 'comprenden, en general, la construcción de un terminal marítimo y fluvial definitivo en la ribera occidental del río Magdalena, frente a Barranquilla, y no provisional (cuáusula 41 de la escritura).

Entre los anexos que forman parte integrante del contrato mismo se encuentran el anexo E. que reemplaza al anexo B., sobre ejecución de las obras de canalización de Bocas de Ceniza y construcción del puerto provisional, marítimo y fluvial de Barranquilla, en el cual se lee: A. Condiciones generales. 1. Obras incluidas en estas especificaciones: Las obras aquí descritas comprenden en general la construcción de un terminal marítimo y fluvial provisional (sic) en la ribera occidental del río Magdalena, frente a Barranquilla, y que consistirá en un malecón relleno y en embarcadero marginal, el cual se construirá en el río, a lo largo del costado del malecón, y estará conectado al mismo; dos bodegas; una dársena para los barcos fluviales al costado occidental del malecón, la pavimentación necesaria, boyas, obras de pilotaje, servicio de agua, instalación eléctrica completa, equipo para el manejo de carga y demás otros accesorios'.

"La letra e) del anexo E. dice: 'Muelle marginal. El muelle marginal será construido de concreto reforzado, del tipo de tablestacado continuo por el frente y pilotes interiores para soportar la plataforma. Tendrá trescientos metros (300) de longitud y diez metros (10) trescientos doce milímetros de ancho (10,312).

'La plataforma tendrá la resistencia suficiente para soportar una carga viva de dos mil cuatrocientos cuarenta kilogramos por metro cuadrado. La plataforma se construirá de concreto reforzado, de un espesor mínimo de diez y seis y medio (16,5) centímetros y estará soportada por vigas de concreto reforzado, cuyas dimensiones serán determinadas para soportar, además de su propio peso, la carga viva arriba indicada'.

"La letra L) habla de las luces para la navegación y boyas y dice: 'Para la seguridad de las embarcaciones marítimas que entren o salgan del puerto se instalará, en o cerca del extremo del tajamar occidental una luz fija con un alcance no menor de ocho millas marítimas hacia el mar...'

"Para señalar el canal navegable desde la entrada de Bocas de Ceniza hasta el terminal se colocarán veintiuna (21) boyas de forina de copa, pintadas de negro y trece (13) boyas de cilindro pintadas de rojo. Estas boyas se colocarán en los sitios que se acuerden con los ingenieros supervigilantes, con el objeto de asegurar la mejor protección a la

navegación, tanto de entrada como de salida del puerto; se espaciarán una de otra un (1) kilómetro aproximadamente.

“En la letra M) del anexo citado se provee (sic) para ‘un servicio económico y rápido para el desembarque, almacenaje, arrumaje y embarque de la carga’, equipo que ‘será en general de la misma clase empleada en los servicios de muelle en Cristóbal’, y que se especifica en los grupos uno a ocho de dicha letra.

Y, fuera de lo anterior, el contrato contempla todas las demás obras que sean necesarias para que el muelle pueda prestar un verdadero servicio, como lo referente a básculas, garage para las carretillas eléctricas, cercas, retretes de trabajadores, bodegas, red eléctrica, abastecimiento de agua.

“Las obras descritas constituyen el servicio del muelle marítimo para embarcaciones marítimas; las obras de la dársena para los buques fluviales son las que enuncio en el hecho segundo.

“Las embarcaciones marítimas que atracan en el muelle se tienen que servir de él, necesariamente; sólo en ocasiones excepcionales se sirven del muelle las embarcaciones fluviales, porque éstas cargan y descargan en las dársenas.

“Segundo. En el mismo contrato de que trata la escritura número 1849, publicada en el *Diario Oficial* número 23.056 de 10 de diciembre de 1935, ya citado, se estipuló la construcción de una dársena, obra distinta a la del muelle, y la letra J) de dicho contrato dice:

‘J) Dragado.—El trabajo que debe ejecutarse bajo este título del contrato consiste en el dragado de una dársena y de la entrada a ella, destinada a los buques fluviales. Esta dársena se hará en el sitio y en la forma indicada en la plancha número 6164 A. Tendrá aproximadamente cien (100) metros de ancho y trescientos diez (310) metros de largo. Además se hará un canal de comunicación entre la dársena y el río, de cuarenta y cinco (45) metros de ancho y doscientos (200) metros aproximadamente de longitud’

“Por el contrato que aparece en el *Diario Oficial* número 23.063 de 18 de diciembre de 1935, el gobierno se obligó a hacer por cuenta de la compañía el dragado de la dársena para buques fluviales; y por el contrato que aparece en el *Diario Oficial* número 23.650 de 9 de diciembre de 1937 (escritura número 2042 de 30 de noviembre de 1937 de la Notaría Tercera de Bogotá) el gobierno contrató con el mismo Parrish, representante de varias entidades, la ampliación del muelle marginal, y ‘una dársena fluvial’.

“La dársena es una obra distinta a la del muelle marítimo.

“Por el contrato que aparece en el *Diario Oficial* número 25.081 (escritura número 2.756 de 8 de octubre de 1942, de la Notaría Tercera de Bogotá) se ve que la compañía representada por Parrish se obligó a ejecutar y ejecutó, ‘El dragado de una dársena para buques fluviales en el puerto terminal de Barranquilla’.

“Tercero. Es en el punto descrito en el hecho anterior o sea en la dársena en donde cargan y descargan los buques fluviales que pertenecen a las empresas de navegación Naviera Colombiana, S. A., Empresa de Vapores Julio Montes, Empresa de Vapores Marvásquez, Ltda., Empresa Nacional de Transportes, y Compañía de Navegación Santander, S. A.

"Cuarto. A través de todos los contratos celebrados para la construcción de las obras de canalización de Bocas de Ceniza y construcción de las diferentes obras portuarias en el Puerto de Barranquilla se hace diferencia entre el muelle y la dársena, señalando siempre ésta para los buques fluviales.

"El servicio de la dársena no es servicio del muelle; entonces en cuanto las embarcaciones fluviales no hubieren o hayan hecho uso del muelle, no tenían ni tienen por qué pagar derechos de muellaje.

"Quinto. El Decreto número 672 de 18 de marzo de 1937, dispuso:

'Derechos de muellaje para las naves marítimas. Todos los vapores que carguen o descarguen carga, correo o pasajeros en el Puerto de Barranquilla, atracados al muelle del Terminal o anclados en el fondeadero en la zona terminal pagarán derechos de muellaje en la siguiente forma...'

"Estos derechos de muellaje comenzarán a contarse desde el momento en que los cables de las naves sean amarrados al muelle y continuarán hasta que se suelten. En los casos en que las naves carguen o descarguen en el fondeadero, los derechos del muellaje principiarán desde que se empiece a cargar o a descargar la carga y continuarán hasta que se termine el trabajo".

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

"Conforme aparece del Decreto anterior, las naves marítimas, bien atraquen al muelle del terminal, o bien anclen en el fondeadero, en la zona del terminal, pagan derechos de muellaje en la forma prevista en el Decreto, es decir, no es esencial que efectúen las operaciones de cargue o descargue atracados en el muelle: basta que anclen en el fondeadero de la zona del terminal y que empiecen a cargar o a descargar.

"Respecto de las naves fluviales la situación es distinta: si atracan en el muelle para el cargue o descargue, tendrían que pagar los derechos establecidos por el servicio del muelle. Para dar nacimiento a la obligación del pago de derechos de muellaje, es esencial que las naves fluviales atraquen en el muelle para el cargue o descargue.

"El Decreto número 672 no grava con los derechos de muellaje sino las embarcaciones que tocan en el muelle y hacen uso de sus servicios portuarios, lo que está de acuerdo con la ley que tiene establecido que el derecho de muelle sólo se paga por razón de los buques que atraquen en él.

"Las embarcaciones fluviales hacen uso de medios distintos y de obras distintas a las del muelle para atracar, cargar, y descargar, y mal podrán exigírseles las tarifas fijadas para el servicio del muelle.

"El memorándum jurídico para el Puerto y Terminal de Barranquilla sobre el derecho de muellaje a los buques fluviales, elaborado por el abogado del Terminal, doctor Edgardo Manotas Wilches, que acompaño en copia auténtica a esta demanda, confirma los puntos de vista que he expuesto en este hecho y sirven de base también para la demanda.

"A lo largo del río Magdalena el puerto tiene 'muelles' en el concepto técnico de la palabra, la cual envuelve la noción indispensable de 'obra

artificial' de ingeniería con servicios mecánicos que faciliten las labores de embarque y desembarque".

"Separadas completamente de esos muelles por leguas de tierra, partes de ellas ocupadas por bodegas y partes eriales, existen dársenas cuyas orillas se encuentran en estado natural. Los barrancos naturales no han sido reemplazados por obras artificiales de ninguna clase, y los barcos que entran a las dársenas *al atracar no ocupan muelle* (subrayo) —que no los hay— sino que se arriman a la orilla, simplemente".

"De conformidad con la descripción anterior, las embarcaciones marítimas y fluviales que entran al Puerto de Barranquilla lo hacen en la siguiente forma:

"Naves marítimas: Ocupan los muelles, sirviéndose de sus equipos y elementos o fondean frente a ellos, cuando circunstancias especiales lo exigen, como es el caso de traer explosivos o materiales inflamables, sirviéndose también en este caso de los elementos y equipos de los muelles.

"Naves fluviales. Entran en las dársenas y arriman a sus orillas, en donde no hay obra artificial de muelles ni equipos complementarios. Excepcionalmente ocupan los muelles en donde atracan generalmente los buques marítimos".

"Sexto. En el Puerto Marítimo de Barranquilla existe únicamente el muelle del terminal marítimo. En el Puerto Fluvial no existe muelle. Ya dije cómo el cargue y descargue de las naves fluviales que pertenecen a las empresas citadas en el hecho tercero se efectúa en las dársenas.

"Un servicio público debe llevar anexo una obra: un servicio de muelles debe llevar, por tanto, anexo la existencia del muelle. Si no existe éste para el cargue y descargue de las naves fluviales, mal puede cobrarse tasa alguna por tal servicio, como no podría hacerse tampoco si tales operaciones se efectúan en lugares distintos al muelle.

En documentos oficiales aparece la necesidad y la urgencia que tiene la Nación de construir muelles para el servicio de naves fluviales.

"La tarifa del Terminal aprobada por el Decreto número 672, ya citado, establece la tasa que debe cobrarse a las embarcaciones marítimas por concepto de uso del muelle y explícitamente impone esa misma tasa por concepto de fondeadero. En cambio la misma tarifa fija el derecho de muellaje para las naves de cabotaje y las fluviales, sin establecer en parte alguna lo que debe cobrarse cuando dichas naves no usan el muelle.

"Las de cabotaje, que sí usan el muelle, han pagado siempre ese servicio.

"Los muelles, esto es las obras o construcciones destinadas a facilitar el arribo, carga o descarga de los buques, son necesarios para el desarrollo de la navegación y por este motivo se justifica el pago de derechos por tal servicio. Pero para que el pago tenga causa, razón de ser, es necesario que el servicio se preste. De aquí que el Decreto dejara claramente establecido que el derecho se pagaría por las naves fluviales y de cabotaje desde el momento en que la unidad atraque en el muelle para el cargue o descargue.

"Séptimo. Las tarifas fijadas en el Decreto número 672 estuvieron haciéndose efectivas hasta el año de 1939 en que, encontrándose en la ciudad de Barranquilla el señor Ministro de Obras Públicas señor Abel Cruz Santos, estuvo en comunicación continua con los miembros de la Administración del Terminal estudiando los reclamos de las compañías

de navegación que exigían no se les cobrara por servicios de muelle que no se estaban prestando. De las conferencias habidas con tal motivo se llegó a un acuerdo; y fue así como el señor Ministro de Obras autorizó a la Administración del Terminal para fijar una tarifa única de diez pesos (\$ 10.00) por el uso de las dársenas y atraque en sus orillas, resolviendo así la manera de interpretar y aplicar el Decreto 672.

"El Ministro, en una visión clara del problema y de la letra y sentido del Decreto 672, aplicó éste en la forma jurídica como debía aplicarse, y obtuvo para la Nación el reconocimiento de una suma por parte de los navieros, suma que en rigor de verdad estuvieron pagando éstos, hasta que se expidió en septiembre de 1944 el Decreto número 2339, pago que hacían por su espíritu de cooperación con el gobierno y por atender al Ministro de Obras Públicas que en 1939 les hacía justicia e interpretaba el Decreto en una forma recta. En realidad, las compañías de navegación fluvial no tenían por qué pagar antes del citado Decreto número 2339, diez pesos por el cargue y descargue de sus buques fuera del muelle del terminal.

"Entendiendo las cosas como las he enunciado y aplicando el Decreto número 672 de acuerdo con los términos de éste y con la realidad existente en el Puerto de Barranquilla, el señor Ministro doctor Abel Cruz Santos aceptó la (sic) pago de los diez pesos por la ocupación de las dársenas por los buques fluviales, en la forma como lo hizo en la junta con los miembros del Terminal y los representantes de los navieros, y como se puso en vigor y se practicó hasta que entró en rigor (sic) el Decreto número 339 de 29 de septiembre de 1944, por el cual se fija la tarifa de muelle, uso de las dársenas y atracaderos en el Puerto Marítimo y Fluvial de Barranquilla, para los buques fluviales y de cabotaje y para otras embarcaciones.

"Octavo. La interpretación y publicación del Decreto número 672, en relación con los derechos que debían pagar las naves fluviales, dada por el Ministro doctor Cruz Santos en 1939, no necesitaba ni de un decreto ni de una resolución, pues la interpretación o aplicación que se dé a las leyes no es indispensable hacerlas constar por escrito.

"De acuerdo con la interpretación dada se aplicó el Decreto 672 hasta que se expidió el Decreto número 2339 de 29 de septiembre de 1944, por el cual se fija la tarifa del muelle, uso de las dársenas y atracaderos en el Puerto Terminal y Marítimo y Fluvial de Barranquilla, para los buques fluviales y de cabotaje y para otras embarcaciones.

"El Decreto citado vino a llenar el vacío del Decreto 672 de 18 de marzo de 1937 que no fijó tarifa para el uso de las dársenas por los barcos fluviales, ni para los atracaderos.

"La circunstancia de que las Empresas de Navegación hubieran estado pagando los derechos que se les cobraba de acuerdo con el Decreto 672, hasta el día en que el doctor Cruz Santos aceptó que por el uso de las dársenas y atracaderos pagasen sólo diez pesos por unidad, no quiere decir que el Decreto los hubiera impuesto. Precisamente porque se les cobraba una exacción injusta fue por lo que las empresas hicieron el reclamo al doctor Cruz Santos, Ministro de Obras Públicas; y, precisamente, porque éste vio la manera incorrecta e inequitativa como se aplicaba el Decreto, fue por lo que accedió a ordenar que se aplicara en la forma regular, aceptando el pago de los diez pesos, que los navieros convinieron en pagar generosamente.

"Noveno. La Resolución del Ministerio de Obras Públicas —Dirección General de Navegación y Puertos—, de fecha 24 de marzo de 1945, dio el carácter de bien oculto del Estado al denunciado por el doctor Arcesio López Narváez, consistente en las sumas que han dejado de pagar por derechos de muellaje en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla a la Nación las empresas de navegación fluvial del río Magdalena que han hecho uso del Terminal desde el mes de junio de 1939 en adelante hasta el 29 de septiembre de 1944, fecha de expedición del Decreto número 2339, por el tiempo que excediera de las primeras veinticuatro horas contadas a partir del amarre o atraque de sus embarcaciones en los muelles del Terminal, incluyendo los recargos a que hubiere lugar por el no pago oportuno de esos derechos.

"Décimo. El denunciante señaló a las siguientes empresas de navegación como propietarias y responsables de las embarcaciones fluviales que han hecho de los servicios (sic) de muelle en el Terminal de Barranquilla y que han dejado de pagar la parte de la tarifa a que se refiere la Resolución: 'Naviera Colombiana, S. A.', 'Empresa de Vapores de Julio Montes, S. A.', 'Empresa de Vapores Marváñez, Ltda.', 'Empresa Nacional de Transportes' y 'Compañía de Navegación Santander, S. A.'

"Undécimo. La declaratoria de bien oculto que contiene la Resolución citada afecta directamente los intereses de las compañías citadas, lesionándolas, porpue si se llevara a cumplido efecto y se les cobrara la permanencia en la dársena y atracaderos, distintos del muelle, como si fuera en el muelle mismo, por las horas a que se refiere la Resolución acusada, tendrían que pagar fuertes sumas de dinero sin causa alguna, desconociendo la norma superior del Decreto número 672 que no fijó tarifas por el uso de las dársenas y orillas del Magdalena.

"Además, la Resolución acusada tiende a dar nacimiento al derecho de cobrar unas sumas por tasas que no estaban establecidas en la ley con anterioridad a septiembre de 1944.

"Duodécimo. La Resolución acusada tiene como uno de sus fundamentos el certificado que el mismo Ministerio de Obras Públicas expidió a petición del denunciante, certificado que no es concorde con la realidad de las cosas, pues de él parece deducirse que hay varios muelles en el Puerto de Barranquilla, o que confunde, el mismo Ministerio, el muelle con las dársenas.

"En efecto, lo denunciado consiste en las sumas que las empresas navieras del río Magdalena han dejado de pagar desde el mes de enero de 1940, por concepto de la tasa o derecho de muellaje en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. El denunciante pidió un certificado al Ministerio en su numeral 2º que dice: "Si es cosa y común corriente (sic) en el Terminal de Barranquilla, que los buques fluviales, y sus botes o planchones, permanezcan en los muelles fluviales en operaciones portuarias por más de veinticuatro horas consecutivas, y causen, por tanto, los derechos de dos pesos por cada hora subsiguiente"; a lo cual el Ministerio dijo que con algunas excepciones 'es cosa común y corriente en el Terminal que los buques fluviales y sus botes o planchones permanezcan en los muelles fluviales en operaciones portuarias por más de veinticuatro horas'. Es decir, el Ministerio en ese certificado anuncia muelles fluviales como si hubiera varios, cuando no existe sino el muelle marítimo, y no hay muelle fluvial en Barranquilla.

“Lo mismo afirma al contestar y certificar sobre el punto 6º cuando dice que “las empresas navieras solamente vienen pagando diez pesos por unidad cualquiera que sea el tiempo que permanecen atracadas a los muelles del Terminal.

“Décimotercero. Las sumas denunciadas como bien oculto y declaradas como tal por la Resolución del Ministerio de Obras Públicas, no son un patrimonio de la Nación y mucho menos un patrimonio que haya estado abandonado materialmente;

“a) Porque el derecho a cobrar el muellaje por la ocupación de las dársenas no estaba establecido por el Decreto número 672;

“b) Porque aun cuando venía cobrándose a las naves fluviales tal derecho, como si en realidad ocuparan el muelle, el doctor Abel Cruz Santos, como Ministro de Obras Públicas, ordenó en una conferencia a la cual asistieron los representantes de las compañías de navegación y los administradores del Terminal, no aplicar a los buques fluviales o de cabotaje que no utilizaran el muelle, la tarifa de muellaje, sino, que de acuerdo con las compañías, exigir una tasa de diez pesos (\$ 10.00) independiente del tiempo que duraran las operaciones de cargue o descargue, para cubrir con ella el valor del servicio que representaba el uso de las dársenas. El convenio celebrado con el señor Ministro y la orden de éste no modificó el Decreto, sino que lo puso a actuar de acuerdo con lo que en él se previó;

“c) Porque el hecho de haberse cobrado indebidamente a las compañías de navegación fluvial de 1937 a 1939 una tasa no contemplada en el Decreto número 672, no constituye derecho alguno a favor de la Nación, y el hecho de no haberla vuelto a cobrar no indica abandono, sino acatamiento a la recta aplicación de las tarifas;

“d) Porque los buques fluviales no podían causar a deber derecho de muellaje al no ocupar el muelle para sus operaciones de cargue y descargue;

“e) Porque los derechos que las Empresas Navieras debían pagar por el uso del muelle eran perfectamente conocidos por la autoridad pública, como también era conocido por ésta que el Decreto número 672 no fijaba tarifas para el uso de las dársenas sino por el del muelle.

“La primera condición necesaria para que el denuncia de un bien oculto prospere, es la existencia del bien denunciado.

“Décimocuarto. Tampoco se ha hecho oscuro el carácter de propiedad de la Nación que pudieran tener las sumas declaradas como bien oculto, ni ha habido abandono e incuria por parte de las autoridades, porque ha existido discusión sobre si deben o no cobrarse, y así, con anterioridad a la Resolución acusada, la Contraloría General de la República, por medio de un Auditor, dirigió al Cajero Habilitado del Terminal la nota número 15 del 4 de agosto de 1944; y el señor Administrador del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla también manifestó varias veces a las empresas que no se estaba pagando sino el referente a las primeras veinticuatro horas. También en las actas de la Junta Asesora del Terminal Marítimo se ve que se tenía de presente la situación creada por el convenio con el doctor Cruz Santos y por la aplicación e interpretación que éste dio a la Resolución número 672.

“De parte del Gobierno más que incuria ha existido mucha actividad para el cobro, porque ha estado exigiendo el pago por servicios que no se han prestado, pues, como ya lo expuse, no ha existido el muelle

fluvial en el Puerto de Barranquilla, y el Gobierno lo que hizo fue poner en vigencia unas tarifas que se dictaron en 1937 para cuando el servicio de muelle fluvial se prestara y ese muelle no se ha construido.

"Ahora: no se ignora por parte de las autoridades que exista el derecho a cobrar muellaje fluvial; es que no existiendo el muelle es imposible prestar tal servicio; y si no existe el servicio, tampoco existe el derecho a cobrar por él. El derecho se liquidaba como si existiera muelle fluvial y luego dejó de cobrarse cuando se vio que estaba haciéndose indebidamente.

"Por otra parte: las sumas debidas por tasas o derechos impuestos por el Estado no constituyen en ningún caso bienes ocultos porque es inadmisibles que él mismo ignore los gravámenes que impone.

"Décimoquinto. El certificado expedido por el Secretario del Ministerio de Obras Públicas para decir que demuestra los hechos fundamentales presentados por el denunciante, no está de acuerdo con la realidad. Lo que él dice no es prueba de la calidad de ocultas que tengan las sumas denunciadas, ni las características especiales que a éstos distinguen.

Hace aparecer la Resolución el no cobro de los derechos o tasas a las embarcaciones desde junio de 1939, "como un acto de la empresa constructora y administradora del Terminal que no ha sido legalizado por el Gobierno", para deducir esto: "Así se explica la iniciación de la ocultación de esos derechos". Grave error es que la apreciación de lo ocurrido en esa forma, cuando es algo muy distinto: la interpretación y recta aplicación del Decreto 672 de 1937 que el Ministro de Obras Públicas doctor Cruz Santos mandó a dar en junio de 1939 y el convenio con los navieros para pagar diez pesos por el uso y ocupación de la dársena, marcó el momento desde el cual no se seguía cobrando indebidamente a las embarcaciones fluviales derechos que no estaban fijados para ellas.

"Décimosexto. La Resolución acusada expresa que con anterioridad a la exposición del denunciante, que lleva fecha 3 de febrero de 1944, el Administrador del Terminal, señor Humberto Alborno, envió al Ministerio de Obras Públicas con el oficio número 406 de 17 de abril de 1943, un proyecto de Decreto sobre reglamentación del tráfico y de tarifas para parqueaderos de embarcaciones, exponiendo en el oficio la situación creada respecto al pago de las horas extras por el convenio entre el Ministro de Obras Públicas, doctor Abel Cruz Santos, y las compañías de navegación.

"Y, después de la anterior afirmación, concluye la Resolución: 'Es indudable que el Director General de Navegación del Ministerio de Obras Públicas tuvo conocimiento, por el informe del Administrador del Terminal de la situación anormal producida en la empresa puesta a su cuidado por el no cobro de parte de los derechos de muellaje con anterioridad a la exposición del denunciante'. Pero a pesar de afirmar la Resolución que la Administración sí sabía del estado de cosas que existía en el Terminal por el no pago de las horas extras, y que se estaban tomando pasos para definir todo lo referente a tarifas, concluye que porque no hay constancia de la respuesta que el Director hubiera dado a su subalterno, ni siquiera acuse recibo, al derecho era ignorada.

"La parte de la Resolución que he destacado peca contra toda lógica y no es demostrativa de la ignorancia que tuvieron las autoridades

acerca de que no se estaba cobrando el derecho por las horas extras; ni mucho menos demuestra abandono con ánimo de renunciar al dominio.

"Decir la Resolución que el Ministerio ignoraba el estado de cosas que había surgido con la determinación del doctor Cruz Santos cuando ordenó se aplicara el Decreto número 672 en forma recta, es una ligereza. Son muchas las actas de la Junta Asesora del Terminal Marítimo que tratan la situación creada con motivo de la interpretación que el Ministro doctor Cruz Santos dio al Decreto número 672, pero destaco el acta número 7 de 18 de junio de 1943, muy anterior a la exposición que hiciera el denunciante del bien oculto y anterior a la aprobación del contrato que celebró para el denuncia.

"En la sesión de la Junta de 18 de junio de 1943 el doctor Ernesto Lozano, Director General de Navegación, hizo una exposición sobre la situación que presentó el señor Administrador del Terminal con motivo de haberse dejado de aplicar el Decreto número 672 sobre muellaje a las compañías de navegación fluvial, y manifestó que como se estaba elaborando un proyecto de reglamento general para el terminal, allí podía "muy bien encajarse la aplicación de las tarifas de muellaje".

"En la junta de 9 de abril de 1943 también se hicieron exposiciones sobre la no vigencia de Decreto 672 para los navieros. También en la Junta del 18 de junio de 1943, como se ve del acta número 7, se trató lo referente al Decreto 672 de 1937; lo mismo en el acta número 17 de agosto de 1944 se trataron asuntos relacionados con tal Decreto, fuera de muchas otras que presentaré en el período de pruebas.

"Décimoséptimo. En la Resolución acusada se dio al Decreto número 672 de 18 de marzo de 1937 una interpretación equivocada y es la misma que el Terminal quiso darle, en un principio, cuando hizo efectivo el cobro de los \$ 2.00 por el excedente de las primeras 24 horas y que el Ministerio de Obras Públicas rechazó en 1939 cuando ordenó se aplicara debidamente.

"Se sugiere en la Resolución que esta interpretación que dio el doctor Cruz Santos se debió 'a la presión de los navieros' (nota de Albornoz). Pero esta sugerencia es claro que no alcanza al doctor Cruz Santos, cuya trayectoria de honorabilidad no permite atribuirle a su interpretación del Decreto 672 otro móvil que el del acatamiento a la justicia y al derecho del cual es un fiel devoto.

"Décimooctavo. Al Ministerio de Obras Públicas se adscribió por el Excmo. señor Presidente de la República el conocimiento del denuncia formulado por el señor Arcesio López Narváez, por el impedimento que manifestó el doctor Néstor Pineda para conocer en su carácter de Ministro de Minas y Petróleos; pero en el expediente no hay constancia de la decisión del Consejo de Ministros sobre la calificación de causal del impedimento presentado por el doctor Néstor Pineda, sin el cual antecedente el simple acto del señor Presidente no dio jurisdicción al Ministro de Obras Públicas para conocer de las diligencias sobre denuncia del bien oculto hecho por el doctor López Narváez".

En derecho considera el demandante que la resolución acusada viola, por no haberlo atendido, el artículo 144 del Código Fiscal, lo mismo que el artículo 1º de la ley 24 de 1856 que establece la libertad para los navegantes de las riberas de los ríos.

A la demanda se acompañaron varios documentos, que se tendrán en cuenta a medida que sea necesario en el decurso de esta providencia.

La demanda fue admitida por cuanto llenaba los requisitos extrínsecos que exigen las leyes de procedimiento.

La suspensión provisional que solicitó el demandante se decretó en conformidad, porque consideró el Consejero sustanciador que el bien denunciado por el doctor López Narváez no tenía la calidad de oculto, desde luego que era conocido por la Administración.

Después de un agitado e intenso debate probatorio en que se adujeron declaraciones de testigos, documentos oficiales y se practicó una inspección ocular con peritos nombrados por las partes, se recibieron los extensos e interesantes alegatos de las partes— la demandante representada por el doctor Eduardo Serna R., y la opositora a la demanda, constituida por el doctor Arcesio López Narváez.

El Fiscal de la Corporación conceptuó que los bienes denunciados ocultos, no tienen esa calidad, pero sí existen y la Nación tiene derecho a reclamarlos mediante las acciones que sean pertinentes.

Finalmente, se oyó a las partes en audiencia pública y se recibieron los resúmenes escritos de sus alegaciones orales.

Como el auto de citación para sentencia está ejecutoriado y no se advierte informalidad procesal alguna capaz de invalidar lo actuado, se procede a fallar después de haber meditado largamente la solución que debe darse a los graves e intrincados problemas que los abogados que intervienen en el juicio, en brillantes exposiciones, han sometido a la consideración del Consejo de Estado.

Personería sustantiva de la parte demandante

El doctor López Narváez suscitó *inter mora litis* un incidente de nulidad, que fue resuelto por auto de 11 de diciembre último. Entre las varias causales de nulidad que propuso, establece la de "Falta de personería sustantiva en las personas de las Empresas demandantes". En el fallo del incidente se hizo la distinción entre personería sustantiva y adjetiva, para concluir que la primera, como excepción perentoria que es, no podía decidirse en un simple incidente de previo y especial pronunciamiento, sino que al contrario, por constituir una defensa opuesta a lo sustancial de la acción, debía reservarse para la sentencia definitiva. Es, pues, el momento de resolver sobre este punto, en primer término, antes de toda otra consideración, como lo impone el orden lógico, porque si la parte demandante no tiene la acción que ha intentado sobre el estudio de los problemas de fondo planteados en el debate.

Sostiene el doctor López Narváez que "en el aparte e) del artículo 4º de dicha ley (27 de 1935) se estableció el principio de que, si la resolución del Ministerio fuere adversa al denunciante, le queda a éste el derecho de ocurrir a la vía contencioso-administrativa para que, en juicio contradictorio entre él y el Estado, se decida acerca de la condición de oculto que tenga el bien denunciado como tal por el contratista". Agrega que el decreto reglamentario de la prenombrada ley 2963 del propio año de 1935, en su artículo 7º, ratifica el mismo principio legal, ampliándolo "en el sentido de que, si la resolución del Ministerio decide que los bienes sí son ocultos pero improcedentes las acciones, tendrá derecho igualmente el denunciante de ejercitar contra esta providencia la acción administrativa consiguiente; pero si fuere confirmada, la gestión se conferirá al Ministerio Público u otro apoderado que designe el Gobierno y en todo caso a costa del denunciante contratista, al tenor de

los incisos g) y j), artículo 7º del citado decreto 2963. De aquí concluye que la acción contencioso-administrativa sólo compete al denunciante del bien, cuando la resolución del Ministerio le es adversa, porque la Nación y el denunciante son las únicas partes en el contrato. Por este motivo considera el opositor a los actuales demandantes como "terceros", carentes de acción.

Es principio de unánime aceptación en derecho procesal que la medida de las acciones la da el interés jurídico: donde hay interés hay acción; donde no hay interés no hay acción. Y es manifiesto el interés jurídico de las compañías demandantes en el presente caso.

Es verdad que en el contrato en que el denunciante se compromete a manifestar el bien a la Nación y a seguir las acciones hay más partes que la Nación y dicho denunciante, pero respecto de los efectos o repercusiones patrimoniales que la resolución del Ministerio pueda tener en la vida se sigue el principio general del interés jurídico ya expuesto.

Por lo demás el Código Contencioso Administrativo en su artículo 34, ordinal 6º, permite al Consejo de Estado pronunciarse sobre la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados, sin distinguir a quién corresponde la acción. A propósito dice la disposición citada: "Artículo 34. Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios: ... 6º De las cuestiones respecto a la condición de ocultos que tengan los bienes denunciado como tales..."

La acción que en forma expresa otorgaba la ley 27 de 1935, anterior al Código Contencioso Administrativo, al denunciante de bienes, no priva a quienes tengan un interés jurídico opuesto de la facultad de defenderlo.

La cuestión debatida

Resuelta la cuestión previa de la personería sustantiva de la parte actora, procede circunscribir los términos de la relación jurídico-procesal, o sea, plantear el problema que incumbe resolver al Consejo de Estado.

Toda la cuestión gira al rededor de la interpretación y alcance que debe darse al decreto que aprobó las tarifas que corresponde pagar a las naves fluviales que hagan uso del terminal. Sostienen las empresas demandantes que los llamados derechos de muellaje sólo se causan cuando la embarcación atraque en el muelle propiamente dicho, es decir, en la "obra de piedra, hierro o madera construída en dirección conveniente en la orilla del mar o del río navegable y que sirven para facilitar el embarque y desembarque de cosas y personas y aún, a veces, para abrigo de las embarcaciones", como define el Diccionario. En el Puerto Marítimo y Fluvial de Barraquilla, como se dejó establecido en la inspección ocular que practicó el Consejo de Estado, existe el "muelle marginal" construído sobre la margen occidental del río Magdalena en una extensión aproximada de setecientos metros y a base de cemento, madera y hierro sostenida en pilotes de concreto. Igualmente, en el "puerto fluvial local", sobre "el Caño de la Intendencia" se halla otro muelle construído en pilotes de madera con sus "amarraderos" o "muertos" y que tiene una extensión aproximada de doscientos cincuenta metros y está destinado especialmente para el servicio de las embarcaciones menores y de modo singular a las que hacen el transporte entre Barranquilla y Ciénaga. Pero ocurre que las naves fluviales no atracan en estos muelles. Sólo por excepción podrían hacerlo, en cuyo caso las compañías demandan-

tes aceptan la obligación de pagar los derechos de muellaje. Dichas embarcaciones menores verifican sus operaciones de cargue y descargue en las dársenas o, como también define el Diccionario, "partes resguardadas artificialmente, en aguas navegables, para surgidero o para la cómoda carga y descarga de embarcaciones". En el nombrado puerto se encuentran dos dársenas —la Norte y la Sur— arregladas por la Nación pero en ellas no se encuentran muelles propiamente hablando y el "manipuleo" de la carga se hace en extremo difícil, al contrario de lo que pasa en los muelles, donde el cargue y descargue se practica mecánicamente, mediante el equipo destinado al efecto. En la inspección ocular ya dicha se tuvieron a la vista los planos presentados por el Administrador del Terminal y según los cuales la Nación proyecta dotar de muelles a las dársenas, este mismo propósito lo revelan las memorias de los Ministros de Obras Públicas y lo afirman varios testigos, entre los cuales merece destacarse el doctor José Gómez Pinzón, ex-Ministro de Obras Públicas e ingeniero que ha desempeñado importantes cargos en la obra y administración del Terminal y quien al respecto se expresa: "Es verdad por el conocimiento que tengo de las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, que en dicho puerto hay un muelle construido sobre el río Magdalena para atracadero de las naves marítimas. Existen además dársenas que se usan para el atraque y para cargar y descargar las naves fluviales. En estas dársenas no hay muelle y las naves arriaman a la orilla o talud natural con las dificultades consiguientes. El caso puede compararse a lo que sucede en Puerto Salgar y en La Dorada: en el primero de estos sitios hay un muelle construido sobre el río que ofrece determinadas facilidades para el atraque de las embarcaciones y para el manejo de la carga. En cambio en La Dorada las naves también atracan y se cargan y descargan, pero aun cuando es posible efectuar estas operaciones, es necesario aceptar que allí no existe muelle y que el Gobierno ha proyectado en varias ocasiones construirlo, exatadamente lo mismo que ha pensado en construir los muelles en las dársenas del terminal de Barranquilla. El declarante se ratificó en esta respuesta. El cuarto punto contestó: —Siempre he creído que la construcción de atracaderos y de muelles en las dársenas del terminal de Barranquilla y su conveniente dotación de equipos y bodegas facilitará y acelerará el manejo de la carga". También en lo relacionado con las dársenas se dejaron estas constancias en el acta de la inspección ocular: "Existen en el Puerto dos dársenas que se han formado artificialmente, mediante el dragado de las ciénagas que antiguamente existían en esa parte y de las cuales todavía existen varias en los lugares aledaños. La Dársena Norte, que tiene una extensión aproximadamente de ciento veinticinco mil metros (125.000) cuadrados, se utilizó para el descargue y la Dársena Sur, cuya extensión aproximada es de ciento cincuenta mil metros (150.000) cuadrados, se aprovecha para el cargue de los vapores. Las dos dársenas están separadas entre sí por una especie de istmo, y para pasar de la una a la otra es preciso que los barcos entren al río. Las orillas de estas dársenas no tienen obras especiales de cemento, hierro, madera o piedra que las proteja. Solamente se observa una especie de playa de tierra y arena, que no revela un cuidado permanente, ni procedimientos especiales para la defensa de las dársenas. Según los planos que el Administrador del Terminal puso a disposición del personal de la diligencia el Gobierno proyectó construir unos muelles en las dársenas y reves-

tir en piedra el resto de las orillas. Observan los señores Arbeláez y González que las operaciones de cargue y descargue en estas dársenas se hace en extremo difícil y costosa, porque, dicen ellos, cuando llega un barco, mientras se descarga, en lo cual se emplean varios días, es preciso apagarlo y luego para cargarlo en la otra dársena debe prenderse nuevamente, lo cual resulta costoso para las Empresas de Navegación, porque para ello se necesita emplear toda la tripulación. Afirman que para prender un barco se gastan no menos de cien pesos. Advierten, además, que es muy frecuente que el nivel de las aguas de la dársena baje, dejando las embarcaciones en seco y para ponerlas nuevamente en aguas es menester solicitar el servicio de un remolcador del Gobierno, pagando los derechos consiguientes. Evidentemente el personal de la diligencia pudo observar que por el descenso de las aguas una de las embarcaciones había quedado en la playa, en tierra, sin aguas suficientes para poder navegar. Las dársenas solamente se emplean en el cargue y descargue de embarcaciones fluviales y nunca se usan para embarcaciones marítimas. Es evidente que en el estado actual "el manipuleo" de la carga en las dársenas es en extremo difícil, dispendioso y demorado por la deficiencia de las obras portuarias en esta parte del río. Puede afirmarse que los sistemas empleados para el cargue y descargue allí son casi primitivos, al contrario de lo que ocurre en el muelle marginal".

Resultan de lo anterior dos hechos indiscutidos e indiscutibles, a saber: a) que las embarcaciones fluviales no atracan, por regla general, en los muelles, sino en las dársenas; y b) que estas dársenas carecen en la actualidad de muelles, y las empresas transportadoras sufren las consiguientes incomodidades para las operaciones de cargue y descargue que la falta de ellos implica.

Pero replica el opositor a la demanda que los derechos de muellaje se causan por el uso del puerto, o mejor dicho, que la palabra muellaje no puede tener el sentido restrictivo y gramatical de muelle, sino que comprende todas las obras portuarias, en las cuales la Nación ha invertido considerables sumas de dinero, o más claramente que estas obras deben considerarse como un todo armónico y que los derechos de muellaje son apenas la justa retribución de los navieros a los servicios que presta el terminal marítimo y fluvial de Barranquilla.

La cuestión de derecho

Como se advierte de lo expuesto, la cuestión de hecho no ofrece dificultad alguna. Salvo algunas divergencias respecto de hechos insustanciales y sin influencia en la cuestión de derecho, las partes están de acuerdo en los hechos fundamentales de la acción, hechos, que de otro, resultan demostrados con plenitud en el expediente. En efecto, está comprobado suficientemente: 1° Que en el Puerto de Barranquilla existen dos muelles; 2° Que en estos muelles atracan las embarcaciones marítimas; 3° Que sólo por excepción pueden atracar en estos muelles las naves fluviales; 4° Que igualmente en dicho puerto existen dos dársenas; 5° Que en estas dársenas se cumplen las operaciones de cargue y descargue de las naves fluviales; 6° Que la Nación tiene establecida una tasa, denominada de muellaje; 7° Que esta tasa la vinieron pagando las empresas de navegación del río desde la vigencia del decreto 672 de 1937, hasta el año de 1939, por el solo hecho de ocupar las dársenas; que de 1939 en adelante hasta la vigencia del decreto 2339 de 1944 los barcos

que atracaban en las dársenas dejaron de pagar una parte de la tarifa de muellaje, pues esta tarifa era de diez pesos por las primeras veinticuatro horas que la nave permaneciera en el puerto y de dos pesos por cada hora adicional de permanencia y los navieros en el lapso ya indicado solamente continuaron pagando los diez pesos, mas no los dos pesos de las horas subsiguientes; 8° Este no cobro o no pago obedeció a los reclamos de los navieros que no se sentían obligados a satisfacer derechos de muellaje porque no ocupaban los muelles; 9° Los empleados encargados de percibir estos derechos dejaron de recaudarlos en el año de 1939 porque creían acatar una orden verbal del Mniistro de Obras Públicas de entonces, doctor Abel Cruz Santos, orden que ha sido muy discutida por las partes en el decurso del juicio, pues el opositor a la demanda no acepta que se hubiera dado tal orden y las compañías demandantes, en cambio, sostienen que sí se dio, pero cierta o no la orden, el Consejo no le encuentra mayor importancia para las results del juicio, El hecho es que se dejó de pagar una parte de la tasa del muellaje y si las compañías estaban obligadas a pagarla o no, es cuestión de derecho, que luego se estudiará; y 10° Esta parte de la tasa que dejó de pagarse constituye justamente el bien denunciado como oculto por el doctor Arcesio López Narváez.

Pero antes de abordar la cuestión de derecho debe establecerse si el Consejo de Estado es competente para resolverla, dada la forma en que está planteada. En otros términos: ¿puede el Consejo declarar si existe o no la obligación de pagar la tasa de muellaje con cargo a las compañías que ocupan las dársenas con sus embarcaciones? ¿O esta obligación corresponde declararla a la justicia ordinaria?

El Consejo no ha dudado un momento de su competencia para definir la cuestión. En efecto, el ordinal 6° del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo otorga a esta Corporación competencia privativa para decidir acerca de "la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales". Y es lógico que para averiguar si un bien tiene determinada calidad debe, ante todo, conocerse el bien, saber si existe o no, determinar su existencia. Así lo tiene establecido en forma unánime y reiterada la jurisprudencia de esta Corporación.

Ahora, el bien denunciado por el doctor López Narváez como oculto consiste en el derecho creditual que en su concepto tiene la Nación a su favor y a cargo de las Compañías de navegación fluvial por el no pago de unos derechos fiscales. Debe averiguarse, pues, si existe o no ese bien incorporal denominado crédito.

Y sirve lo anterior para desatar de una vez otra cuestión, a saber: en la segunda súplica de la demanda se solicita, a manera de restablecimiento del derecho violado, la declaración expresa de que las compañías de navegación fluvial que ocupan las dársenas con sus naves no están obligadas a pagar los derechos de muellaje a que se refiere el decreto 672 de 1937. Para el doctor López Narváez esta declaración es del resorte de los Jueces comunes y no del Consejo de Estado. Mas, no es así, porque la acción ejercitada en la demanda es la de plena jurisdicción que lleva consigo el poder de decretar el restablecimiento del derecho conculcado. Hasta ahora las compañías demandantes no han sufrido perjuicios, pero si se negara la calidad de bienes ocultos a los denunciados por el doctor López Narváez, con base en la inexistencia de esos bienes, y al propio tiempo se autorizara la discusión del mismo problema ante los

Jueces comunes, los demandantes sufrirían los perjuicios que implica una nueva litis. Y si la jurisdicción contencioso-administrativa puede y debe ordenar el restablecimiento del derecho violado *a fortiori* le es permitido prevenir futuras lesiones. La justicia es una y corresponde impartirla a la República y ella cumple su misión por medio de los Tribunales establecidos al respecto.

También debe dejarse establecido, como cuestión previa que los llamados derechos de muellaje no constituyen un impuesto técnicamente hablando, sino una tasa o *special assesment*. La diferencia entre estas dos figuras estriba en que los impuestos, que son exacciones al tesoro de los particulares para atender a las cargas del Estado y en compensación de los beneficios que se reciben por vivir en sociedad, no implican una contraprestación inmediata, o concreta o determinada. No así las tasas, las cuales responden a la prestación de un servicio y deben ser en cuanto fuere posible equivalente a la utilidad o comodidad que se reporté. Solamente deben pagarlas quienes aprovechan del servicio.

Derechos de muellaje.—Sentado lo anterior es ya oportuno analizar la tasa o derechos de muellaje, a efecto de averiguar si solamente están obligados a sufragarla quienes hacen uso de un muelle en el sentido gramatical ya visto, como lo sostienen los demandantes en el presente juicio, o si también cobija a quienes utilicen otras obras portuarias, como las dársenas, según el concepto del opositor a la demanda.

Para la acertada solución del problema conviene dar una rápida ojeada retrospectiva a la evolución que han tenido estos derechos, hasta llegar el decreto 672 de 1937, origen inmediato de la controversia planteada en el juicio.

El Código Fiscal (Ley 110 de 1912) clasificó en su Título II, los Servicios Nacionales. El Capítulo 1º de ese Título se refiere al *régimen monetario*; el 2º al *servicio de correos y telégrafos*, y el 3º a *los servicios de muelle, faro, práctico y remolque*. Nótese que el legislador ya hizo diferencia en este Código entre servicios o tasas e impuestos, pues el Título III, en forma distinta y separada, se refiere a éstos últimos.

El artículo 144 *ibídem* —primero de Capítulo 3º— es del tenor siguiente: “El servicio de los muelles establecidos o que se establezcan en los puertos nacionales directamente por el Estado, o por personas que hayan contratado o contraten su establecimiento, se paga por razón de los buques que atraquen en ellos”.

De esta disposición que es la básica, la subordinante y a la cual deben estar sometidos los decretos posteriores, puesto que la ley prima sobre los decretos, se concluye rectamente que el derecho o tasa de que se viene hablando se causa por el atraque en los muelles. Y la palabra muelle debe tener el significado de “obra de piedra, hierro o madera construída en dirección conveniente en la orilla del mar o de un río navegable, y que sirve para facilitar el embarque y desembarque de cosas y personas y aún, a veces, para abrigo de las embarcaciones”, según lo manda el artículo 28 del Código Civil, conforme al cual “Las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

El legislador no ha definido especialmente la palabra muelle o muellaje y debe dársele en consecuencia el significado y alcance expuestos

arriba. Pero es más; en el contrato celebrado entre el Gobierno y el señor Parrish, como representante de algunas casas extranjeras, se habló expresamente de la construcción de muelle, tomando esta obra con el significado que tantas veces se le ha dado a la palabra en el curso de esta providencia, y en el mismo contrato se habló de la construcción de una dársena, como obra diferente del muelle.

Viene luego el Decreto 2217 de 1934 y al referirse a los "derechos por servicio de muelle" se expresa: "Desde el primero de enero de 1935 se cobrarán los derechos por el servicio de muelles fluviales del Gobierno Nacional en los puertos del río Magdalena, por el atraque de embarcaciones en tales muelles, y por el cargue o embarque de mercancías o ganados". Confirma esta disposición lo ya dicho, o sea, que la tasa o derecho se causa por el atraque de las embarcaciones en los muelles.

Prosigue el Decreto 455 de 1935 que ya usa la palabra *muellaje* y dice: "Muellaje. — Naves marítimas. Toda nave marítima que cargue o descargue carga, pasajeros, o correo, en el puerto, atracada a los muelles o a los fondeaderos, pagará muellaje en la siguiente forma:..... (aquí las tarifas)". Este mismo decreto agrega: "Cuando una nave marítima atraque en el muelle, el derecho de muellaje se principiará a contar desde el momento en que sus cables estén debidamente amarrados y continuará hasta que tales cables se suelten. En los casos en que la nave cargue o descargue mientras está en el fondeadero, el derecho de muellaje principiará desde que se empiece a cargar o a descargar la carga y continuará mientras dure el trabajo". Este decreto se refiere también a los derechos de muellaje de las naves fluviales.

Del texto y del contexto de este decreto surge también claramente la consecuencia de que el muellaje se paga por el uso del muelle. Pero este decreto agregó algo más: también se causa el referido derecho por las operaciones de cargue y descargue en el fondeadero. Y la razón es clara, porque los barcos que practican las operaciones de cargue y descargue en los fondeaderos, de suyo deberían hacer uso de los muelles, pero por razón de seguridad de los puertos, y según los reglamentos, en casos especiales no se les permite atracar en los muelles. Sabido es que los fondeaderos se emplean cuando la carga que conducen los barcos ofrece peligros en su "manipuleo", por ser inflamable o explosiva, pero en este caso se les brinda a las embarcaciones, facilidades para el cargue y descargue, como bongos o planchones con remolcadores, que transportan la carga peligrosa del fondeadero al puerto o viceversa.

De lo hasta aquí dicho se concluye que los derechos de muellaje únicamente se causan por el cargue y descargue en el muelle o en los fondeaderos. Nada más.

Por último, viene el Decreto 672 de 1937, que es el que corresponde interpretar en esta sentencia, por ser, como ya se dijo, el origen inmediato de la controversia.

Cuanto a naves marítimas preceptúa este decreto: "*Derechos de muellaje para las naves marítimas.*—Todos los vapores que carguen o descarguen carga, correo o pasajeros en el puerto de Barranquilla, atracados en el muelle del Terminal o anclados en el fondeadero en la zona del Terminal, pagarán derechos de muellaje en la siguiente forma:..."

Nada nuevo, pues, dijo este decreto. Los derechos de muellaje se causan por el hecho de atracar los barcos en el muelle o anclar en el fondeadero.

Y respecto de las naves fluviales dice el propio decreto:

“Derechos de muellaje para las naves fluviales y de cabotaje.—Los buques fluviales, los de cabotaje, y los buques o planchones pagarán derechos de muellaje como sigue: por las primeras 24 horas o fracción, 10 pesos por unidad; y 2 pesos por cada hora subsiguiente. Esta tasa comenzará a correr desde el momento en que la unidad atraque para el cargue o descargue”.

Es verdad que el decreto, al referirse a las naves fluviales no dijo expresamente, como sí lo dijo respecto de las marítimas, que el impuesto se causara por el atraque en el muelle. Omitió estas palabras: “atrachados al muelle del Terminal o anclados en el fondeadero en la zona del Terminal”. Pero es que no se necesita esta repetición, las palabras van subentendidas en el texto y es una especie de elipsis que emplea el decreto, elipsis muy frecuente en las leyes y actos del Gobierno.

El opositor a la demanda acepta que “los derechos de muelle” se causan por el uso del muelle, pero los “derechos de muellaje” emanan del aprovechamiento de las obras portuarias, porque en su concepto existe diferencia sustancial entre “muelle” y “muellaje”.

A propósito razona: “También es oportuno aclarar aquella invención de los navieros de que no recibiendo ellos ‘servicio de muelle, no había ni hay por qué cobrarles ‘derechos de muellaje’, en que sólo incurrirían las naves que se amarraran al ‘muelle’ marginal, llamado ‘marítimo’”. En primer lugar, el “muelle” por sí solo no presta ni es un “servicio”; el “muelle” es una obra inerte. En segundo lugar, los “derechos de muellaje” no se cobran en compensación del hecho de que la nave esté amarrada a un “muelle” más o menos moderno. Sino que el servicio que se compensa con el pago de los “derechos de muellaje” consiste en la protección que presta a la nave y la responsabilidad que cause la autoridad o la administración del puerto por la conservación o integridad de la nave y de los intereses que ella representa; por la custodia oficial que sobre ella se ejerce, etc., pues es sabido que al atracar una nave y colocarse o estacionarse en situación de “muellaje”, sea amarrada a tierra o anclada dentro de la zona del puerto, puede ser tranquilamente abandonada por el Capitán y autoridades de a bordo, pues esa nave, y cuanto ella conduce, quedan *ipso facto*, bajo la autoridad, vigilancia, cuidado y responsabilidad de la Administración y autoridades del puerto.

No está conforme el Consejo con esta interpretación, pues los muelles sí prestan un servicio eficaz a los navieros, servicio que explica y justifica las cuantiosas inversiones que se hacen en su construcción y tanto es así que el Código Fiscal se refiere expresamente al “servicio de los muelles” en su artículo 144, ya transcrito.

La sutil diferencia que cree el opositor a la demanda encontrar entre muelle y muellaje no la halla el Consejo: desde que se pronuncia la palabra *muellaje* salta a la mente la idea de muelle y decir derechos de muellaje vale tanto como hablar de tasa que se cobra por el uso de los muelles. “Muellaje —definen Escriche y el Diccionario de la lengua española—, derecho o impuesto que se cobra a toda embarcación que da fondo, y se suele aplicar a la conservación de los muelles y limpieza de los puertos”. Las embarcaciones, de ordinario, dan fondo en los muelles y donde éstos no existen no se cobra la tasa. Por eso, como ya se dijo, el

muellaje se cobra a las embarcaciones que atracan en el muelle o descansan en el fondeadero.

No es aceptable tampoco que el derecho de muellaje tenga por base el uso de las obras costeadas por la Nación en el Terminal Marítimo y fluvial de Barranquilla, como lo estima el opositor a la demanda, porque el propio decreto 672 de 1937 fija tarifas para cada servicio especial. Así se encuentran los siguientes servicios a los cuales se ha asignado su correspondiente tarifa: 1º Servicio de lancha; 2º de faro y boyas; 3º de uso de las Bocas de Ceniza; 4º de muellaje de las naves marítimas; 5º de muellaje de las naves fluviales; 6º de cargue y descargue de las embarcaciones marítimas; 7º de cargue y descargue de las naves fluviales y de cabotaje; 8º de reacondicionamiento de la carga; 9º de cargue y descargue de camiones; 10º de bodegaje; 11º de pilotaje. En sentir del Consejo el decreto omitió un servicio especial o sea el de dársenas, seguramente porque, como dicen los peritos, el Gobierno estimó que en el muelle atracarían todas las embarcaciones, tanto fluviales, como marítimas. "En nuestro concepto —dicen los peritos— el servicio que el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla presta a los barcos fluviales es un servicio de dársenas. Excepcionalmente le presta también el servicio de muelles, cuando tales barcos atracan sobre el muelle marginal. Pero, si esto es así, también es evidente que en parte alguna de los decretos sobre tarifas del Terminal conocidas por nosotros se ha establecido tasa especial por el uso de las dársenas, y la cantidad de \$ 10.00 que los barcos fluviales pagan por arrimar a las orillas de las dársenas es cobrada y contabilizada impropiaamente con el nombre de servicio de muellaje".

Los navieros pagaron de 1937 a 1939 la tasa de muellaje, a pesar de que sólo hacían uso de las dársenas, pero pronto empezaron a reclamar porque estaban pagando un servicio —el de muellaje— que no se les prestaba y para solucionar las dificultades, primero, el administrador del Terminal elaboró varios proyectos de decretos, y por último, se expidió el distinguido con el número 2339 de 29 de septiembre de 1944. Este decreto ya se refirió expresamente a las dársenas y fijó las tarifas correspondientes.

Los términos de este decreto sacan adelante la tesis que se viene sosteniendo, es decir, que el derecho de muellaje sólo se causa por el uso del muelle y aunque en el artículo 4º de dicho decreto se dice que "quedan reformadas las disposiciones pertinentes del decreto número 672 de 1937" en realidad no hubo tal reforma, sino que se llenó un vacío, se subsanó una omisión del decreto 672. En efecto, dice el artículo 1º del decreto que se comenta: "Los derechos de muelle para los buques fluviales o los de cabotaje y para los botes, bongos o planchones que atraquen en el muelle marginal del Terminal de Barranquilla y que hagan uso de sus facilidades portuarias, serán los fijados en el decreto número 672 de 1937". Este artículo confirma en forma por demás clara y precisa la tesis de que el derecho de muellaje se paga por el uso del muelle.

Pero como no todas las embarcaciones hacen uso del muelle, pero sí se aprovechan de los beneficios de otras obras portuarias, justo era que se fijara una tasa por "servicio de puerto" y esta tasa, que antes no existía, se estableció mediante el art. 2º ibídem, así: "Las embarcaciones fluviales que carguen o descarguen en el Terminal, pagarán la suma de diez pesos (\$ 10.00) por unidad, como servicio de puerto, y estarán

en la obligación de retirarse de los sitios en donde usualmente se ejecuten estas operaciones, dentro de las doce horas siguientes a la terminación del cargue o descargue. Vencido este término, pagarán la suma de dos pesos (\$ 2.00) por cada hora de demora, siempre que ésta no se deba a fuerza mayor. Cuando haya congestión en el puerto, el Administrador puede reducir el plazo de doce horas, notificándolo por edicto en las oficinas de la Administración".

Este artículo vino a legalizar el *modus vivendi* que se cumplió desde 1939 hasta la vigencia del decreto 2339 de 1944. La tarifa adicional de dos pesos se explica para evitar congestiones en el puerto y abusos de los navieros de permanecer en él más del tiempo necesario. Las restantes disposiciones de este decreto imponen la interpretación que se viene haciendo de su texto.

La circunstancia de que desde 1937 hasta 1939 se hubiera pagado la tarifa completa por los navieros en virtud del uso de las dársenas, no impide el estudio de fondo de la cuestión planteada en el debate ni legaliza la aplicación del decreto.

Pero se argumenta que los navieros pagaban la tarifa de diez pesos y únicamente dejaban de pagar la de dos pesos adicionales y que, o no se pagaba nada, o debía pagarse todo.

El no cobro de la tarifa adicional obedeció a una especie de transacción, a un *modus vivendi* como se dijo arriba, motivado por las divergencias que desde un principio surgieron respecto de la interpretación y alcance que debía darse al decreto 672.

Ha dicho el Consejo (sentencias pronunciadas en los juicios iniciados por Jesús Echeverri Duque y Leonardo Luque Peña, también sobre bienes ocultos, ponencia del doctor Tulio Enrique Tascón), que la interpretación que debe darse a una disposición, a efecto de saber si el Estado tiene o no un crédito a su favor, no es materia de denuncia de bienes ocultos.

En vista de 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, *falla*:

1º *Declárase nula* la resolución de fecha 24 de marzo de 1945 dictada por el Ministerio de Obras Públicas.

2º *Declárase* que no son bienes ocultos los denunciados por el doctor Arcesio López Narváez y a que se refiere la Resolución mencionada en el aparte anterior.

3º Las compañías de navegación no estaban obligadas a pagar los derechos de muellaje por el atraque en las dársenas a que se refiere el decreto 672 de 1937.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Jorge Lamus Girón—Carlos Rivadeneira G.—Jesús Estrada Monsalve—Pedro Gómez Parra—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Srío.

IMPUESTOS

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán)

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

Agotados como están los trámites peculiares de la segunda instancia, procede el Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación concedido al señor Personero Municipal de esta ciudad contra la sentencia de 16 de mayo de 1945, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente juicio iniciado por el doctor Luis F. Reyes Llaña, como apoderado de la señorita María Casas C., sobre nulidad de unas resoluciones dictadas por la Sección Municipal de Catastro y por la Junta Municipal de Hacienda de Bogotá.

Antecedentes

La Sección de Catastro y Nomenclatura de esta ciudad, con fecha 13 de febrero de 1943, en la suma de trescientos ochenta y siete mil pesos el valor catastral del edificio situado en la carrera 8ª de esta ciudad y distinguido con los números 14-01, 14-05, 14-09, 14-13, 14-17, 14-21, 14-23, 14-27 y 14-29, de dicha carrera y 8-10, 8-14 y 8-18 de la calle 14, edificio de propiedad de la señorita María Casas C. Este avalúo debería empezar a regir para los efectos del impuesto respectivo desde el segundo semestre de 1943. El edificio estaba avaluado en el Catastro anterior en la cantidad de doscientos noventa y dos mil pesos moneda corriente.

La Junta Municipal de Aforos, mediante la resolución número 22 de 20 de febrero de 1943, confirmó el anterior avalúo.

Luego la Junta Municipal de Hacienda en resoluciones de 21 de septiembre y 22 de diciembre de 1944, distinguidas con los números 232 y 276 respectivamente, negó los reclamos que contra dicho avalúo intentó el apoderado de la dueña del inmueble por medio de los recursos de apelación y reposición de lo primitivamente resuelto.

La demanda

El doctor Luis F. Reyes Llaña, abogado titulado e inscrito, mayor y de esta vecindad y en ejercicio del poder que por escritura pública le confirió la señorita María Casas C., apoyado en los artículos 65 a 71 y 272 del Código Contencioso Administrativo, en demanda dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca pide que se decrete:

“1º La nulidad por causa de ilegalidad de las resoluciones de fechas trece y veinte de febrero de 1943 de la Sección Municipal de Catastro de Bogotá o Sección de Catastro y Nomenclatura y de la Junta Municipal de Aforos; de las dictadas el cinco de mayo y el quince de junio del mismo año por la referida Sección y de las marcadas con los números 232 y 276 de veintiuno de septiembre y veintidós de diciembre del año pasado, respectivamente, emanadas de la Junta Municipal de Hacienda de Bogotá, todas las cuales corresponden y se refieren a la inscripción de catastro y al inmueble mencionado en el aparte A), de esta demanda;

“2º Que las providencias o resoluciones acusadas están en pugna con la ley y las ordenanzas, son lesivas de los derechos civiles del demandante y están viciadas de error esencial y nulidad administrativa,

en cuanto fijan un avalúo catastral al inmueble en referencia, superior o más alto de su legítimo o verdadero valor comercial;

"3º Que se restablezca el derecho privado del demandante violado o desconocido por las resoluciones acusadas y se disponga en consecuencia, que el precio o avalúo catastral de la finca a que se contraen las anteriores declaraciones, para efectos de la inscripción en el catastro y para el cobro del impuesto predial y demás tributos fiscales es el de doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000.00), o el que se fije con intervención de peritos durante el presente juicio, y que habrá de regir para dichos efectos en armonía con la ineficacia de las resoluciones demandadas, del primero de julio de mil novecientos cuarenta y tres (1943), en adelante; y

"4º Que se ordene o disponga, que toda suma o cantidad que se haya pagado con exceso por el contribuyente por razón de impuesto predial y por concepto de las resoluciones que se dejan anuladas y que excedan proporcionalmente al avalúo que se señala al inmueble en este juicio, deben reintegrarse al demandante por el Tesoro Municipal de Bogotá".

Los hechos fundamentales de la demanda se exponen así en el libelo:

"1º Mi mandante señorita María Casas C., es propietaria del inmueble ubicado en esta ciudad distinguido con los números 14-01 a 14-29 de la carrera 8ª que incluye los números 8-10 a 8-18 de la calle 14 y que según los títulos de propiedad que acompaño a esta demanda, adquirió mi poderdante así: una mitad por permuta celebrada con la señora Patrocinio Carrillo de Casas, consignada en la escritura número 2.286 de 31 de diciembre de 1904 de la Notaría 2ª de Bogotá; la otra mitad por adjudicación que se le hizo en la sucesión de la señorita María del Carmen Casas C. que aparece protocolizada por medio de la escritura número 1.088 de la Notaría 1ª de esta ciudad de fecha 8 de junio de 1922; y la nueva edificación por haberla levantado a sus expensas y con dinero de su exclusiva propiedad.

"2º Dicho inmueble según los títulos de propiedad mencionados en el hecho anterior, linda: "por el oriente, con la carrera octava; por el norte, con casa de Ramón Salgar, hoy el Edificio Cubillos; por el occidente, con casa de Joaquín Reyes; y por el sur, con la calle catorce".

"3º El inmueble de que se trata está inscrito en el Catastro de Bogotá, con el siguiente pormenor: "Registro Catastral de Bogotá: Manzana número (5914) 14-8/2. Registro número 2. María Casas C. Carrera 8ª Nos. 14-01 a 14-29 y que incluye los Nos. 8-10 a 8-18 de la calle 14".

"4º En el año de 1942 y en el primer semestre de 1943, dicho inmueble tuvo un avalúo catastral de \$ 292.000.00, muy por encima de su valor comercial que no llegaba a \$ 225.000.00.

"5º En el mes de febrero de 1943 la Sección Municipal de Catastro de Bogotá, en forma irregular, con abuso o desviación de sus atribuciones legales y desconociendo los derechos consagrados en favor del demandante como propietario y la organización tributaria, decidió elevar de \$ 292.000.00 a \$ 387.000.00 el avalúo catastral de dicho inmueble. Se reclamó contra dicha resolución y luego se apeló ante la Junta Municipal de Hacienda y a ésta se le pidió reposición quedando agotada la vía gubernativa el veintidós (22) de diciembre último.

"6º Esta finca como la acredita el adjunto certificado de la Sección Municipal respectiva, antes de la actual tenía la siguiente nomenclatura: Carrera 8ª Nos. 459 a 473, incluyendo por la calle 14 los Nos. 128 a 132.

"7° Todas las resoluciones demandadas confirman y ratifican el nuevo avalúo de \$ 387.000.00, para que rigiera del 1° de julio último en adelante, o sea, a partir del segundo semestre de 1943".

Considera el demandante que el avalúo dado al edificio es muy superior al comercial y de consiguiente viola las siguientes disposiciones legales: "Constitución Nacional, artículos 29 y 195. Ley 20 de 1908, artículos 17 y 40. Ley 4ª de 1913, artículos 39 y 97, numeral 39, en relación con los artículos 1° y 2° de la Ley 34 de 1920. Ordenanzas de Cundinamarca número 19 de 1912, artículo 5°, inciso C; número 47 de 1915; número 40 de 1916, artículo 2°, y número 8 de 1932".

Las pruebas de la primera instancia

La demandante acreditó con los respectivos títulos su derecho de propiedad respecto del edificio materia del avalúo.

Cuanto a la controversia misma se decretó y practicó una prueba pericial en que actuaron como peritos, por parte del Municipio, el doctor José Joaquín Castro Martínez, el señor Luis Felipe Fonseca y Fonseca, nombrado por la parte demandante y el doctor Carlos Arturo Díaz designado como perito tercero para el caso de discordia. El doctor Castro Martínez consideró que para el segundo semestre de 1943 el edificio en su totalidad valía *cuatrocientos dos mil cuatrocientos cincuenta pesos* y en la fecha del dictamen (5 de junio de 1944) montaba a *cuatrocientos cuarenta y siete mil ochocientos pesos*, es decir, sumas bastante superiores a las fijadas por los catastradores. Los peritos Fonseca y Fonseca, y Díaz, de su parte, y de común acuerdo, dieron el avalúo de *doscientos cincuenta mil pesos*, tanto para el año de 1943 como para la época del dictamen.

La sentencia apelada

El Tribunal con base en el artículo 721 del C. J. y no obstante el concepto adverso del Fiscal de la primera instancia, consideró que debía primar el dictamen de los peritos Fonseca y Díaz, por ser acordes, explicado y debidamente fundamentado y en consecuencia, desató la litis así:

"1° Decláranse nulas las Resoluciones dictadas por la Sección Municipal de Catastro y Nomenclatura del Municipio de Bogotá y la Junta Municipal de Aforos con fechas 13 y 20 de febrero de 1943, lo mismo que las dictadas por la misma Sección con fechas 5 de mayo y 15 de junio de 1943 y las marcadas con los números 232 y 276 de 21 de septiembre y 22 de diciembre de 1943, respectivamente, emanadas de la Junta Municipal de Hacienda de Bogotá, las cuales se refieren al inmueble distinguido con los números 14-01 a 14-29 de la carrera 8ª y 8-04 a 8-18 de la calle 14 de esta ciudad.

"2° Se dispone que el precio catastral del inmueble de propiedad de la señorita María Casas C., denominado "Edificio Florián" y al cual corresponde la siguiente inscripción: "Registro Catastral de Bogotá. Manzana número 5941. 14-8/2. Registro número 2. María Casas C. Carrera 8ª números 14-01 a 14-29 y que incluye los números 8-10 a 8-18 de la calle 14", para los efectos de su inscripción en el Catastro y para el cobro del impuesto predial y accesorios es el de doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000.00) que deberá regir para tales efectos desde el primero de julio de mil novecientos cuarenta y tres en adelante. Tal inmueble se halla alinderado así: "Por el oriente, con la carrera 8ª; por

el norte, con casa de Ramón Salgar, hoy Edificio Cubillos; por el occidente, con casa de Joaquín Reyes; y por el sur, con la calle 14".

"3º El Tesoro Municipal de Bogotá reintegrará a la demandante las sumas de dinero que haya recibido de más por concepto de impuestos en relación con el "Edificio Florián". teniendo en cuenta el avalúo fijado en el punto precedente".

La segunda instancia

Apelada como ya se dijo la sentencia de primer grado, vinieron los autos a esta Superioridad. Aquí se recibió nuevamente el juicio a pruebas y dentro del término respectivo se practicó una inspección ocular, con intervención de peritos. En el acta de dicha diligencia se dejó constancia pormenorizada de la situación del inmueble; de su ventajosa ubicación para efectos comerciales; del número de locales que contiene para oficinas y para almacenes; del producido del edificio; etc., etc. Los peritos señores doctor Hernando Uribe Cualla y Fernando Reina R., luego de exponer la razón de sus conclusiones avaluaron la finca en la suma de quinientos veintidós mil veintún pesos, es decir, fijaron una cifra muy superior al avalúo catastral.

El concepto fiscal

El Fiscal de la Corporación acoge los fundamentos de la sentencia de primer grado y pide que se confirme. Cuanto al dictamen pericial de la segunda instancia conceptúa que es insuficiente para destruir el fundamento de la pericia practicada ante el Tribunal *a quo*.

Las consideraciones del Consejo

La demanda se basa, única y exclusivamente, en que el avalúo catastral asignado al edificio de la demandante por las resoluciones acusadas excede en mucho al valor comercial de la misma finca, y de consiguiente, se quebrantan las disposiciones de carácter superior, según las cuales el avalúo catastral debe corresponder al valor comercial. A propósito sintetiza así el demandante su pensamiento en el alegato de conclusión de la segunda instancia: "La nulidad se basa, en ser ilegales las providencias acusadas, estar en abierta pugna con las ordenanzas de la Asamblea de Cundinamarca, ser lesivas de los derechos civiles de mi mandante y estar viciadas de error esencial y de nulidad administrativa, por cuanto asignan al referido inmueble un nuevo avalúo catastral de \$ 387.000.00 que es superior, o más elevado, que su legítimo o auténtico valor comercial".

No se atacan, pues, las resoluciones acusadas por incompetencia de los funcionarios que la dictaron, por haberse pretermitido trámites de rigor, etc., etc. Se discute el avalúo que los encargados de justipreciar la propiedad inmueble urbana en Bogotá fijaron al edificio de la señorita Casas, avalúo que fue acogido y confirmado por las resoluciones demandadas y esta cuestión escapa a las atribuciones de la jurisdicción contencioso administrativa, porque, de lo contrario, asumirían estos Tribunales el carácter de oficinas de catastro, de avaluadores de la propiedad inmueble y esta función, por la ley, las ordenanzas y los acuerdos está atribuida a otros funcionarios de carácter típicamente administrativo.

La principal misión del Consejo de Estado y de los Tribunales Con-

tencioso Administrativos es la de servir de control de legalidad, y en ocasiones de constitucionalidad, de los actos de la Administración pública.

Entre las normas existe una verdadera jerarquía, cuya cabeza es la Constitución Nacional y siguen en orden descendente las leyes, los decretos del Gobierno Nacional, las ordenanzas, los decretos de los Gobernadores, los acuerdos municipales, los decretos de los alcaldes, hasta finalizar en los actos de los empleados inferiores de la Administración. Para que proceda la sanción de nulidad se requiere que el acto tachado de nulo quebrante disposiciones de carácter superior, dentro de la jerarquía establecida.

¿Pero se podrá decir, en lo tocante al caso de autos, que el avalúo dado por los catastradores infringe normas de carácter superior? El valor de las cosas es esencialmente variable y mudable. En él juegan factores de muy diferente índole, siendo el principal la ley de la oferta y la demanda y luego le siguen las condiciones económicas de determinado lugar, la afectación por determinadas cosas, la utilidad o comodidad que ofrecen y aún, en ocasiones, el simple capricho. No teniendo, pues, las cosas un valor exacto, matemático, mal puede decirse que una resolución administrativa, apoyada en apreciaciones subjetivas de los peritos viole normas de carácter superior. Los diferentes avalúos que han dado los varios peritos que han intervenido en este juicio y los fijados por los catastradores, ponen de manifiesto la verdad de las anteriores consideraciones. Es sabido, conforme a principios de derecho probatorio de aceptación unánime que al demandante, por regla general, corresponde la carga de la prueba y ante la anarquía de los avaluadores, fuerza es atenerse a la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos.

El doctor Reyes Llaña ataca el avalúo acogido en las resoluciones acusadas en función del impuesto predial, al cual le sirve de base, y si esto es así, como lo es en realidad, la acción fue mal elegida, porque de ese avalúo, si era notoriamente errado, se ha debido defender el demandante ante la administración y en todo caso, la acción contencioso administrativa no sería la ordinaria de plena jurisdicción, sino la especial que consagra el Capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo. El artículo 271, primero de este Capítulo, dice: "Toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo".

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, en desacuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia apelada de fecha 16 de mayo de 1945 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente juicio sobre nulidad de varias resoluciones de la Sección de Catastro y de la Junta Municipal de Hacienda de Bogotá, iniciado por la señorita María Casas C. y en su lugar *niega* todas las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Rodríguez—Jorge Lamus Girón—Carlos Rivadeneira G.—Gustavo A. Valbuena—Jesús Estrada Monsalve—Pedro Gómez Parra—Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Srio.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

(Consejero ponente doctor Pedro Gómez Parra)

Consejo de Estado — Bogotá, veintidós de enero de mil novecientos cuarenta y siete.

Por Resolución número 768 de 8 de noviembre de 1945, el Gobernador del Departamento de Boyacá reformó la número 288 del mismo año, dictada por la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros del Departamento, por la cual se reconocía a Hernando Márquez Páez, la suma de tres mil ciento cuarenta y ocho pesos con ochenta y siete centavos (\$ 3.148.87) por auxilio de cesantía, reforma que consistió en reconocer a éste, por ese concepto, tan sólo ochocientos treinta y siete pesos con cuarenta y nueve centavos (\$ 837.49). De aquella Resolución interpuso el interesado, por medio de personero, recurso de reposición, y, en subsidio, de alzada, recursos que le fueron negados por Resolución número 784 de los propios mes y año. El apoderado pidió entonces que se declarase la nulidad de todo lo actuado por la Gobernación en esas diligencias, petición que también le fue negada por Resolución número 801 de dicho año, de la cual se pidió reposición, que igualmente negó por Resolución 822 del año en referencia.

Ejercitando el apoderado las acciones contenciosas reconocidas por los artículos 67 y 63 del C. C. A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Boyacá la anulación de las precitadas Resoluciones 768 y 801 del Gobernador de ese Departamento, las copias auténticas de las cuales acompañó a la demanda, junto con la de la número 288 de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social, las de las referidas Resoluciones 784 y 822 de la Gobernación, y un ejemplar de los Estatutos de esa Caja.

Comunicada la demanda al Gobernador, constituyó este funcionario un apoderado para que representara al Gobierno de Boyacá, con cuyo mandatario se siguió el juicio. En el término probatorio se practicaron, a moción del demandante, las pruebas legales conducentes a establecer que la mentada Resolución de la Caja no fue notificada al interesado ni apelada por él, y que en la Gobernación no se cumplió la fijación en lista para reponer ese proveído.

Surtidas por lo demás, las ritualidades del Cap. XV, Tít. III del C. C. A., el Tribunal de instancia decidió la litis por sentencia de diez de agosto del año próximo pasado, negando las peticiones de la demanda.

Del fallo apeló el demandante, por lo cual fue remitido el proceso a esta Superioridad, donde la actuación prescrita por los artículos 137 y siguientes del mismo Código hállase consumada, y por tanto procede el Consejo a pronunciar el fallo definitivo, mediante las siguientes consideraciones.

I

El actor califica los actos acusados como constitutivos de abuso de poder del Gobernador, y violatorios de las siguientes disposiciones:

“a) De los artículos 9, 10 y 11 de la Ordenanza número 53 de 1939 de la Asamblea de Boyacá, en cuanto por ellos se dispone como único recurso contra las resoluciones de la Junta Directiva mencionada, el de apelación ante el señor Gobernador del Departamento; no están sometidas tales providencias al requisito de la aprobación gubernamental, ni son susceptibles del recurso de consulta;

“b) Del artículo 163 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto al aplicar el señor Gobernador esta disposición, en parte, al caso

de que se trata (auxilio de cesantía), le dio una aplicación indebida: tal precepto reglamenta la tramitación para el reclamo de "pensiones, recompensas, sueldos de retiro, jubilaciones y otros reconocimientos de la misma naturaleza", mas no el de prestaciones sociales propiamente dichas, tales como el auxilio de cesantía, que es de naturaleza distinta, según lo enseñan la doctrina de los autores y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado (v. *Anales del Consejo de Estado*, números 329 a 334, pág. 203).

"(Es de observar que el señor Gobernador al aplicar dicha disposición significa que su aprobación es necesaria por tratarse de "reconocimiento a cargo del Tesoro Departamental", lo que no es exacto, por obvias razones; y que a pesar de abrigar tan errada creencia, negó la apelación interpuesta por el interesado para ante ese H. Tribunal, así como se inhibió de someter a consulta este proveído)".

Asimismo señala el actor como violados por las Resoluciones acusadas, el artículo 12 de la Ordenanza número 30 de 1944 de la Asamblea de Boyacá y el artículo 58 de los Estatutos de la Caja.

II

En orden a la precedencia de las normas violadas, debe estudiarse primeramente la impugnación de los actos jurídicos demandados, por causa de la infracción del artículo 163 del C. C. A., cuyo texto dice:

"Artículo 163. Las pensiones, recompensas y demás reconocimientos de carácter departamental o municipal, se regirán por las anteriores reglas, en lo que fuere pertinente.

"De la resolución correspondiente del Gobernador, si se trata de reconocimiento que afecte al Tesoro Departamental, o del Consejo o del Alcalde, conocerá por apelación o consulta el Tribunal Administrativo competente.

"Si la actuación se cumple ante una entidad con atribuciones otorgadas por ordenanza, acuerdo u otra disposición, el Gobernador o el Alcalde, según los casos, deberán impartir su aprobación a la resolución que se pronuncie".

Afirma el demandante que el Gobernador carecía de competencia para impartirle su aprobación a la Resolución precitada de la Junta Directiva de la Caja, porque este proveído no trata de reconocimiento de ninguna pensión, recompensa, sueldo de retiro ni jubilación, sino tan sólo del auxilio de cesantía que a su mandante dan derecho las Ordenanzas del Departamento, el cual es una prestación social de carácter y naturaleza totalmente diferentes de los de aquellas otras, y que, por tanto, su reconocimiento no requiere la aprobación del Gobernador, prevista por el inciso final de aquel artículo de la ley.

En este sentido razona así:

"...Y si es aplicable, en gracia de discusión, el procedimiento del artículo 163 del C. C. A. a la resolución por medio de la cual ese Despacho reformó la 288 de la Junta, ¿por qué entonces el señor Gobernador niegó a mi mandante el recurso de *apelación* que contra ella interpuso para ante el Tribunal Administrativo? ¿Por qué, en últimas, el señor Gobernador no sometió a la consulta del Tribunal su resolución reformatoria de la de la Junta, siendo así que mediante ella se hace un reconocimiento "que afecta al Tesoro Departamental" o que el Gobernador cree que le está afectando? ¿Cómo es eso de que la Gobernación divide la continencia del precepto para aplicar al mismo caso parte del artículo

(la aprobación) y dejar de aplicar otra parte sustancial del mismo (la concesión de la alzada o la consulta)? Toda esta confusión y embrollo es fruto de la aplicación indebida del artículo 163 del C. C. A. a un caso no regido por él sino por los artículos 9, 10 y 11 de la Ordenanza 53 de 1939, 58 de los estatutos de la Caja, 12 de la Ordenanza 30 de 1944 y 77 y sus concordantes del C. C. A. La incompetencia de jurisdicción del señor Gobernador es manifiesta...”.

III

Ninguna ley ha atribuido jurisdicción al Consejo de Estado para conocer de los recursos que se interpongan en las actuaciones administrativas sobre prestaciones sociales, que por su naturaleza competen a la jurisdicción especial del Trabajo, y, por consiguiente, la competencia que al Consejo asigna el Cap. XVIII del C. C. A. para conocer de apelaciones y consultas de resoluciones sobre pensiones, sueldos de retiro, jubilaciones, recompensas y otros reconocimientos, no comprende los recursos relativos a esas prestaciones. La doctrina constante de esta misma corporación así lo confirma, como acertadamente lo dice el *Tribunal de instancia* en el siguiente pasaje de su fallo:

“Ha sido el Consejo de Estado por medio de constante jurisprudencia el que ha establecido una diferencia de procedimiento de acuerdo con el reconocimiento de que se trata. Así, ha determinado en diversos fallos, que los Tribunales Administrativos no son competentes para conocer en segunda instancia, por apelación o consulta de las resoluciones que versen sobre prestaciones sociales.

“Dicha falta de competencia se debe a que el conocimiento en segunda instancia de las resoluciones que versen sobre prestaciones sociales no ha sido atribuido por ninguna ley, a partir de la 130 de 1930 en adelante, a la jurisdicción contencioso administrativa. Ni aun la ley 167 de 1941, en su capítulo XVIII se refirió de manera especial a tales reconocimientos, en forma tal que no puede considerarse que dicha ley amplió las atribuciones de lo contencioso administrativo, a más de lo que por leyes especiales anteriores les había atribuido. De ahí el que de dichas resoluciones sólo pueda conocer la justicia contencioso administrativa, por recursos de anulación y de reconocimiento del derecho, contra las providencias administrativas, que los niegan, y en virtud de lo prescrito en el artículo 62 y siguientes del Código de lo Contencioso Administrativo”.

Conforme a esta doctrina fue jurídica, por tanto, la negación del Gobernador del recurso de alzada de la Resolución número 768 impugnada.

El inciso final del preinserto artículo 163 del C. C. A. no concede recurso alguno contra la resolución que dicte el Gobernador respecto al reconocimiento que haga la entidad a que el mismo texto se refiere, y en virtud de ese silencio de la ley esa resolución debe considerarse como el término o fin de la actuación administrativa, es decir, como un acto administrativo, que, como tal, no es susceptible de apelación ni de consulta, lo cual no empece para que sea impugnabile por el ejercicio del contencioso de anulación, como lo ha sido en el presente juicio. De suerte que, por este otro aspecto, estuvo igualmente ajustada a derecho la negativa de dicho funcionario a conceder la apelación en referencia.

En el caso de autos, la propia norma legal ordena imperativamente someter a la aprobación del Gobernador las resoluciones que como la

número 288 de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros del Departamento de Boyacá, disponen algún reconocimiento en virtud de atribuciones otorgadas por Ordenanzas. La simple lectura de ese texto manifiesta de modo categórico esa competencia. De modo que son a todas luces improcedentes las alegaciones del demandante de que ese funcionario era incompetente para aprobar tal resolución y que debía declararse nulo todo lo actuado al respecto por falta de jurisdicción. Y siendo, por tanto, incuestionable la competencia del Gobernador para aprobar esa clase de resoluciones, también lo es para no aprobarlas o para reformarlas, en la forma que lo hizo, en virtud del principio jurídico que "el que puede lo más puede lo menos".

Por razón de esa competencia legal, el Gobernador debe conocer de esa clase de resoluciones de reconocimiento, sin necesidad de que de ellas se haya interpuesto ningún recurso, y quien las dicta está obligado, en cumplimiento de la ley, a someterlas a la aprobación del Gobernador, aunque no se hayan notificado, porque ese es un requisito legal para la ejecutoria del acto, cuya evacuación no requiere fijación en lista, desde luego que ese funcionario conoce de la actuación o reconocimiento no porque haya sido recurrido, sino por precepto del legislador. Nada operan, por tanto, contra la juridicidad de la Resolución del Gobernador, las pruebas producidas en el juicio.

Cuando se ejercita el contencioso por exceso de poder, o contencioso de anulación, como en esta litis, sólo corresponde al juzgador resolver si el funcionario que dictó el acto de autoridad de que se reclama tenía o no competencia para ello, y en caso afirmativo, establecer si lo ejecutó de acuerdo con los requisitos y formalidades legales, o se excedió en sus facultades, o si, con dicho acto violó algún precepto legal. El Tribunal sólo puede considerar el acto en su aspecto puramente legal, o sea aquellas cuestiones de derecho que comportan una infracción de la ley, sin que, por motivo alguno, pueda entrar al examen de los hechos, cualquiera que sea la importancia de ellos en la dictación del acto reclamado.

Comprobado como queda que el Gobernador sí era competente para dictar su resolución impugnada, que lo hizo conforme a las prescripciones y facultades de la ley, y que no violó al hacerlo ningún precepto legal, sólo nos resta analizar si en la ejecución de ese acto quebrantó las ordenanzas departamentales. A este respecto procede establecer que de acuerdo con el artículo 110 del C. P. y M. (Ley 4ª de 1913) "es nula toda ordenanza que sea contraria a la Constitución y a las leyes", y que, conforme al artículo 240 ibidem, "el orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos departamentales son las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del Gobernador y las órdenes de los superiores". De manera que, si alguna de las ordenanzas citadas por el actor substraer de la competencia del Gobernador la facultad de dictar su cuestionada resolución, esa substracción sería nula, sin valor ni efecto, por fuerza del mandato preferente de la ley, y el Gobernador procedió legalmente en desconocerla, de acuerdo con el último de tales preceptos.

Tampoco transgredió el Gobernador ninguna de dichas ordenanzas en la reforma que hizo por su Resolución 768 de 1945, de la cuantía del reconocimiento hecho por la Caja, ajustándolo a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ordenanza 53 de 1939, por cuanto que aquel artículo es la última disposición que regla la materia en el orden departamental. No procedía hacer esa liquidación de acuerdo con la Ley 6ª de 1945, como

jurídicamente lo dice el Gobernador, y lo prohija el fallo apelado, en el siguiente período de la propia Resolución:

“La atenta lectura de la Ley 6ª de 1945, nos lleva a la conclusión de que ella fue dictada para que tuviera aplicación inmediata con relación a los empleados particulares y a los nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección III ‘De las prestaciones oficiales’. Con relación a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, estableció el artículo 22, que el Gobierno, teniendo en cuenta sus respectivas condiciones económicas, señalará por medio de decreto las prestaciones que hayan de pagar a los empleados y obreros correspondientes; y por medio del artículo 23 señaló un plazo de seis meses a partir de la promulgación de la ley, para crear las Cajas o instituciones de previsión observando en lo pertinente las disposiciones de la ley. Siendo éstas, disposiciones especiales relacionadas con los Departamentos, hay que atenerse a ellas, mientras el Gobierno no dicte el Decreto correspondiente en que señale las prestaciones que hayan de pagar. Mientras este Decreto no se dicte, los Departamentos tienen, por fuerza, que seguir aplicando las disposiciones ordenanzaes, tanto más, si se estima que el artículo 21 de la precitada Ley 6ª dispone: ‘Las instituciones de previsión social de empleados y obreros oficiales, ya existentes, podrán, a su arbitrio, y por decisión de sus organismos directivos, fundirse con la Caja que por la presente ley se crea, o continuar como entidades independientes, en cuyo caso los empleados y obreros afiliados a ellas no gozarán sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas asociaciones o corporaciones’.

En cuanto a la acusación que se hace por violación de los Estatutos de la Caja, cabe observar que no consta por ninguna parte que esos Estatutos sean en sí un cuerpo de ordenanza determinada, porque una cosa es que la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros del Departamento de Boyacá, tenga como disposiciones sustantivas las Ordenanzas que enumera el artículo 3º de dichos Estatutos, y otra sustancialmente diversa que ellos sean Ordenanza del Departamento. Y si no lo son, como no aparece probado que lo sean, no procede, conforme al artículo 63 del C. C. A. la acusación interpuesta por ese motivo.

IV

Si no hubo, por tanto, como no aparece demostrado que la hubiera, infracción de ninguna ley ni de las Ordenanzas invocadas, en el pronunciamiento de los actos impugnados, no hay lugar a su anulación por exceso de poder, y de consiguiente tampoco procede el contencioso de plena jurisdicción, cuya consecuencia directa es, porque no habiéndose violado ninguna norma superior no cabe restablecer a nadie en el ejercicio de un derecho que mal pudo haberse violado.

V

El señor Fiscal del Consejo se decide en su vista de fondo por la confirmación del fallo de estudio.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Habilítese el papel a que haya lugar.

Guillermo Hernández Rodríguez — Pedro Gómez Parra — Carlos Rivadeneira G. — Gonzalo Gaitán — Gustavo A. Valbuena — Jesús Estrada Monsalve — Jorge Lamus Girón — Luis E. García V., Srio.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente, doctor Pedro Gómez Parra)

Consejo de Estado — Bogotá, veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y siete.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la demandante, ha venido a conocimiento del Consejo de Estado la Resolución número 1988 de 7 de noviembre de 1946, dictada por el Ministerio de Guerra, por la cual se reconoce y ordena pagar a la señora María Purificación Barón v. de Carreño una pensión vitalicia, por la muerte en servicio activo de su hijo el Subteniente Isaac Carreño Barón.

Como por razón de la sentencia de doce de junio de mil novecientos treinta y cinco, dictada por el Consejo de Estado, se decretó a favor de los señores Isaac Carreño y María Purificación Barón de Carreño, padres del Subteniente fallecido, una recompensa de dos mil quinientos noventa y dos pesos (\$ 2.592.00) moneda corriente, el Ministerio de Guerra, en la Resolución apelada, dispuso: "pero no será cubierto su importe a la beneficiaria, hasta tanto el valor acumulado de las pensiones compense la cantidad de dos mil quinientos noventa y dos pesos (\$ 2.592), suma que como recompensa por la muerte del Subteniente Emilio Isaac Carreño Barón, recibieron sus padres legítimos".

Asimismo se dijo allí que debía revalidarse el papel común empleado en la actuación.

El apoderado de la demandante, al darse por notificado de la Resolución del Ministerio, manifiesta que apela de ella "ante el Consejo de Estado, para demostrar allá que no hay que revalidar ninguna hoja de papel porque de acuerdo con la Ley 99 de 1936 todas estas diligencias se practican en papel común y tampoco se exige estampillas de timbre, y para demostrar que tampoco se puede descontar a mi poderdante la suma que recibió como recompensa....". Fuera del memorial aludido, ninguna otra gestión ha hecho dicho apoderado ante esta Superioridad para fundamentar su apelación.

En el expediente aparecen demostrados los siguientes hechos:

a) Que el señor Subteniente del Ejército Nacional Emilio Isaac Carreño Barón falleció mientras prestaba sus servicios en las Fuerzas Militares, lo que ocurrió en Tarapacá el 3 de diciembre de 1933 de manera accidental cuando se preparaba, junto con otros compañeros de armas, a efectuar un reconocimiento en los alrededores de ese puerto;

b) Que Emilio Isaac Carreño Barón era hijo legítimo de José Isaac Carreño, ya fallecido, y María Purificación Barón;

c) Que el Subteniente Carreño Barón murió soltero y sin haber dejado descendientes;

d) Que la peticionaria es persona pobre, de escasos medios de fortuna y observa conducta intachable; y

e) Que la peticionaria no es deudora del Tesoro Nacional.

Con fundamento en las disposiciones de la Ley 99 de 1936, el Ministerio de Guerra, por medio de la Resolución referida, que ha sido apelada, decretó favorablemente lo pedido, con las salvedades de que se hizo mérito.

Dos son las objeciones hechas por el apelante a la Resolución del Ministerio de Guerra: la revalidación del papel común empleado en la actuación, y el hecho de que el importe de la pensión, o sea, la suma de treinta pesos mensuales, no le será cubierta a la beneficiaria hasta tanto

que el valor acumulado de las pensiones compense la cantidad que la misma peticionaria y su esposo recibieron como recompensa por la muerte de su hijo el Subteniente Carreño Barón.

Por lo que mira a la revalidación del papel común, el inciso 4º del artículo 3º de la Ley 99 de 1936, dispone expresamente que, en estos negocios, "todá la actuación se llevará en papel común y estará libre de todo otro impuesto fiscal". Por consiguiente, no hay lugar a la revalidación decretada por el Ministerio de Guerra.

El señor Fiscal de esta Corporación, en su vista de fondo, pide que se confirme en todas sus partes la Resolución apelada y, para fundar su opinión en cuanto dice relación a la acumulación de las pensiones hasta que el valor de ellas compense la cantidad que los esposos Carreño-Barón recibieron como recompensa, cita el artículo 5º del Acuerdo número 1º de 1936, dictado por el Consejo de Estado en desarrollo de la autorización que la misma Ley 99 le confirió y que dice:

"Artículo 5º Cuando alguna de las personas favorecidas por la ley a que este acuerdo se refiere, hubiere recibido recompensa a virtud de leyes anteriores, deberá expresar tal circunstancia en su demanda y el Consejo, al resolver sobre la pensión, ordenará en todo caso que por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se descuente el valor de dicha recompensa hasta su compensación total".

La aplicación de esta disposición tiene dos aspectos, en el caso de autos, que es preciso dilucidar.

En primer lugar, la recompensa que, por valor de \$ 2.592.00 fue decretada a favor de los esposos José Isaac Carreño y María Purificación Barón, la recibieron ellos, como es natural, por partes iguales, es decir, que a cada uno de ellos le correspondió la suma de \$ 1.296.00. No sería justo, por ende, que la señora viuda Barón de Carreño, estuviera obligada ahora a pagar, por medio de descuentos sucesivos, no sólo lo que ella recibió como recompensa, sino lo que le correspondió a su marido, ya difunto.

De lo cual se deduce rectamente que, como está insinuado, a la señora Barón de Carreño no se le puede descontar sino la suma de mil doscientos noventa y seis pesos (\$ 1.296.00), y en ese sentido la Resolución de que se trata habrá de ser reformada.

En segundo lugar, al estudiar detenidamente el artículo transcrito, se observa que allí no se indicó en qué forma ni en qué cuantía debe verificarse el descuento hasta la compensación total. Hacer ese descuento de modo que cope en su totalidad el monto mensual de la pensión es hacer irrisoria la misma pensión, dejarla sin aplicación efectiva, sobre todo en tratándose de beneficiarios de edad avanzada, a quienes no vendría a beneficiar sino tardíamente y, en ocasiones, en ninguna oportunidad.

El Consejo de Estado ha sentado la doctrina de que las disposiciones legales y reglamentarias de las prestaciones sociales deben ser de benévola, amplia, liberal y cristiana interpretación, porque ese es el espíritu de la legislación social que nos rige.

De modo que, en el negocio de autos y en otros similares, no habiendo disposición expresa que regule la forma ni la cuantía del descuento que debe hacerse a los beneficiarios para compensar la recompensa recibida anteriormente, el Consejo de Estado puede, sin violentar el espíritu de las leyes sociales y sin violar disposiciones anteriores, re-

gular, por medio de doctrina, la forma y la cuantía del descuento de que se viene tratando, aplicando por analogía y de conformidad con el aforismo jurídico de que *donde hay la misma razón debe haber la misma disposición*, lo que dispone el inciso 2º del artículo 12 de la Ley 64 de 1946, que dice:

“Redúcese al diez por ciento (10%) el descuento hecho a las pensiones para el pago de la cesantía anticipada, préstamos u otros conceptos”.

Los anteriores conceptos son suficientes para que el Consejo de Estado, de acuerdo en parte con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelva reformar, como en efecto reforma, la Resolución que ha sido materia de la alzada, así:

Primero. Reconocer con cargo a la apropiación correspondiente del Presupuesto del Ministerio de Guerra y a favor de la señora María Purificación Barón viuda de Carreño, portadora de la tarjeta de identificación postal número 68 de Guacamayas (Boyacá), el derecho a recibir una pensión mensual vitalicia de treinta pesos moneda corriente (\$ 30) por la muerte de su hijo el Subteniente Emilio Isaac Carreño Barón, ocurrida en Tarapacá durante la campaña del Sur, reconocimiento que se hace con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 99 de 1936.

Segundo. El reconocimiento de la pensión de que se trata tiene vigor a partir de la fecha de esta sentencia y de su importe se le descontará a la beneficiaria mensualmente el diez por ciento (10%) de dicha pensión, hasta tanto que el monto de esos descuentos compense la cantidad de mil doscientos noventa y seis pesos (\$ 1.296.00), suma que como recompensa por la muerte del Subteniente Emilio Isaac Carreño Barón, recibió la señora Barón viuda de Carreño.

Tercero. No es el caso de revalidar el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Guillermo Hernández Rodríguez — Pedro Gómez Parra — Gonzalo Gaitán — Carlos Rivadeneira G. — Jesús Estrada Monsalve — Jorge Lamus Girón — Gustavo A. Valbuena — Luis E. García V., Srio.

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

(Consejero ponente, doctor Pedro Gómez Parra)

Consejo de Estado — Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cuarenta y siete.

La Ordenanza número 45 de 1945 (20 de junio) expedida por la Asamblea de Nariño, "por la cual segrega del Municipio de La Cruz el Corregimiento de Briceño y del de Arboleda el de Cartago y se agregan los Distritos de San Pablo y La Unión, en su orden, fue acusada de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Nariño por el abogado inscrito doctor Carlos Bedoya Cajiao, en su propio nombre y diciéndose apoderado del Municipio de La Cruz, según libelo presentado el 9 de julio de 1945. Coetáneamente, el abogado inscrito doctor Efraín Osejo Peña, por sí y además como apoderado del Municipio de Arboleda, demandó, ante el mismo Tribunal, que se declarasen nulos los artículos 3º y 4º de la propia Ordenanza. Ambos demandantes pidieron la suspensión provisional de los actos jurídicos impugnados.

El Tribunal de instancia suspendió provisionalmente en ambos juicios las disposiciones demandadas, y apelados para ante el Consejo de Estado los respectivos proveídos, fueron revocados por los Consejeros a quienes correspondieron los juicios en repartimiento.

Vueltos los autos a ese Tribunal y surtidas las formalidades rituales, falló las querellas en forma contradictoria, desatando la primera por sentencia del 23 de febrero de 1946, que anula la Ordenanza en su integridad, y la segunda, por sentencia del 10 de diciembre de 1945, que declara no ser el caso de decretar la nulidad impetrada con relación a los artículos 3º y 4º de la Ordenanza en cuestión. De tales fallos apelaron los interesados, y remitidos los autos a esta Superioridad, repartieronseles a los mismos Consejeros que revocaron la suspensión provisional. Solicitada la acumulación de los negocios, se le dio la tramitación correspondiente, aprehendiendo el conocimiento el Consejero del proceso más adelantado, y estando ahora los asuntos en un mismo estado y agotada la actuación de la alzada, se procede a dictar bajo una misma cuerda la sentencia que le ponga término.

I

El acto acusado es del tenor siguiente:

"Ordenanza número 45 de 1945 (junio 20), por la cual se segrega del Municipio de La Cruz el Corregimiento de Briceño y del de Arboleda el de Cartago y se agregan a los Distritos de San Pablo y La Unión, en su orden:

La Asamblea de Nariño, en uso de sus facultades legales y considerando: Que para la expedición de la presente Ordenanza se han cumplido los requisitos señalados en la Ley 62 de 1939 y demás preceptos constitucionales y legales que rigen para la segregación de términos municipales, *ordena*:

"Artículo 1º El territorio que ha venido integrando el Corregimiento de Briceño en el Distrito de La Cruz, pasa según esta Ordenanza a formar parte integrante del Municipio de San Pablo.

"Artículo 2º En consecuencia, los límites entre los Distritos de San Pablo y La Cruz, en la parte afectada por esta Ordenanza, serán los siguientes:

"Principiando en el puente sobre el río Mayo, que da paso de Cabu-

yales a Briceño, sigue por el río Mayo aguas arriba, hasta encontrar por la izquierda la quebrada que baja de San Gerardo; por éstas aguas arriba hasta donde le cae por la izquierda el zanjón del 'Derrumbe'; aguas arriba de este zanjón, pasando por su nacimiento, a la loma que forma el cerro del 'Baile'; y por la mediación de la loma o cuchilla arriba, hasta encontrar la línea divisoria entre los Departamentos de Nariño y el Cauca.

"Artículo 3º El territorio que forma el Corregimiento de Cartago en el Distrito de Arboleda, pasa conforme a esta Ordenanza, a formar parte del Distrito de La Unión.

"Artículo 4º Los límites entre los Distritos de La Unión y Arboleda, en la parte afectada por esta Ordenanza, serán los siguientes:

"Por el suroeste, empezando desde la altura del cerro de Chimayoy, desde aquí tomando una depresión a dar al nacimiento de la quebrada de Chapiurco, ésta, aguas abajo, hasta donde se le une el zanjón de la Comunidad; de este punto hacia el sur, hasta dar al punto de 'Las Gavillas', y continuando por 'Las Achupallas', por la cima, cuchilla arriba, hacia el occidente, hasta encontrar el camino que conduce a San Lorenzo, en el punto que corta el camino que conduce de La Unión a Berruecos, pasando por el lugar donde fue herido el General Julio Arboleda, o sea 'El Arenal'.

"Artículo 5º Esta Ordenanza regirá desde el primero de julio próximo (1945).

"Dada en Pasto, en el salón de sesiones de la Asamblea, a diez y nueve de junio de 1945".

Como hechos fundamentales de las acciones propuestas, se alegaron, en síntesis, por uno y otro demandantes:

Que el proyecto que luego fue Ordenanza 45 de 1945 fue presentado sin la documentación que exige la ley para la agregación y segregación de términos municipales; que, a pesar de esto, la Asamblea le dio curso, pasándolo al estudio de la Comisión de División Territorial; que esta Comisión, aunque notó varias anomalías, como la de no haberse determinado que las solicitudes fueran suscritas siquiera por la mitad de los vecinos de los Corregimientos de Briceño y Cartago, propuso que se le diera segundo debate, de acuerdo con el pliego de modificaciones presentado; que solamente se trajo al expediente el informe del Gobernador el cual, lejos de llenar los vacíos, los hacía todavía más patentes; que en ninguna parte consta que siquiera la mitad de los vecinos del Corregimiento de Cartago hubieran solicitado la segregación, y no solamente eso, sino que las firmas que aparecen en el memorial no son auténticas o son de personas no a vecindadas en los Corregimientos interesados; que de llevarse a cabo las segregaciones ordenadas, la vida de los Municipios de Arboleda y La Cruz se tornaría en extremo precaria, por la disminución de sus rentas y del número de habitantes, y que, según los arbitrarios límites señalados en los artículos acusados, no sólo se afectan los términos de los Corregimientos de Cartago y Briceño, sino los límites de los Corregimientos de Gómez y San Gerardo.

El derecho alegado en la demanda de nulidad de los artículos 3º y 4º de la Ordenanza acusada por el Personero del Municipio de Arboleda es la violación del artículo 186 de la Constitución, porque la Asamblea no llenó los requisitos establecidos en el artículo 8º de la Ley 62 de 1939. A su turno, el apoderado del Municipio de La Cruz señaló como violados

por el acto acusado del mismo artículo 186 de la Carta, ordinal 4º; 148 a 153 del Código de Régimen Político y Municipal; 7º de la Ley 71 de 1916; 1º de la Ley 49 de 1931 y 8º de la Ley 62 de 1939.

Con la demanda del Municipio de La Cruz se acompañaron: la copia del acto impugnado; dos números de los Anales de la Asamblea, autenticados, en los cuales aparecen publicados el proyecto de Ordenanza, la exposición de motivos, la petición de segregación del Concejo de San Pablo, la protesta del Municipio de La Cruz, y la lista de los Diputados elegidos por la Asamblea para formar la Comisión de División Territorial; un número del periódico *El Derecho*, de 20 de junio de 1945; copia de algunos elementos o documentos que sirvieron a la Asamblea para la expedición de la Ordenanza acusada; copia del Acuerdo número 8 de 1945, expedido por el H. Concejo Municipal de La Cruz, sobre límites; y el poder conferido al actor para instaurar el juicio.

Y al libelo de demanda del Municipio de Arboleda se adjuntó copia del proyecto de Ordenanza que presentaron ocho Diputados, con el informe de la Comisión de División Territorial y del Gobernador del Departamento; un número de la *Gaceta Departamental* en que fue publicada la referida Ordenanza y el poder otorgado por el Personero Municipal para la acuación.

En la primera instancia tan sólo se pidieron pruebas por el Municipio de La Cruz, las cuales aparecen decretadas por auto de 26 de septiembre de 1945 (fol. 33, cuaderno 2º), en tanto que en el segundo grado del juicio se decretaron y produjeron las pedidas por el personero conjunto de los municipios demandantes, en libelo visible al folio 84 del mismo cuaderno.

En esta misma instancia, los Municipios de La Unión y San Pablo se hicieron representar por un solo abogado, quien, en nombre del primero, pidió que se confirmara la sentencia por la cual se mantiene la vigencia de los artículos 3º y 4º de la Ordenanza acusada, y, como personero del segundo, alega la revocación de la sentencia por la cual se anularon los artículos 1º y 2º de la propia Ordenanza.

II

Según el ordinal 4º del artículo 187 de la Constitución (83 del Acto Legislativo número 1º de 1945), corresponde a las Asambleas:

“4º Crear y suprimir Municipios, agregar o segregar términos municipales y fijar límites entre los Distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley”.

La agregación o segregación de términos municipales correspondientes a un mismo Departamento están regladas hoy por el artículo 8º de la Ley 62 de 1939 para las regiones donde se adelanten los trabajos del Catastro Nacional, como lo previene el artículo 12 de la misma ley, y por el artículo 7º de la Ley 71 de 1916, para las demás, el cual estatuye lo siguiente:

“Ley 71 de 1916.

“Artículo 7º Para agregar o segregar términos municipales y para aclarar líneas dudosas limítrofes de los Municipios, correspondientes a un mismo Departamento, deben cumplirse previamente estas condiciones:

“a) Petición hecha a la Asamblea respectiva por los Concejos Municipales de los Municipios afectados.

"b) Estudio del punto en cuanto a límites por una Comisión plural de ingenieros nombrados así: dos ingenieros por los Concejos y un tercero por la Gobernación.

"c) Informe de este funcionario.

"Si alguno de los Concejos se negare a la petición, el Municipio o Municipios interesados pueden suplir aquella formalidad enviando, cada uno de ellos, peticiones razonadas y suscritas por quinientos ciudadanos vecinos, por lo menos. Las Asambleas podrán trasladar las cabeceras de los Municipios a otros lugares, dentro del respectivo territorio, siempre que previamente se llenen estas condiciones: petición razonada del Concejo Municipal y por lo menos de quinientos vecinos, e informe del Gobernador sobre el particular.

"Son nulas las ordenanzas que se dicten en contravención de este artículo".

Dichas Leyes 62 de 1939 y 71 de 1916, que habían sido acusadas de inconstitucionales e impugnadas como tales en el juicio por el apoderado de los Municipios de La Unión y San Pablo, han sido declaradas exequibles por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de octubre de 1945. De manera que es a la luz del preinserto artículo 7º de la última de ellas como deben decidirse las cuestiones debatidas, por no haberse —dictado como ya se dijo— cuando se expidió al Ordenanza impugnada, la Resolución de los Ministerios de Gobierno y de Hacienda, en relación con el Departamento de Nariño, prescrita por el artículo 12 de aquella ley, que dice textualmente:

"Artículo 12. Las disposiciones de la presente ley regirán en reemplazo de las Leyes 101 de 1919 y 71 de 1916 (artículo 7º), en las regiones en donde se adelanten los trabajos de Catastro Nacional. Y en tales regiones el plano previsto en el artículo 148 de la Ley 4ª de 1913, debe ser ejecutado por un Ingeniero Catastral".

Así lo determinan el artículo 12 de la misma Ley 62 de 1939 y el artículo 1º del Decreto Ejecutivo número 803 de 1940, que la reglamenta.

Se acusa en ambos juicios la Ordenanza demandada porque, en concepto de los actores, no se llenaron los requisitos constitucionales y legales para la agregación y segregación de términos municipales y fijación de límites entre los Distritos. Este concepto o afirmación tiene en su contra la presunción de legalidad que ampara los actos oficiales, la cual comporta para los demandantes la obligación de probar que el legislador seccional omitió el cumplimiento de las formalidades requeridas por el citado artículo 7º de la Ley 71 de 1916 para la expedición de dicho acto, es decir, que no mediaron para ello la petición motivada hecha a la Asamblea Departamental por los Concejos Municipales, ni el estudio de los límites por la Comisión de Ingenieros, ni el informe del Gobernador.

El Consejo de Estado, en el auto por el cual revocó la suspensión provisional, dijo lo siguiente:

"Como se ve, no se impugna la Ordenanza por la falta de informe del Gobernador, que sería en vano alegar que no se presentó, cuando obra en copia al folio 3º, informe en que el Gobernador manifiesta su concepto favorable a la segregación del Corregimiento de Cartago del Distrito de Arboleda para agregarlo al de La Unión. (Ahora debe agregarse que el informe también se refiere a la segregación del Corregi-

miento de Briceño, del Distrito de La Cruz para agregarlo al de San Pablo).

"En el mismo informe dice el Gobernador que los vecinos del Corregimiento de Cartago respaldan la solicitud anterior en memorial dirigido a la Asamblea, "en el cual aparecen más de quinientos signatarios que expresan su voluntad de pertenecer al Municipio de La Unión" (lo mismo dice el informe del Gobernador respecto de la petición de más de quinientos vecinos del Corregimiento de Briceño, manifestando su voluntad de segregarse del Municipio de La Cruz).

"Sobre este particular, la Comisión que informó en la Asamblea para segundo debate dijo en su informe: 'Sería un tremendo error negar que de acuerdo con la reforma legal municipal de segregación de términos municipales, no sean imprescindibles las firmas de más de la mitad de los vecinos de las regiones que se tratan de segregar, pero ante la realidad de no poderse saber legalmente la población de esos Corregimientos, no es posible, desde luego, legalmente también sostener para el caso de ellos esa exigencia de firmas'.

"El Consejo considera que corresponde al demandante la prueba de que las firmas que respaldan la solicitud sobre segregación del Corregimiento de Cartago no corresponden a la mitad siquiera de los habitantes de ese Corregimiento, y que no son auténticas. (Lo mismo puede decirse ahora de las firmas que respaldan la solicitud sobre segregación del Corregimiento de Briceño).

"En cuanto al requisito exigido en el aparte b), manifiesta la Gobernación en su informe lo que en seguida se transcribe: 'e) Que en el presente caso cree la Gobernación de Nariño que no es aplicable la Ley 62 de 1939 en lo que se refiere al estudio de los límites por el Ingeniero Catastral, puesto que así lo manifiesta el Instituto Geográfico Militar y Catastral en comunicación dirigida a la Oficina Seccional de Catastro, puesto que en el caso de Nariño no se ha expedido aún la resolución entre los Ministerios de Gobierno y de Hacienda, de que trata el artículo 1º de la citada ley'.

"Aparte de esto, cabe observar que el demandante no acusó expresamente la Ordenanza de segregación por la falta de este requisito.

"El Tribunal *a quo*, para suspender como lo hizo las disposiciones acusadas, no invocó la violación manifiesta u ostensible de ningún precepto legal, sino que se basó en que el artículo 1º de la Ley 49 de 1931 exige que para que un Municipio pueda estar sujeto a segregaciones, es menester que quede con una población no menor de 12.000 habitantes, pero es el caso que dicha disposición no contempla el caso especial de agregaciones o segregaciones de términos municipales, sino el de creación de nuevos Municipios, caso para el cual exige que el de nueva creación tenga cierta población y que aquel de que se segrega quede con otra determinada".

Ese estado de derecho de las querellas, ayuno de pruebas y de elementos de convicción para su prosperidad, que anotan los pasajes transcritos del auto del Consejo de Estado que revocó la suspensión provisional, no logró modificarse en el debate judicial, porque, no obstante que en la primera y en la segunda instancia se produjeron algunos medios probatorios, unos de ellos fueron deficientes y los otros inconducentes a la causa o razón de las demandas, como se verá en los subsiguientes períodos de este fallo.

Afirmase en la sentencia que desató la demanda propuesta por el Municipio de La Cruz, que no se presentó el informe de la Comisión plural de ingenieros que requiere el numeral b) del artículo 7º precitado, a cuyo respecto cabe observar que en la segunda instancia del juicio se pidió por el apoderado de los Municipios demandantes la prueba de las constancias de tal informe existentes en el archivo de la Asamblea de Nariño, sobre lo cual dice el archivero de esa Corporación en oficio que obra al fol. 86 del cuaderno 2º:

“Con respecto al informe de los Ingenieros Catastrales nombrados para que constaten los límites de los Municipios cercenados, comunico a esa Secretaría que en el archivo de la Asamblea Departamental no existe informe alguno sobre el particular, siendo de advertir que el cargo de Archivero de esta Asamblea fue creado últimamente”.

De lo cual se deduce que sí fueron nombrados los Ingenieros Catastrales para constatar los límites de los Municipios minorados, aunque en el archivo de la Asamblea no existe informe alguno sobre el particular, acaso por lo que certifica el Secretario de la Corporación en documento legible a los fols. 5 v. y 6 del cuaderno 2º, en donde dice que la documentación que tuvo en cuenta la Comisión que rindió el informe relativo a la segregación solicitada, según consta en el libro de recibos, se halla en poder del doctor Manuel Zarama.

Además, contra la atestación de no haberse aducido al estudio de la H. Asamblea de Nariño el informe en referencia, opónese la declaración formal de la propia Asamblea que, como preámbulo del acto acusado, afirma: “Que para la expedición de la presente Ordenanza se han cumplido los requisitos señalados en la Ley 62 de 1939 y demás preceptos constitucionales y legales que rigen para la segregación de términos municipales”.

Opónese asimismo a esa negación el informe del señor Gobernador del Departamento (fols. 6 y 7 v. del cuaderno 1º) sobre el proyecto de la propia Ordenanza, informe que, previa la consideración de todos los documentos que aparejan el proyecto, concluye así: “Por lo anteriormente expuesto, la Gobernación de Nariño rinde un informe favorable al proyecto de Ordenanza sobre segregación de los Corregimientos de Briceño y Cartago, porque cree que tal proyecto está ajustado a las disposiciones constitucionales y legales que rigen sobre la materia. Honorables Diputados (fdo.) *Carlos C. Acosta*, Gobernador”.

De manera que este conjunto de atestaciones y declaraciones contestes de corporaciones y funcionarios públicos constituidos en alta dignidad, como lo es la Asamblea Departamental de Nariño y el Gobernador del Departamento, testimonios que guardan congruencia con lo certificado por el Secretario y el Archivero de aquella misma Corporación, no solamente hacen verosímil sino lógicamente presumible que el memorado informe de la Comisión de Ingenieros sí fue producido y tenido en cuenta para la expedición de la Ordenanza impugnada.

Resta considerar la inspección ocular producida en la segunda instancia del juicio, a petición del apoderado de los Municipios demandantes, “a fin de establecer —dice él— que en la segregación hecha en favor de los Municipios de San Pablo y La Unión, se segregó gran parte de los Corregimientos de San Gerardo en el Municipio de La Cruz, y de Gómez, en el Municipio de Arboleda, tomando por Corregimiento de Cartago la parroquia de Cartago”. Ante todo, cabe observar, como ya lo

hiciera el Consejo de Estado en el auto que revocó la suspensión provisional, que la Ordenanza no ha sido acusada porque en las segregaciones que decreta se haya tomado esta o aquella parte de aquellos Corregimientos, sino porque para ordenar esas segregaciones se omitieron los formalismos que prescribe la ley. Esta es la razón jurídica que se arguye para la acusación, como bastan a probarlo las extensas alegaciones de los actores sobre los textos de la Carta y de la ley que consideran preteridos. No son los límites de los Distritos la materia de la controversia, la fijación de los cuales es, por otra parte, de competencia de las Asambleas (97, ord. 32, Ley 4^a de 1913, 7^o Ley 71 de 1916) y en la Ordenanza acusada aparecen señalados determinadamente, de suerte que no prosperan las inspecciones y probanzas al respecto para invalidar el acto, tanto menos cuanto que los Acuerdos Municipales que se transcriben en la propia diligencia de inspección ocular, sobre anteriores alinderamientos, no contienen ninguna constancia de la aprobación de la Gobernación para su validez (artículo 177 C. R. P. y M.), así como tampoco de que sean auténticos.

No siendo, por consiguiente, las pruebas aducidas al debate bastantes a probar que para la expedición de la Ordenanza impugnada se pretermitieron por la Asamblea Departamental de Nariño las condiciones establecidas en el artículo 7^o de la Ley 71 de 1916, es decir, la petición hecha a la Asamblea por los Concejos de los Municipios afectados, el estudio del punto en cuanto a límites por la Comisión de Ingenieros nombrados por los mismos Concejos y por el Gobernador, y el informe de este funcionario, cobra toda su fuerza y vigor la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, y que en el caso de autos sí se acataron por la Corporación ordenadora los preceptos de la ley. Así lo conceptúa el señor Fiscal del Consejo de Estado, en su vista de fondo, legible al fol. 117 del cuaderno 2^o.

III

La razón filosófica de la presunción de legalidad que sustenta los actos administrativos que producen consecuencias jurídicas —que son los únicos de que se ocupa el derecho—, deriva de la naturaleza misma de la administración pública como función jurídica del Estado, pues dondequiera que exista un precepto que ordene una actividad del Estado creadora de situaciones jurídicas, el ejercicio de ella es aplicación del derecho, y especialmente del derecho administrativo que la regula. El derecho —dice Merkl—, es la regla de producción de la función estatal, y el derecho administrativo, en particular, la regla de producción de la administración; o inversamente, la administración es la aplicación del derecho administrativo.

Esa conexión entre el derecho y la administración es lo que constituye el principio de juridicidad de la administración, del cual es tan sólo una especie el principio de su legalidad. La juridicidad significa no solamente que la administración en su conjunto está condicionada por el derecho administrativo, sino también que cada acción administrativa está condicionada por un principio jurídico que la admite. El sentido del principio de legalidad consiste en que cada acción administrativa está reglada por una ley formal, por un estatuto de derecho positivo del que resulta su licitud o necesidad jurídica. Y así como el principio de juridicidad queda cumplido con un solo precepto jurídico que sustente la ac-

ción administrativa, para el imperio del principio de legalidad basta la existencia de una ley para que la acción administrativa se presuma legal y se atribuya la función del Estado.

Los caracteres de juricidad y legalidad del acto administrativo no obstan para que sea esencialmente revocable cuando no se halla de acuerdo con la regla jurídica de producción que le corresponde, esto es, con el derecho administrativo que lo condiciona; mas para que esa revocación pueda pronunciarse, precisa establecer en la forma prevista por el orden jurídico, los vicios o deficiencias jurídicas anejos a su producción. Conforme a nuestro derecho, la juricidad y legalidad del acto administrativo acusado aparecen no tan sólo de las normas constitucionales, sino también de los textos legales de que se ha hecho mérito, cuya infracción por el legislador que lo produjo no se ha logrado establecer en el juicio.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, FALLA:

Primero. Revócase la sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, por la cual se anula la Ordenanza número 45 de 20 de junio de 1945, de la Asamblea Departamental de Nariño, y en su lugar declara que no hay lugar a anular dicha Ordenanza; y

Segundo, Confírmase la sentencia de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, pronunciada por el mismo Tribunal, por la cual decide que "no es el caso de declarar la nulidad impetrada en relación con los artículos 3º y 4º de la Ordenanza 45 de este año, expedida por la Asamblea de Nariño el 20 de junio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Guillermo Hernández Rodríguez — Pedro Gómez Parra — Carlos Rivadeneira G. — Jorge Lamus Girón — Gonzalo Gaitán — Gustavo A. Valbuena — Jesús Estrada Monsalve — Luis E. García V., Srio.

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

(Consejero ponente, doctor Pedro Gómez Parra)

Consejo de Estado — Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y siete.

Por demanda presentada el 12 de agosto de 1946, el abogado inscrito doctor Julio César Camargo, vecino de Bogotá y con cédula número 208773, pidió en su propio nombre al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se declare la nulidad del artículo 11 de la Ordenanza número 47 de 1925, de la Asamblea de Cundinamarca, sobre Contaduría y Fiscalización Departamentales, en cuanto dice que “corresponde privativamente a la Contaduría y Fiscalización Departamentales el examen, glosa y fenecimiento de todas las cuentas de empleados que por cualquier motivo administren, inviertan o manejen intereses pertenecientes a los Municipios, sea en dinero, documentos, o en otras especies o valores”, por estar en pugna con el artículo 214 de la Ley 4ª de 1913.

Como hechos sustantivos de la acción expuso:

“1. La Asamblea Departamental de Cundinamarca en sus sesiones de 1925 expidió la Ordenanza a que hago alusión.

“2. La Ordenanza cuestionada empezó a regir el día primero de julio de mil novecientos veinticinco.

“3. El Tesorero Municipal tiene a su cargo importantísimas funciones que desempeñar y maneja los caudales públicos que ingresan al Erario municipal.

“4. El Tesorero Municipal contribuye, en gran parte, a la ejecución del Acuerdo de Presupuesto de Rentas y Gastos en los Municipios, porque una de sus funciones es la de pagar sus sueldos a los empleados respectivos municipales.

“5. Entre las atribuciones de los Concejos se cuenta la de ‘examinar y fenecer en primera instancia las cuentas de los Tesoreros Municipales (numeral 10, artículo 169, Ley 4ª de 1913)’.

“6. El Tesorero Municipal es de creación constitucional (numeral 3º del artículo 197, de la Constitución Política de la República de Colombia”).

Y en derecho alegó los siguientes fundamentos:

“La Ley sabiamente estableció dos instancia en relación con el examen y fenecimiento de las cuentas que deben rendir los Tesoreros Municipales: la primera ante el Concejo Municipal y la segunda, hoy ante la Contraloría General del Departamento, donde esta entidad funciona.

“La disposición ordenanzal que acuso los arrebató a los Concejos Municipales del Departamento de Cundinamarca la preciosa facultad de fenecer en primera instancia las cuentas respectivas, y, tal facultad se la dio de manera privativa a la entidad que debe examinar en segunda instancia tales cuentas. Con tal arrebato de facultades que se hizo a los Concejos se pretermite una instancia, la primera, y, la Asamblea Departamental de Cundinamarca se arrogó facultades que no le incumben encaminadas a modificar la ley.

“El honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha cuatro de febrero de mil novecientos diez y nueve (*Anales* números 73 a 76), ya fulminó con sentencia de nulidad una disposición ordenanzal de la Asamblea Departamental de Boyacá que quiso quitarle a los Concejos Municipales de aquella Sección del país la facultad de examinar en primera instancia las cuentas de los Tesoreros Municipales, y, esa tesis de nulidad

fue sostenida por el mismo honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha 23 de abril de 1925".

A la demanda acompañó una copia auténtica del número 3731 de la *Gaceta de Cundinamarca*, donde fue promulgada la Ordenanza acusada.

Comunicada la demanda al señor Gobernador de Cundinamarca, apoderó al señor Procurador del Departamento, para que representara en el juicio a la entidad departamental, como en efecto lo hizo, impugnando la acción propuesta por cuanto que el acto acusado está derogado por la Ordenanza número 31 de 1935, "sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación de la Contraloría General del Departamento, Ordenanza que corre publicada en el número 5311 de la *Gaceta* precitada, que debidamente autenticada adjuntó al libelo de oposición.

Surtida la instancia con sujeción a las formalidades rituarías que ordenan los artículos 125 y siguientes del C. C. A., el Tribunal *a quo* profirió sentencia con fecha 31 de octubre retropróximo, por la cual declara que "no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda, por sustracción de materia sobre la cual pueda recaer sentencia".

Recurrido el fallo y otorgado el recurso, han venido los autos a esta Superioridad, donde han tenido la tramitación prescrita por el artículo 137 del Código de cita, la cual, por estar consumada, impone la decisión definitiva del juicio, a lo cual se procede, mediante las siguientes consideraciones:

Precisando la nulidad impetrada, parecen ser el inciso 1º y el numeral a) del artículo 11 de la Ordenanza 47 de 1925 los acusados, los cuales son del tenor siguiente:

"Ordenanza número 47 de 1925.

"

"Artículo 11. Corresponde privativamente a la Contaduría y Fiscalización departamentales:

"a) El examen, glosa y fenecimiento de todas las cuentas de personas, entidades y empleados que por cualquier motivo administren, inviertan o manejen intereses pertenecientes al Departamento o a los Municipios, sea en dinero, en documentos o en otras especies o valores..."

El texto de la Ordenanza 36 de 1935, que la oposición aduce como derogador de la disposición demandada, dice así:

"Ordenanza número 36 de 1935.

"

"Artículo 79. Quedan derogadas todas las Ordenanzas que sean contrarias al espíritu de ésta y las que crean o se relacionen con la Contaduría General del Departamento".

Como lo afirma la oposición y lo dice la sentencia que se revisa, la derogatoria de la disposición acusada es incuestionable de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, por virtud de haber derogado expresamente el preinserto artículo 79 de la Ordenanza 36 de 1935, "todas las Ordenanzas que sean contrarias al espíritu de ésta y las que crean o se relacionen con la Contaduría General del Departamento, entidad que fue creada justamente por la Ordenanza 47 de 1925, de la cual es parte integrante la disposición impugnada.

Una disposición derogada no es anulable porque no se puede anular lo que no existe. Para que el acto jurídico sea anulable precisa que tenga eficacia en el momento de pedirse y de pronunciarse la nulidad, lo cual no se verifica de derecho, ni el magistrado puede pronunciarla de

oficio, pues es necesario demanda de parte y sentencia del juzgador. La norma jurídica derogada, al par que la norma jurídica nula, no tiene eficacia jurídica para nadie, en tanto que el acto jurídico anulable, por cualquiera de las causas legales, produce los efectos a que estaba enderezado mientras no sea anulado. La derogación de la norma es la anulación de ella por parte de quien la expidió, de donde se deduce que no se puede anular lo que ya ha sido anulado. Una disposición derogada, por no producir ningún efecto, no puede violar ninguna otra, por lo cual no es acusable, porque sólo los actos jurídicos que violan normas superiores son susceptibles de acusación.

Estos principios, que sólo tendrían excepción cuando el acto anulable ha lesionado derechos subjetivos cuyo restablecimiento se demanda, son de plena aplicación al caso de autos en que tan sólo se ha ejercitado la acción pública de nulidad.

Tampoco operaría alegar que, como la Ordenanza 36 de 1935 se informa en los mismos principios que los de la acusada, procede la nulidad impetrada, porque, en primer lugar, no habiendo sido demandada aquella Ordenanza, cualquier fallo que se profiriera sobre ella sería *ultra petita* y, de consiguiente, falto de jurisdicción; y en segundo lugar, habiéndose propuesto la demanda de la que fue Ordenanza 47 de 1925 once años después de estar rigiendo la 36 de 1935, no hay en la expedición de este acto desvío de poder por parte del legislador seccional, para justificar ninguna declaración de nulidad.

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo, solicita la confirmación del fallo recurrido, como aparece del siguiente pasaje de su concepto:

“Por su parte, el señor Procurador del Departamento se ha encargado de demostrar que: ‘El doctor Camargo demandó la nulidad de una disposición ordenanza ya derogada y reemplazada, y en esas circunstancias sentó las bases para el fracaso de su acción; la nueva norma que contiene análogos principios no ha sido objeto de acusación, por lo cual el H. Consejo no puede entrar en su análisis; pero aun cuando así no fuera, ha de tenerse en cuenta que el ordinal 10° del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal ofrece suficiente respaldo legal al artículo 6° de la Ordenanza 36 de 1935, como en su tiempo lo ofreció, igualmente suficiente, al hoy derogado artículo 11 de la Ordenanza 47 de 1925, toda vez que, si bien es cierto que —como lo afirma el actor— es función de los Concejos Municipales examinar y fenecer en primera instancia las cuentas de los Tesoreros Municipales, esta atribución sólo puede ejercerla en cuanto las Ordenanzas no dispongan lo contrario; y las Ordenanzas de Cundinamarca, en aplicación de lo dispuesto por el ordinal en referencia, han decretado que las cuentas de estos funcionarios sean examinadas y fenecidas en primera instancia por la Contraloría General del Departamento, correspondiendo la segunda instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según el ordinal 1° del artículo 55 de la Ley 167 de 1941. Por tanto, no puede afirmarse, como erróneamente lo afirma el demandante Camargo, que lo que la Asamblea de Cundinamarca dispuso en el artículo 11 de la Ordenanza 47 de 1925 y luego, al derogar esta norma, reiteró en el artículo 6° de la Ordenanza 36 de 1935, carece de respaldo legal y viola el Código de Régimen Político y Municipal, pues es precisamente éste el que para ello la autoriza

expresamente en su artículo 169, ordinal 10º, al disponer que corresponde a los Concejos Municipales “examinar y fenecer en primera instancia las cuentas de los Tesoreros Municipales, salvo lo que dispongan las Ordenanzas...”.

“Los anteriores razonamientos están indicando que la demanda carece por completo de respaldo legal y que es improcedente.

“En virtud de lo expuesto, solicito al H. Consejo de Estado, de acuerdo con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Guillermo Hernández Rodríguez — Pedro Gómez Parra—Carlos Rivadeneira G.—Jesús Estrada Monsalve — Jorge Lamus Girón—Gonzalo Gaitán—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Srío.

DECRETOS DEL GOBIERNO

(Consejero ponente, doctor Pedro Gómez Parra)

Consejo de Estado — Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

El doctor Eduardo Esguerra Serrano, abogado titulado e inscrito, obrando en nombre y representación de la Sociedad denominada *Andian National Corporation Limited*, constituida conforme a las leyes del Dominio del Canadá, domiciliada en Charlottetown, Provincia de Prince Edward Island, y que ha cumplido los requisitos legales para tener negocios permanentes en Colombia, presentó, por libelo fechado el 13 de noviembre de 1946, "demanda de nulidad contra el Decreto 3163 de 1946 (noviembre 5), expedido por el Gobierno Nacional, para que previos los trámites procedimentales de la jurisdicción contencioso-administrativa y con la intervención del señor Agente del Ministerio Público (Ley 167 de 1941, artículos 34, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 94, 95 siguientes y concordantes de estas disposiciones) y teniendo en cuenta lo preceptuado por la Ley 21 de 1920 y por la 6ª de 1945, se declare:

"*Primero.* Que es nulo el Decreto número 3163 de 1946 (noviembre 5) expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, por medio del cual se ordena la constitución de un Tribunal especial de Arbitramento para que falle el conflicto colectivo de trabajo surgido en la *Andian National Corporation Limited* (con motivo de la presentación intempestiva de un pliego de peticiones y de la declaración ilícita de una huelga indefinida), Decreto que es violatorio de varias normas legales, especialmente de los artículos 47 y 57 de la Ley 6ª de 1945 y de los artículos 2º, 5º, 6º y 22 de la Ley 21 de 1920.

"*Segundo.* Que se restablezca el derecho de la Compañía a no discutir pliego de peticiones estando vigente el pacto o acuerdo de 9 de enero de 1946, adicional a los convenios de 20 de abril y 29 de diciembre de 1944, todos los cuales tienen como término fijo general de duración el día 20 de abril de 1950, y como plazo especial para la revisión de salarios y primas el 20 de abril de 1948.

"*Tercero.* Que se suspendan los efectos del Decreto acusado ya que manifiestamente es violatorio de normas positivas de derecho; y, además, con el fin de evitar a la Compañía perjuicios notoriamente graves, tanto económicos como morales, que un fallo arbitral favorable a pretensiones ilegales de los trabajadores habrá de ocasionar a la empresa.

"*Cuarto.* Que si por falta de la suspensión y como efecto del Decreto acusado, viene un fallo que ocasione perjuicios a la Compañía, por obligarla a cargas y gravámenes extralegales, se disponga, como consecuencia del restablecimiento del derecho, las devoluciones e indemnizaciones correspondientes, mediante condenación en abstracto para ser reguladas con posterioridad, de acuerdo con el procedimiento que para el caso fije el H. Consejo de Estado".

Como hechos fundamentales de la acción, expuso:

"1) Con fecha 9 de enero de 1946 fue suscrito un pacto o acuerdo adicional a los de 20 de abril y 29 de diciembre de 1944 que regulan las relaciones contractuales del trabajo entre la *Andian National Corporation Limited*, y sus empleados y obreros, pacto que fue discutido y firmado por los representantes del Sindicato de Empleados y Obreros de

la Andian y de la Federación de Trabajadores Petroleros de Colombia, por la otra, con asistencia de un observador del Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social.

"2) La cláusula novena de dicho acuerdo dice textualmente así:

'9. *Término de este acuerdo:*

'Este acuerdo adiciona y prorroga por dos (2) años más el pacto de 20 de abril de 1944 y el acuerdo adicional, los que continuarán vigentes hasta el 20 de abril de 1950. También se entenderán prorrogados después de esta fecha, si un mes antes de su expiración no fueren denunciados por cualquiera de las partes.

'Las tasas de los salarios y primas sobre éstos serán revisables el día 20 de abril de 1948. Queda reformado en estos términos el inciso final de cada una de las cláusulas 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del acuerdo adicional firmado en Cartagena el 29 de diciembre de 1944'.

"3) Existe, pues, un pacto colectivo de trabajo entre la Andian National Corporation Limited y sus empleados y obreros, que se halla vigente y cuyo término o plazo para los efectos generales es el 20 de abril de 1950 y para la revisión de los salarios y primas el 20 de abril de 1948.

"4) Aun cuando, como es manifiesto, no se ha vencido ninguno de los dos plazos estipulados, los empleados y trabajadores de la Compañía presentaron con fecha 8 de octubre último, con el nombre de 'memorándum', un pliego de peticiones tendientes a modificar las estipulaciones de los pactos o acuerdos vigentes, pliego que la Compañía se abstuvo de considerar ya que ello implicaba el desconocimiento de los contratos colectivos de trabajo existentes entre ella y sus trabajadores.

"5) Con motivo de esta renuencia de la Compañía a revisar contratos en pleno vigor, los trabajadores pretendieron coaccionarla mediante paros escalonados, primero, y con la declaratoria de una huelga indefinida, posteriormente, huelga que se ha producido a lo largo del Oleoducto (Barrancabermeja-Cartagena) y en las Oficinas y dependencias de esta ciudad de Bogotá.

"6) Semejante huelga fue declarada ilegal e ilícita por el señor Juez del Trabajo de Cartagena, no obstante lo cual ha continuado sin solución creando manifestos perjuicios a la Compañía y a la industria colombiana en general.

"7) El fundamento de la declaratoria judicial de ilegalidad é ilicitud de la huelga de trabajadores de la Andian, es el de que la Compañía no estaba obligada a considerar un pliego de peticiones que implicaba la revisión de pactos vigentes; y el de que dicha huelga se produjo sin haberse cumplido las etapas de arreglo directo, conciliación y arbitraje que establece la Ley 21 de 1920; además de la consideración de tratarse de una empresa de transporte público.

"8) El Gobierno Nacional con el deseo, indudablemente muy justo, de darle a toda costa solución al grave problema social que ha venido a plantear la huelga de los trabajadores petroleros, dictó, como culminación de una serie de gestiones tendientes a buscar un arreglo, el Decreto número 3163 de 1946 (noviembre 5) ordenando la constitución de un tribunal especial de arbitramento para que falle el conflicto de trabajo existente entre la Andian National Corporation Limited y sus trabajadores.

"9) El mencionado Decreto número 3136 de 1946 fue publicado en el *Diario Oficial* número 26.274 de fecha 7 del presente mes y transcrito

a la Compañía con oficio número 31.779 de fecha 12 de este mismo mes de noviembre suscrito por el señor Ministro del Trabajo, Higiene y Previsión Social, oficio al cual dio respuesta la Compañía en nota fechada el mismo día”.

En segunda expone el actor las normas de derecho que considera violadas por el Decreto acusado, expresando respectivamente el concepto de violación, como se verá en posteriores acápites de esta sentencia.

Con la demanda presentáronse, en documentación auténtica, las pruebas relativas a la constitución de la sociedad demandante, a la autorización para ejercer negocios en Colombia, a la personería de su apoderado y a los hechos sustantivos de la acción.

Por memorial fechado el 21 del propio mes de noviembre, el actor desistió de las peticiones a que se refieren los puntos *tercero* y *cuarto* de la demanda.

Surtidas las ritualidades del juicio prescritas por el artículo 136 del C. C. A., inclusa la citación para sentencia, se profirió, previa consulta con la Sala de Decisión, auto para mejor proveer, a fin de allegar al proceso las pruebas relativas al contrato de concesión celebrado por el Gobierno Nacional con la Sociedad demandante, y a las actuaciones que precedieron al acto acusado, sobre conciliación y arreglo amigable de las diferencias de dicha Sociedad con sus empleados y trabajadores.

En este estado del juicio, el abogado doctor Carlos H. Pareja, ejercitando la acción concedida por el artículo 89 del C. C. A., solicitó se le tuviera como parte para impugnar la demanda presentada por la sociedad demandante contra el Decreto 3163 de 5 de noviembre de 1946, por el cual se constituyó el Tribunal de Arbitramento, para decidir el conflicto colectivo de trabajo planteado entre esa empresa y sus obreros. “De ese Tribunal formé parte —dice el solicitante— según consta en el punto m) del ordinal 3º del certificado del Ministerio del Trabajo que ha llegado al juicio. Tengo, pues, interés personal en que el Decreto se mantenga, aparte de que me guía también un interés público, en contribuir a que un acto que considero legal, no sea anulado”.

Dice el memorialista que invoca una razón principal y otras subsidiarias en apoyo del Decreto acusado.

Como razón principal alega que el Consejo debe inhibirse de fallar por sustracción de materia, “puesto que el Decreto acusado cumplió su objeto y ha dejado de existir, y aunque es verdad que produjo efectos la actora desistió de las peticiones relacionadas con ellos, por lo que su acción ha quedado reducida a una simple acción de nulidad”. Para sustentar esta alegación, aduce la doctrina del Consejo de Estado que corre publicada en los *Anales del Consejo de Estado*, número 302, página 531, y las de la Corte Suprema de Justicia legibles en los números 1998-1991 de la *Gaceta Judicial*.

Por razones subsidiarias, expone el mismo memorialista “la incompetencia del Consejo para resolver sobre pactos o contratos de trabajo” y, que “el acto acusado no versa sobre el objeto de la segunda petición de la demanda, por lo cual ésta es inepta”, razones que explica y fundamenta ampliamente en el libelo.

Sustanciado el incidente como articulación, la Compañía demandante expresó al contestar el traslado su inconformidad con las peticiones del interviniente, por lo cual se abrió a pruebas el artículo, dentro de

cuyo término ambas partes hicieron uso del derecho de pedir y producir pruebas.

La acción reconocida por el artículo 89 del C. C. A., en que apoya la solicitud el memorialista, consagra la intervención adhesiva de coadyuvancia o oposición en el ejercicio de las acciones de nulidad de los actos administrativos, intervención que es correlativa de la otorgada por el artículo 233 del C. J. en la jurisdicción ordinaria, con la sola diferencia de que, mientras en los juicios que se siguen ante esta jurisdicción la intervención adhesiva no procede sino en tanto que el tercero tenga un interés que debe ser jurídico, en los juicios de naturaleza contencioso-administrativa en que se ejercita la simple acción de nulidad esa intervención no está condicionada por ningún interés jurídico particular, sino que se reconoce indistintamente a cualquier persona, como los propios términos de aquel artículo del Código lo mandan.

La juridicidad de esta generalización del Derecho Administrativo se funda en que como el procedimiento civil regula el modo de resolver los asuntos civiles que comprenden las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, que es lo que constituye el derecho privado, es preciso acreditar un derecho particular, un interés jurídico en el asunto que trata de resolverse para poder intervenir en el negocio. No sucede así en el procedimiento contencioso administrativo, porque teniendo éste por objeto el condicionamiento jurídico de la gestión administrativa del Estado, considerada en sí mismo y en las relaciones jurídicas que produce, se presume un interés jurídico en todo ciudadano tanto para ejercitar los recursos legales creados para contrarrestarla, como para intervenir en ellos.

Pero ya se dijo por auto ejecutoriado en el juicio que la sociedad demandante no ha ejercido la simple acción de nulidad sino la contencioso de plena jurisdicción, porque ha demandado no sólo la nulidad del Decreto 3163 de 1946, sino también el restablecimiento del derecho particular que la sociedad considera violado por este acto, de modo que, desde este ángulo de vista, quien pretenda intervenir en la litis debe acreditar un interés jurídico en el negocio. Y según la Corte Suprema de Justicia, el interés jurídico sólo existe en los siguientes casos:

"a) Cuando los efectos de la cosa juzgada de la sentencia afecten al tercero favorable o desfavorablemente. Serían ejemplos, la intervención del legatario en el pleito del heredero o la del fiador en el pleito del deudor principal.

"b) Cuando la sentencia debe producir los efectos accesorios o reflejos previstos por la ley. Estos casos son: en los juicios en que se ventila una acción popular, que produce efectos respecto de terceros (C. J., artículo 475), cualquiera de éstos puede intervenir; en los negocios de estado civil que producen efectos *erga omnes* (artículo 446) sucede otro tanto; en los asuntos en que se ejercita una acción de nulidad cuando no se cita a las personas a quienes pueda interesar que se declare la nulidad según lo ordena el artículo 477 del C. J., pueden éstas intervenir y, por último, los acreedores personales pueden intervenir en el pleito de su deudor, ya que a ellos los afecta el fallo en él pronunciado de acuerdo con el artículo 478 *ibídem*.

“c) Cuando el cumplimiento de la sentencia corresponde al tercero. Ejemplos: si el marido que vive en régimen de sociedad conyugal o que no ha liquidado provisionalmente ésta, es demandado, puede la mujer intervenir en el juicio, cuando la sentencia en su caso será cumplida sobre el caudal común.

“d) Cuando la sentencia debe producir efectos probatorios en la relación entre el tercero y el adversario de la parte a quien ayuda. Por ejemplo, el proceso que se entable contra el donante y el donatario sobre la validez de una donación, la cual contiene una carga a favor de un tercero, o entre el acreedor y el deudor respecto a la existencia de un contrato donde un tercero figura también como acreedor”.

Claramente se ve que quien demanda la intervención en este juicio no se encuentra en ninguno de los casos de interés jurídico enumerados por la Corte, porque la sentencia que se dicte en la litis no afecta ni puede afectar favorable ni desfavorablemente, en un sentido económico, al interviniente; ni ella puede producir los efectos accesorios o reflejos de que trata el artículo 475, del C. J.; ni es éste un negocio en que se ventilen cuestiones del estado civil; ni en que se ejercite la acción de nulidad prevista por el artículo 477 del mismo Código; ni el interviniente es acreedor de ninguna de las partes en el juicio; ni a él corresponde el cumplimiento de la sentencia, ni ella está avocada a producir efectos probatorios en juicio del interviniente con la Administración.

El “interés directo y no simplemente personal o académico sino pecuniario” que alega el interviniente, fincado en haber sido árbitro del Tribunal creado por el acto acusado, que le interesa por haber contribuido a dictarlo, por cuyos servicios ha pasado la cuenta al Gobierno, la cual no le ha sido pagada todavía, no es el nexo o vínculo jurídico que lo ate a la decisión del negocio, porque cualquiera que ésta sea, en nada afecta su derecho a que tales servicios le sean pagados en su integridad. El interés jurídico que requiere la ley es el resultante del negocio mismo, no el que pueda tener el interviniente por derechos que no son materia de la controversia, como no lo son, al efecto, en el caso de autos, los derechos que invoca por sus honorarios como árbitro. Si derechos como los que clama el interviniente pudieran constituir un interés jurídico en los juicios, habría que concluir que todos los jueces tienen un interés pecuniario en los fallos que dictan.

La acreencia contra el Gobierno que alega el interviniente por su interés jurídico es tanto más extraña al juicio cuanto que el Gobierno no es parte en la litis, comoquiera que en el procedimiento administrativo la relación jurídico-procesal se establece entre la Administración, autora del acto acusado, y el demandante o acusador, que reclama de ella la subordinación de su funcionamiento a las normas jurídicas, para que los actos que realiza se verifiquen de acuerdo con las formalidades legales, por, los motivos que fijan las leyes, con el contenido que éstas señalan, el fin que ellas persiguen y, en suma, la legalidad de la administración que considera infringida con el acto impugnado. La Administración de estos juicios está representada por el Ministerio Público, porque entre las funciones de éste se cuenta la vigilancia constante en la ejecución de las leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, órdenes y demás actos de las autoridades, que es lo que constituye la Administración (artículo 216 del C. de R. P. y M.).

Por lo demás la solicitud de intervención fue introducida, como ya se dijo, cuando hallábase ejecutoriado el auto de citación para sentencia, y si no obstante se surtió el incidente, fue en acatamiento de la sana y constante doctrina del Consejo de Estado de propiciar la mayor amplitud en el debate judicial para mayor garantía de las partes, lo cual no empece para declarar improcedente dicha solicitud, en mérito de lo que se deja expuesto y por fuerza de lo prescrito en el artículo 394 del C. J., sin perjuicio de que se tomen en cuenta en la decisión del negocio todas las alegaciones y probanzas del solicitante para el mejor esclarecimiento del derecho cuestionado.

El acto acusado en su integridad dispone:

"Decreto número 3163 de 1946 (noviembre 5), por el cual se constituye un Tribunal de Arbitramento.

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones legales, y *Considerando*:

"*Decreta*: Artículo primero. Ordénase la constitución de un Tribunal especial de arbitramento de tres miembros designados uno por cada una de las partes y el tercero por el Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social, el cual fallará en el expresado conflicto de trabajo.

"Parágrafo. De conformidad con el artículo 17 de la Ley 21 de 1920, dicho Tribunal se instalará dentro de las veintiocho horas siguientes al día de la aceptación del cargo por parte de los árbitros. La designación de cada árbitro se hará por las partes dentro de las doce horas siguientes a la comunicación del presente Decreto y el Ministerio designará el tercero mediante la respectiva Resolución.

"Artículo segundo. El fallo del Tribunal será de obligatorio cumplimiento y queda rodeado de toda la protección que la ley otorga al arbitraje. Si uno o más de los árbitros llegare a fallar, o si las partes no hicieren su designación oportunamente, se nombrará el reemplazo por el Ministerio del ramo.

"Artículo cuarto. Este Decreto rige desde la fecha.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá, a 5 de noviembre de 1946.

"*Mariano OSPINA PEREZ* — El Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, *Blas Herrera Anzoátegui*".

Obsérvese que el Decreto no hace referencia en ninguna de sus partes a los contratos de trabajo existentes entre la Sociedad demandante y sus trabajadores, pero ni siquiera precisa la causa del conflicto del trabajo que se somete a la jurisdicción del Tribunal de Arbitramento por él creado. Y aun cuando de autos aparece establecido que el objeto de ese Tribunal fue decidir sobre un pliego de peticiones presentado por los trabajadores de la empresa, el laudo que se pronunció y en cuya virtud se modificaron los correspondientes contratos colectivos de trabajo es en todo caso diferente del Decreto mismo por obvias razones que sería prolijo enumerar.

Procede establecer previamente la competencia del Consejo de Estado para conocer del juicio, que al decir del pretendido interviniente, escapa a su jurisdicción. Por los términos de la demanda, el Decreto impugnado lo había sido por varais normas legales, especialmente de los artículos 47 y 57 de la Ley 6ª de 1945 y 2º, 5º, 6º y 22 de la Ley 21 de 1920.

Conforme al artículo 62 del C. C. A., pueden ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

De la regla general establecida por este texto se exceptúan:

1º Los actos administrativos determinados por el artículo 73 del mismo Código, los cuales no son susceptibles de ningún recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y

2º Los relacionados por el artículo 114 *ibidem* como causales de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Alega el mismo opositor que el Decreto acusado tiene su origen en un contrato, el conocimiento de cuyas consecuencias está atribuido por la ley a otras autoridades, por lo cual el Consejo de Estado es incompetente para conocer de este juicio.

La circunstancia de mediar entre el Gobierno y la Compañía demandante un contrato de concesión de servicio de transportes de uso público no es propiamente el origen del acto acusado, porque aquel lazo o vínculo jurídico no implica ni tiene por consecuencia necesaria al Decreto. La causa u origen genuino de éste fue la huelga, y, tanto es así que sin ella no se hubiera producido o no habría habido razón para dictarlo. Los contratos de concesión no imponen necesariamente decretos de arbitramento, comoquiera que el Gobierno puede y suele dictarlos en los conflictos de trabajo que ocurren en la prestación de servicios públicos no concedidos, tal como ha sucedido, por ejemplo, en las huelgas de la "Fedenal" y de no pocas empresas de transportes terrestres. De manera que si con estas empresas, que no tienen ninguna vinculación jurídica con la Nación, se han dictado en emergencias semejantes decretos de la misma naturaleza del impugnado, entonces es porque la causa u origen de ellos no es la vinculación o contrato de concesión con el Gobierno, sino el conflicto del trabajo con cuya ocasión se han proferido.

Si el Decreto demandado y el contrato de concesión son, por tanto, dos hechos independientes entre sí, porque no hay entre ellos relación de causa a efecto para que jurídicamente pueda considerarse el segundo como origen del primero, lo mismo podría predicarse de los pactos o contratos colectivos de trabajo que la entidad concesionaria tiene acordados con sus trabajadores, porque no podría sostenerse que tales pactos son la causa del Decreto, que es un acto imperio del Gobierno dictado en ejercicio de claras funciones constitucionales, mas no en virtud de ningún pacto consensual. De igual modo tampoco podría decirse que los contratos colectivos de trabajo tengan su origen en la concesión porque ésta regla exclusivamente las relaciones jurídicas de la Nación con el concesionario, sin consideración ninguna a las vinculaciones de éste con sus trabajadores. Y si puede considerarse que tales pactos tienen su fundamento en el acto acusado, entonces no tendría éste origen en ellos, que sería la causal determinada en el artículo 73 del C. C. A. para que el Decreto escapara a la jurisdicción del Consejo.

La competencia privativa de los Jueces del Trabajo para decidir las controversias que suscite, directa o indirectamente, la ejecución del contrato de trabajo no se enerva ni se mengua, como lo dice dicho opositor, por el ejercicio de la acción contenciosa de anulación de un acto administrativo que impone una obligación a una de las partes signatarias de ese contrato. Así tampoco se desconoce ni restringe la jurisdic-

ción de los jueces ordinarios por el hecho de que se demanden ante lo contencioso administrativo tales decretos o resoluciones. Los vínculos o nexos del patrono para con el Gobierno no condicionan los pactos de aquél con sus obreros, pactos de los cuales siguen conociendo los Jueces del Trabajo, cualquiera que sea el valor de tales nexos u obligaciones. De esta suerte, no acepta el Consejo la razón alegada para pretender la citación de los trabajadores de la empresa a las controversias judiciales que ella promueva sobre cuestiones que versan precisamente sobre los pactos celebrados por ella con la empresa.

Verdad es, como lo dice el mismo interviniente, que los pactos colectivos son verdaderos contratos bilaterales; pero no es menos cierto que lo acusado no es ningún pacto colectivo ni contrato bilateral alguno, sino un simple Decreto ejecutivo, por lo cual el argumento que por esta causa se aduce contra la competencia del Consejo para conocer del juicio, carece de valor.

Ya se ha visto, por lo demás, que por la naturaleza del asunto y por disposición del referido artículo 62 del Código de cita, en concordancia con el ordinal 10 del artículo 34 *ibidem*, el negocio corresponde al conocimiento del Consejo de Estado.

Háse sostenido igualmente en la solicitud de intervención "que el Consejo debe inhibirse de fallar por substracción de materia, puesto que el Decreto acusado cumplió su objeto y ha dejado de existir, y aunque es verdad que produjo efectos, la actora desistió de las peticiones relacionadas con ellos, por lo que su acción ha quedado reducida a una simple acción de nulidad". Empero, en el mismo libelo se considera subsidiariamente la posibilidad de la competencia del Consejo para conocer del negocio, al decir: "Me referiré ahora a la primera petición de la demanda, único que el Consejo sería competente para estudiar si no se declara inhibido".

De la circunstancia de que un acto administrativo haya cumplido su objeto no se colige rectamente que haya dejado de existir, pues la permanencia misma del objeto o resultado perseguido y alcanzado acusa la vigencia del acto. Así, por ejemplo, el acto administrativo creador de una situación jurídica individual y concreta, que Duguit llama acto condición, como el nombramiento de un empleado, no puede considerarse inexistente porque el nombramiento haya producido y esté produciendo la plenitud de sus efectos. Lo mismo procede predicar de los actos llamados subjetivos, que son los que tienen por objeto la declaración, reconocimiento, modificación o extinción de situaciones jurídicas particulares, porque esos estados de derecho subsisten mientras no sean revocados como pueden serlo por el carácter eminentemente revocable que tienen los actos administrativos, puesto que "la Administración —según Fleiner— no tiene por fin proeurar la certidumbre jurídica propia de los juicios civiles, sino realizar el derecho por la satisfacción constante de los mudables intereses colectivos, para alcanzar, dentro del orden jurídico, los resultados necesarios y convenientes al Estado". Mas si el contenido del acto es el de crear, modificar o extinguir el ordenamiento jurídico existente, llamado derecho objetivo, que aquel expositor clasifica como actos-reglas, estimase como inexistente el acto: bien por la declaración expresa de quien lo ha expedido, ya por la incompatibilidad con actos especiales posteriores, ora por un nuevo acto que regule integra-

mente la materia a que el anterior se refería (artículo 3º, Ley 153 de 1887).

El Profesor Borja Soriano, en su obra sobre *La inexistencia y nulidad de los actos jurídicos*, define el acto inexistente como "el que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia. O en otros términos: un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o más de sus elementos orgánicos, o quizá más exactamente, específicos". Y más adelante agrega: "...mientras que el acto jurídico inexistente no es posible en ningún caso de engendrar como acto jurídico un efecto de derecho, cualquiera que sea, sucede de otra manera con el acto nulo, aun atacado de nulidad absoluta, por la buena y sola razón de que este acto es una realidad mientras que no ha sido destruido por una decisión judicial".

El tratadista Bielsa, en su *Derecho Administrativo*, sólo considera como actos administrativos inexistentes los que no pueden reconocerse como actos de la Administración, y así dice: "Hay en la esfera de la actividad administrativa actos inexistentes. Por ejemplo: si un funcionario administrativo se atribuye funciones que son de otro poder, v. gr., judiciales; o si un funcionario de policía expide certificado de competencia, actos que deben reputarse inexistentes, pero bien entendido, in-existentes como actos administrativos, porque no pueden tenerse jamás como actos de la Administración Pública. Descartada así la posibilidad de hablar de actos inexistentes, no queda sino diferenciar los actos administrativos nulos y los anulables, pero siempre existentes. La existencia y eficacia de todo acto administrativo hasta tanto se anule se funda en una presunción de legitimidad de la acción administrativa y en la propia naturaleza que ella da al acto, la ejecutoriedad, que es esa particular vida jurídica o fuerza intrínseca en virtud de la cual él tiende a realizarse, según la expresión de Mayer".

Estos mismos principios de los tratadistas se encuentran confirmados por nuestro derecho positivo en el artículo 1741 del Código Civil, que define la nulidad absoluta, la cual, según jurisprudencia (2640, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, tomo III), equivale a la inexistencia "porque la ley —dice la Corte— no ha establecido causales de inexistencia sino de nulidad". De manera que la generalizada teoría de la inexistencia de los actos jurídicos por la sola razón de haber producido sus efectos, no encuentra asidero en la legislación nacional, ni en la doctrina, ni en concepto de autorizados expositores del Derecho Administrativo, y las alegaciones que sobre ella se hagan deben dilucidarse a la luz del Capítulo de las nulidades del Código de la materia.

Y puesto que los artículos 113 y 114 de dicho Código no erigen en causal de nulidad que excluya de la jurisdicción de lo contencioso administrativo el hecho de que el acto acusado haya producido sus efectos, no es el caso de que el Consejo se declare inhibido para conocer del asunto, como se solicita.

El efecto jurídico de que el acto administrativo haya cumplido su objeto, o para mejor decir, que se haya consumado la finalidad de su contenido y no tenga ya vigencia, es muy otro de la inexistencia del acto, como se verá al considerar las súplicas de la demanda.

Se ha demandado en primer término la nulidad del Decreto relacionado por ser violatorio de normas legales y especialmente de los artículos 47 y 57 de la Ley 6ª de 1945 y de los artículos 2º, 5º, 6º y 22 de la

Ley 21 de 1920, preceptos cuya supuesta infracción pasa a apreciarse en su orden por razones metódicas.

Alega el demandante que estando vigente un contrato colectivo de trabajo entre la Andian National Corporation Limited y sus empleados y trabajadores, no se pueden presentar pliegos de peticiones, ya que ello implica el desconocimiento del contrato. El artículo 4º de la Ley 21 de 1920 declara de forzoso cumplimiento, por el tiempo y en las condiciones en que se hubiere celebrado, todo acuerdo entre el patrón y sus trabajadores, como lo dispone igualmente el artículo 47 de la Ley 6ª de 1945, en cuyo apoyo reproduce la jurisprudencia que sobre este texto ha sentado el Juez Cuarto del Trabajo de Bogotá, a la cual pertenecen los siguientes apartes:

“Cuando de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 6ª de 1945 en un pacto o acuerdo se señalan las condiciones generales del trabajo, la fecha en que entre en vigor, el plazo de duración del mismo y las causas y modalidades de su prórroga, de su desahucio o su denuncia y la responsabilidad que su incumplimiento entrañe, es necesario entender su vigencia y su obligatoriedad, en tanto que no se produzca su inexistencia judicialmente. Esto apenas es natural y lógico dentro del estricto sentido de una organización jurídica, que para su seriedad y garantía de las partes y de la sociedad, tiene que garantizar el cumplimiento, el respeto y el acatamiento por tales pactos, pues sería procurar la anarquía, permitir el desconocimiento unilateral por cualquiera de las partes y destruir el sentido del artículo 47 de la Ley 6ª, que exige en toda convención colectiva, la estipulación de “el plazo de duración y las causas y modalidades de su prórroga, de su desahucio y de su denuncia”.

“Se ha dicho demasiado que del ordenamiento jurídico de un Estado pende la seguridad en el orden, en la paz y en su prosperidad. Y esta verdad se hace más necesaria y trascendente cuando se trata del ordenamiento jurídico-social, porque en su concepto está comprendido el complejo problema de las relaciones entre el capital y el trabajo, bajo los aspectos modernos de los controles laborales, reguladores de esas relaciones entre patronos y trabajadores. Y es tan trascendental este concepto en nuestro orden de ideas, que en él radica precisamente el orden público, y del concepto que de él se tenga se desprende la seguridad o la incertidumbre en que viva una colectividad. Y vinculado a este concepto como base, como piedra angular, está el pacto o convenio colectivo que ata a patronos y trabajadores sobre la base de obligaciones recíprocas que deben cumplir, que tienen que cumplir las partes hasta su fin con la fuerza y sentido de una ley. Qué sería de contratos, pactos o convenciones colectivos de trabajo, sin la seriedad, respeto y acatamiento que el interés particular y colectivo debe imprimírles y sin la fuerza obligatoria de la ley para su cumplimiento sometido sólo al capricho o la arbitrariedad o al oportunismo ocasional de una de las partes que con procedimientos propios y “vías directas” quiera modificarlo o destruirlo? Sería el desbarajuste, el caos y el sobresalto sociales y el desquiciamiento de la autoridad”.

El artículo 47 de la Ley 6ª de 1945, que se señala primeramente como violado por el acto impugnado, indica las estipulaciones que deben contener las convenciones colectivas, además de las que las partes acuerden en relación con las condiciones generales del trabajo, estipulaciones referentes a las profesiones, oficios, industrias, que comprendan el lu-

gar o lugares donde ha de regir, la fecha en que entrará en vigor, el plazo de duración y las causas y modalidades de su prórroga, su desahucio o denuncia y las responsabilidades que su incumplimiento entrañe. Agrega el artículo que un ejemplar de la convención colectiva debe ser depositado en el Ministerio del ramo, y que las decisiones arbitrales se ajustarán a lo dispuesto por ese precepto.

Se escapa al Consejo la razón por la cual el Decreto acusado, que nada dispone en relación con las convenciones colectivas de trabajo, pueda infringir el artículo de la ley que determina las estipulaciones que ellas deben contener. No hace este acto la más leve referencia a las convenciones colectivas de trabajo en general, ni a ninguna en particular, limitándose a señalar previamente la causa que lo originó: la huelga de los trabajadores de la Andian National Corporation Limited, decretada por el Sindicato de la misma, afiliado a la Federación de Trabajadores Petroleros de Colombia, y las vinculaciones jurídicas de esa sociedad para con el Gobierno, en razón del contrato de que da fe, la escritura pública número 1463 de 1º de octubre de 1923, del protocolo de la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá. El hecho alegado por el demandante de la existencia de una convención de esa naturaleza entre la sociedad que representa y sus trabajadores, cuando el Decreto fue dictado, no significa que tuviera por objeto desconocerla, porque el Decreto no subordina el laudo del Tribunal a invalidar o alterar las estipulaciones de esa convención y porque la ley contempla la posibilidad de que existan convenciones colectivas de trabajo entre el concesionario de un servicio público y sus trabajadores, cuando ocurra una huelga entre ellos que ocasione la suspensión del servicio, y si no obstante esa convención, la misma ley ordena la constitución de un Tribunal de Arbitramento encargado de fallar el conflicto, es porque considera que tales convenciones no son óbice para ello y que el objeto de dicho Tribunal no es el de desconocerlas, porque si éste fuera, habríale bastado a la ley hacerlo.

Al efecto, la Ley 21 de 1920, el Decreto-ley 1485 de 1942 y la Ley 6ª de 1945 imponen el arbitraje obligatorio en las huelgas de servicios públicos, haya o no convenciones colectivas de trabajo entre el patrón o concesionario que los presta y sus trabajadores, de manera que la constitución de tales Tribunales no está reservada para cuando tales convenciones no existan. Los artículos 22, 1º y 57 respectivamente de esas normas legales no condicionan la creación de esos tribunales a la inexistencia de tales pactos, de donde se colige rectamente que la vigencia de ellos no enerva el cumplimiento de esos mandatos imperativos cuando ocurra una huelga en los servicios públicos, y que, por consiguiente, el Decreto acusado no quebrantó el invocado artículo 47 de la Ley 6ª de 1945.

Cierto es, como lo dice el demandante y lo adoctrina el Juez Cuarto del Trabajo de Bogotá, en su memorado fallo, que no es dable presentar pliego de peticiones estando vigente un contrato colectivo de trabajo, y que el patrón tiene derecho, conforme a los artículos 4º de la Ley 21 de 1920, 47 de la 6ª de 1945 y 1602 del Código Civil, a no discutir tales pliegos en esas circunstancias. Pero no es menos cierto que ese derecho del patrón está condicionado por el artículo 30 de la Constitución Nacional, por el cual "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social —como son todas las leyes relativas a los derechos de los trabajadores— resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el in-

terés privado deberá ceder al interés público o social". Y como el interés social en las huelgas de servicios públicos es que esos servicios se restablezcan lo más pronto y el medio más expedito previsto por la ley para lograrlo es el arbitramento, éste viene a tener, consecuencialmente, en dichas huelgas, marcado carácter de medida de orden público que prevalece sobre los derechos o intereses de los particulares.

Ese carácter de orden público del arbitraje en los conflictos colectivos en servicios públicos se relleva y acentúa aún más frente al artículo 118 de la Constitución Nacional, que prohíbe las huelgas en tales servicios, por lo cual son ellas atentatorias del orden público de la Nación y las medidas previstas por el legislador para reprimirlas adquieren la calidad y precedencia del mismo orden que están llamadas a tutelar.

En consonancia con estos principios, el artículo 52 de la Ley 6ª precitada autoriza al Gobierno para convocar a arbitramento en los casos de huelgas de hecho en las concesiones de servicios públicos, al decir:

"En cualquier caso en que se presentare, de hecho, la suspensión de los servicios en algunas de las empresas a que se refiere el artículo anterior, el Gobierno queda autorizado para asumir la dirección y tomar todas las providencias necesarias para restablecer los servicios suspendidos y garantizar su mantenimiento".

Esta autorización discrecional guarda armonía con el concepto de medida de orden público que el arbitraje asume en esas emergencias, y aunque el precepto legal no lo menciona, no por ello ni por la preexistencia de convenciones colectivas de trabajo entre la empresa que presta el servicio y sus trabajadores, podría considerarse que lo excluye, porque, en primer lugar, el texto de la ley no distingue sino que comprende todos los eventos de huelgas de hecho en esa clase de empresas en particular, y al propio tiempo autoriza "para tomar todas las providencias necesarias para restablecer los servicios suspendidos y garantizar su mantenimiento". Y donde la ley no distingue no puede el intérprete hacerlo, conforme a la regla: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. No habría lógica ni equidad en considerar excluido el arbitramento de esas medidas o providencias cuando entre el concesionario y sus trabajadores media una convención colectiva de trabajo, porque siendo el arbitraje uno de los medios previstos por la ley para solucionar esos conflictos —y quizá el más eficaz de todos por la mayor garantía de coordinación que ofrece a los derechos de partes—, se excluyera de ellas cuando más urgente e imperativa es su aplicación por tratarse de una huelga imprevista en un servicio público.

El arbitramento que se sucede en esas circunstancias no cohonesto, como el actor lo alega, la presentación intempestiva de pliegos de peticiones, ni acarrea la inseguridad del contrato, porque siendo el arbitraje un privilegio concedido por la ley a los particulares para no someterse a la jurisdicción de la justicia ordinaria, de suyo dilatoria y formulista, y en el cual las partes tienen voz y voto en la decisión del asunto, tantas probabilidades tiene cada cual de que el laudo arbitral lo favorezca como las tiene el otro. Esta consideración sube de punto si se tiene en cuenta que está en el interés de las partes que los árbitros sean personas que sumen a su honorabilidad especial versación en la materia controvertida, lo cual garantiza una mejor apreciación del asunto y un fallo más conforme con la realidad de los hechos y la verdad del dere-

cho, que el que pudieran proferir la generalidad de los jueces letrados. Estas ventajas del procedimiento arbitral son reconocidas en países de gran desarrollo industrial, como en no pocos Estados de la Unión Norteamericana, en Inglaterra, Francia, Alemania, Italia, España, Bélgica, Holanda, Suecia, Checoslovaquia, México, Argentina, Brasil, Chile, Perú y Venezuela, donde tal es el sistema empleado para resolver los conflictos colectivos de trabajo.

La licitud o ilicitud de una huelga en los servicios públicos tampoco es óbice para el arbitramento, porque siendo esa calificación relativa sólo al interés de las partes en conflicto no puede primar sobre el interés social que consiste en el más pronto restablecimiento y conservación del servicio, por el medio que la ley ha establecido para alcanzarlo. La declaración de ilicitud de una huelga motiva las sanciones previstas por el artículo 56 de la ley en referencia, pero no excluye la oportunidad de terminarla por el medio que el arbitramento propicia. Por lo demás, las huelgas ilícitas, como todo abuso del derecho, llevan consigo latente su propia ineficacia, porque siendo un delito colectivo, como son, alertan y previenen las ponderosas fuerzas de la sociedad para resistirlas y condenarlas, tanto más si se trata de servicios públicos, creando en su contra un ambiente de disfavor que interfiere inflexiblemente la decisión del conflicto.

Y como de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 37 de 1931, se considera de utilidad pública el transporte del petróleo por oleoductos, y según los artículos 38 de la misma ley, 79 del Decreto 1270 de 1931 y 50, ordinal a), de la Ley 6ª de 1945, los oleoductos son considerados como empresas de transporte de uso público, y tal es el carácter del contrato de concesión de que da fe la escritura pública número 1463 de 1º de octubre de 1923, pasada por ante el Notario Cuarto del Circuito de Bogotá, que obra en autos, suscrito por la sociedad demandante con el Gobierno, dicha sociedad es una empresa concesionaria de un servicio público. En esta virtud, el Decreto acusado, en cuanto ordena la constitución de un Tribunal de Arbitramento para dirigir el conflicto colectivo de trabajo, que se desarrollaba entre esa empresa de servicio público y sus trabajadores a la fecha del mismo Decreto, no infringe el artículo 47 de la Ley 6ª de 1945, no empece la convención colectiva de trabajo vigente por entonces entre ellos.

Hace el actor especial hincapié en la sustentación de esta causal de la demanda, en la vigencia de la convención colectiva de trabajo suscrita el 20 de abril de 1944 y adicionada por los acuerdos de 29 de diciembre del mismo año y 9 de enero de 1946, cuando fue expedido el Decreto que impugna, y que, por tanto la sociedad no estaba obligada a discutir pliegos de peticiones que implicaban el desconocimiento de esos pactos y la violación de los derechos que ellos le otorgaban.

No discute el Consejo la validez de tales convenciones colectivas de trabajo, ni acepta la alegación que hacen los trabajadores de no estar ellas vigentes por el incumplimiento en que la Compañía había incurrido, hecho del cual no se ha producido ni presentado ninguna prueba en el juicio. Tampoco discute la inviolabilidad de los derechos y obligaciones que por ellas se reconocen las partes contratantes durante la vigencia que estipulen. Todos esos pactos y convenciones tienen indiscutible valor a la luz del derecho privado que los rige y les impone recíproca obligatoriedad, pero no pueden primar sobre el derecho público del Es-

tado a asegurar la permanencia de la Administración cuandoquiera que la interrumpe una huelga en los servicios que hacen parte de ella, pues en la escalonada jerarquía de derechos que reconoce la organización jurídica del Estado, se diferencian los que son fundamentales a su propia existencia de los que sólo miran al interés particular de los asociados, precediendo aquéllos a éstos, siempre que en su aplicación resultaren en conflicto.

La Administración Pública, considerada como la actividad del Estado para la realización de sus fines (Merkl), tiene por objeto el cumplimiento de las instituciones que realizan esos fines, llamados por Duguit servicios públicos, de manera que el sostenimiento de ellos es un derecho de la Administración de incuestionable prevalencia sobre los derechos que puedan emanar para los particulares de sus pactos contractuales. Ese derecho inmanente de la Administración preside los contratos de concesión de servicios públicos y se entiende incorporado en tales contratos no sólo por la regla general del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, sino por el principio de la continuidad de la Administración, de manera que quien contrata con ella la prestación de cualquiera de esos servicios lo hace a sabiendas de que en sus vinculaciones jurídicas con la Administración, ésta tiene un derecho preferente a asegurar la permanencia del servicio concedido sobre el derecho que pueda tener el concesionario para exigir la inviolabilidad de esos pactos con sus trabajadores. El Estado garantiza la inviolabilidad de esos pactos en cuanto no choquen con su propio derecho a asegurar el cumplimiento de sus fines jurídicos. Y en el contrato de concesión celebrado por la Administración con la sociedad demandante ésta reconoce expresamente por los artículos 3º y 35 del mismo, el derecho de aquélla a dictar todas las normas reguladoras de la prestación del servicio.

No procede replicar que de este modo se sacrifican los derechos del concesionario a los de los trabajadores, dándoles a éstos carta blanca para desconocerlos por medio de huelgas cuando les viene en voluntad, porque la Administración al someter el conflicto a arbitramento no lo decide a favor de ninguna de las partes, sino que las compele a decidirlo del modo que menor perjuicio pueda causarle.

Tampoco sería valedero el argumento de que si el Estado no garantiza el cumplimiento de los contratos válidamente celebrados, quebranta el orden jurídico desconociendo los derechos adquiridos con justo título, porque justamente el arbitraje es uno de los medios que el Estado ha instituido para garantizar la efectividad de las convenciones y de los derechos adquiridos.

Se impugna asimismo el Decreto por violación del artículo 57 de dicha ley, por cuanto no precedieron al arbitramento que ordena las etapas de arreglo directo y de conciliación. Para sustentar esta impugnación, el actor se expresa así:

"Se ve claramente que la obligatoriedad del arbitraje en los conflictos de trabajo en las empresas de servicios públicos, sólo surge con fuerza jurídica al realizarse la condición de *"que no se resuelvan por arreglo directo o por conciliación"*. Si esta condición no se ha cumplido, es decir, si no se han realizado en la forma prevista por la ley las etapas de *arreglo directo*, mediante el nombramiento de la delegación de tres (3) trabajadores que discuta con el representante de la empresa la petición de reforma (artículo 2º de la Ley 21 de 1920); y de *conciliación*,

con el nombramiento de conciliadores que decidan, conceptúen o dictaminen respecto de las cuestiones que originan la diferencia (artículo 6º y siguientes, Ley 21 de 1920 y artículo 11 Ley 57 de 1926); si no se han realizado estas dos etapas del procedimiento legal no puede obligarse a una empresa a someter el diferendo con sus trabajadores al arbitramento o tercera etapa del proceso establecido expresamente por la ley, sin manifiesta violación de la ley. Y no otra cosa es lo que hace el Decreto número 3163 de 1946 (noviembre 5) cuya nulidad se pide, ya que él pretende obligar a la Andian National Corporation Limited a llevar a un Tribunal de Arbitramento las diferencias que tiene pendientes con sus trabajadores sin que se haya cumplido la condición de no haberse resuelto la diferencia por arreglo directo o por conciliación, y, lo que es más, sin que esté obligada la Compañía, en virtud de hallarse los contratos colectivos que regulan las relaciones con sus trabajadores en pleno vigor, a aceptar, ni a considerar directamente con ellos, ni a conciliar en forma alguna, las peticiones presentadas, peticiones que implican la revisión de los pactos vigentes y el consiguiente desconocimiento de su fuerza obligatoria como ley que es para las partes, durante los términos estipulados”.

Consta en el proceso que evidentemente no procedieron al arbitramento el arreglo directo y la conciliación, aunque los trabajadores sí estuvieron, en principio, dispuestos a aceptar el arreglo directo en la forma propuesta por su Asesor jurídico, como homenaje a la tranquilidad pública, prometiendo levantar el paro tan pronto como quedara firmado el acuerdo, según lo informó el Jefe del Departamento del Trabajo al Ministerio en marconigrama fechado en Barrancabermeja el 31 de octubre de 1946, y lo certifica el Secretario de ese Despacho en documento que obra al folio 90 del expediente.

Verdad es que el artículo 1º de la Ley 21 de 1920 prohíbe las suspensiones colectivas de trabajo sin que antes se hayan cumplido los procedimientos del arreglo directo y la conciliación que la misma ley establece, y que el artículo 5º de ella impone la conciliación como obligatoria si no se llegare a un acuerdo en el arreglo directo, pero procede observar que para esa prohibición y esa obligación no se estatuye ninguna sanción por su incumplimiento, ni ley alguna ha establecido tal sanción, y que los artículos 2º y 6º de la misma ley tampoco establecen ninguna penalidad para el caso de que no se nombren los delegados o el conciliador de que esos textos tratan, ni subviene el modo de nombrarlos si los interesados no lo hacen, de modo que esas disposiciones son inoperantes ante la contumacia de cualquiera de las partes.

Fue sin duda por estas consideraciones por lo que el Decreto-ley 1485 de 1942 estableció, por su artículo 1º, en los siguientes términos, el arbitraje obligatorio cuando las partes eluden el arreglo directo o la conciliación:

“Artículo 1º De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Nacional, es prohibida la huelga en las empresas de navegación fluvial y demás de servicio público. Los conflictos colectivos de trabajo en tales empresas serán sometidos al procedimiento establecido en la Ley 21 de 1920, siendo como dicha ley lo expresa, obligatorio el arbitraje, por razón del carácter de aquéllas. El arbitraje es igualmente obligatorio cuando los procedimientos de entendimiento directo y conciliación pre-

vistos en dicha ley no hayan podido efectuarse por falta de concurrencia de las partes, o de una de ellas.

"Si las partes, o una de ellas, no nombraren los árbitros respectivos, o por cualquiera otra causa, no pudiese completarse el personal que ha de fallar arbitrariamente según lo previsto en la ley, el Presidente de la República constituirá el Tribunal de Arbitramento integrado por tres miembros, con el fin de que dicte la sentencia respectiva para poner fin al conflicto de que se trate".

Mas del hecho de que no hubieren precedido esos medios legales de solución de las huelgas a la expedición del Decreto acusado, que impuso a las partes el arbitramento, no se infiere su nulidad, porque el artículo 57 de la Ley 6ª de 1945, al decir: "Los conflictos de trabajo en los servicios públicos que no se resuelvan por arreglo directo o por conciliación serán sometidos al arbitramento de un Tribunal especial...", no condiciona el arbitramento en los conflictos colectivos en los servicios públicos al insuceso del arreglo directo y de la conciliación, como lo afirma el actor, sino que lo establece compulsoriamente como medio de rematar las huelgas insolutas por voluntad de cualquiera de las partes, ya sea por no aceptar las propuestas o de conciliación que recíprocamente se hagan, como puede no aceptarlas conforme a los artículos 5º y 12 de la Ley 12 de 1920, bien por rebeldía a nombrar delegados o conciliador, bien porque se suceda la huelga de hecho que preve el artículo 52 de aquella ley.

Ni la letra ni el sentido del artículo 57 en cuestión establecen orden prelativo en los modos de solucionar los conflictos de trabajo en los servicios públicos, limitándose a disponer llanamente que los que no se resuelvan por arreglo directo o por conciliación se someterán a arbitramento. A diferencia de la Ley 21 de 1920, que determina las etapas sucesivas en la solución de las huelgas, el legislador de 1945 no ordena los procedimientos, y si los nombra apenas es porque las huelgas pueden resolverse por el arreglo o la conciliación, pero también pueden no resolverse por la inanidad de medios coactivos para imponerlos.

En previsión de esa grave contingencia, la Ley 6ª de 1945, por medio de ese texto, dio al arbitramento carácter obligatorio en las huelgas en esos servicios que no se resuelvan por causa imputable a cualquiera de las partes. Y al disponer así el legislador fue juiciosamente cauto, porque puso a salvo en todo evento la permanencia de los servicios de la Administración, de la renuencia de las partes a transar sus diferendos, o de la arbitrariedad de una huelga intempestiva, que no por ilícita deja de ser de frecuente ocurrencia.

De no ser así, quedarían sin solución las huelgas en que no ha habido arreglo directo ni conciliación, como son las huelgas de hecho, porque no pudiendo someterse ellas al arbitraje, justamente por no haberse sucedido esas etapas previas, tampoco podrían resolverse por estos medios, por la carencia de facultades del Gobierno para hacerlos efectivos. De esta suerte, la parte que hubiera evadido el arreglo o la conciliación tendría a su arbitrio la prolongación de la huelga, porque el arbitramento no podría aplicarse, y el texto de la ley no tendría la extensión ni el objeto que el legislador quiso darle, que fue establecer un sistema obligatorio para resolver los conflictos de trabajo en los servicios públicos en que el arreglo directo o la conciliación no hubieren probado efecto, o no se hubieren verificado —que para el caso es lo mismo—, y es sabido

que el sentido en que una disposición pueda producir algún efecto debe preferirse al que no produzca ninguno. (Artículo 1620 C. C.).

No valdría replicar que de esta manera se obliga al patrono a discutir pliegos de peticiones estando vigentes convenciones colectivas de trabajo con sus trabajadores, porque ese es precisamente el efecto de la obligatoriedad del arbitraje que manda la ley, puesto que si no se le obligara el arbitraje sería voluntario, como lo era bajo la vigencia de la Ley 21 de 1920. *Dura lex, sed. lex.* Por otra parte, la discusión de los pliegos tampoco se eludiría si en vez de arbitraje tuvieran lugar el arreglo o la conciliación, porque se aboga, de donde se infiere que lo malo no es la discusión sino que el fallo que llegue a pronunciarse en cualquiera de esos procedimientos para solucionar el conflicto, viole o desconozca las estipulaciones de esas convenciones, lo cual queda al buen juicio, a la rectitud y honestidad de los conciliadores o arbitradores que se nombren.

Esta interpretación establece la debida correspondencia y armonía entre todo el contexto de la ley e ilustra el alcance del artículo 52 de ella, en el sentido de que no se excluye el arbitramento de las providencias que autoriza tomar al Gobierno en las huelgas subitáneas que ocasionan la suspensión de un servicio público, así como tampoco se excluye por el hecho de no haber tenido lugar el arreglo o la conciliación que prevee el artículo 57 comentado, en los conflictos colectivos que ocurran en esos servicios, de donde es dable concluir que el Decreto acusado no quebranta ninguna de esas reglas de la propia norma.

La doctrina de 1943 del Consejo de Estado que invoca el abogado de la sociedad demandante para sustentar puntos de vista antitéticos a los que se dejan expuestos, no la contradice el presente fallo, porque entonces no regía el actual estatuto del trabajo, que establece el arbitraje obligatorio en las huelgas colectivas en los servicios públicos.

Acúsase, por último, el Decreto demandado de ser violatorio de los artículos 2º, 5º, 6º y 22 de la Ley 21 de 1920.

Los artículos 2º, 5º y 6º que se citan como infringidos ya han sido considerados en las precedentes motivaciones de este fallo, en las cuales se demuestra que el acto acusado no los quebranta por haber impuesto el arbitraje en razón de no haber tenido efecto el arreglo directo y la conciliación que ellos establecen y, por consiguiente, huelga la repetición de esos razonamientos.

Por el artículo 22 de la misma ley se dispone:

“Artículo 22. El arbitraje es obligatorio y toda cesación de trabajo colectivo está prohibida mientras el Tribunal dicta su fallo, en las siguientes empresas, a las cuales están ligadas la seguridad, la salubridad y la vida económica y social de los ciudadanos:

“1º Medios de transporte, que comprenden los ferrocarriles, los tranvías, los buques fluviales y los buques marítimos;

“2º Acueductos públicos;

“3º Alumbrado público de las poblaciones;

“4º Higiene y aseo de las ciudades;

“5º Explotación de minas de la Nación”.

No se alcanza al Consejo, ya que el actor no expresó el concepto de la violación de ese texto, como lo manda el artículo 84 del C. C. A., en qué medida y proporción viola el Decreto impugnado ese precepto, por haber ordenado el arbitraje cuando se desarrollaba la cesación colectiva

del trabajo en la empresa de que es concesionaria la sociedad demandante, de un servicio al cual están ligadas la seguridad, la salubridad y la vida económica del país. Justamente lo que el Decreto dispone es darle efectividad a este mandato de la ley, que lejos de invalidarlo lo sustenta. Y si la acusación dimana de que no hayan precedido al arbitraje los procedimientos del arreglo y la conciliación que perscribía como previos la misma Ley 21 de 1920, procedería observar, como ya se ha expuesto, que, de acuerdo con los artículos 1º del Decreto 1485 de 1942 y 57 de la Ley 6ª de 1945, el arbitraje es obligatorio en las huelgas colectivas de servicios públicos, no obstante que tales procedimientos no hayan tenido lugar. Desde este punto de vista, pudiera decirse que estos textos adicionan y modifican el mandato de la Ley 21 de 1920.

El Decreto acusado sería, por otra parte, inanulable, porque habiendo cumplido su objeto, o habiéndose consumado la finalidad de su contenido, que era tan sólo la constitución del Tribunal de Arbitramento para decidir el conflicto especial de que se trata, el acto no tiene ya vigencia, como anteriormente se dijo, pues no sería dable, a base de ese Decreto, pretender constituir nuevos tribunales para decidir los casos análogos que puedan suscitarse. El Decreto es, por consiguiente, irrevocable, y así lo conceptuó el expositor Fraga en su *Derecho Administrativo*, al estudiar los actos jurídicos, quien al efecto se expresa así:

“Habrá desde luego algunos actos que no admiten la posibilidad de ser revocados. Así los actos que producen efectos instantáneos; esto es: los que no se prolongan en el tiempo, no son susceptibles de revocación, pues respecto de ellos no puede surgir la divergencia sobreviniente con el interés público, ya que si éste cambia, el acto ha producido ya todos los efectos que estaba destinado a producir. Por ejemplo, cuando la autoridad otorga un permiso para efectuar una manifestación en la vía pública y a su amparo dicha manifestación se verifica, no habría base para que en un momento posterior se revocara el permiso y se considerara ilegal la manifestación realizada. Por lo tanto, la revocación sólo es posible para aquellos actos que producen efectos durante cierto tiempo, y únicamente mientras tales efectos están produciendo, es decir, para los actos llamados de tracto sucesivo o de tractus de futuro”.

Se demanda en segundo término que se restablezca el derecho de la Compañía demandante a no discutir pliegos de peticiones estando vigentes las convenciones colectivas de trabajo que tiene celebradas con sus trabajadores.

La acción de restablecimiento del derecho, concedida por el artículo 67 del C. C. A., que se ejercita por esta súplica, es consecuencial de la nulidad del acto acusado, porque sólo en caso de que éste haya violado una ley o norma superior, puede haber un derecho violado que restablecer. De manera que, para que esta acción proceda, es preciso comprobar esa infracción por la incompatibilidad o antagonismo que implique el acto con la letra o el espíritu del precepto que se dice quebrantado. Y, como del estudio y consideración que se ha hecho de los textos legales que cita la demanda como violados, no aparece ni puede concluirse que el acto acusado los viole o infrinja en ninguna forma, la acción de restablecimiento del derecho tampoco puede prosperar.

En consonancia con estas conclusiones, el señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo, se expresa así:

“De los considerandos del Decreto 3163 de 1946 se desprende que la Andian National Corporation es empresa concesionaria de un servicio de transportes de uso público, cuyas tarifas están sometidas a la aprobación oficial, y está sometida a las leyes y reglamentos sobre transportes, en cuanto sean aplicables a la naturaleza especial de este medio de conducción.

“Establecido, pues, que la Andian National Corporation es una empresa concesionaria de un *servicio de transportes de uso público*, carácter que de otro lado se lo da el artículo 38 de la Ley 37 de 1931, al establecer que todos los oleoductos deben considerarse como empresas públicas de transportes, cabe preguntar si el Gobierno, ante la situación de huelga de ese servicio, podía o no, dentro de sus atribuciones constitucionales y legales, constituir un Tribunal especial de Arbitramento para que fallara sobre el expresado conflicto de trabajo.

“Para la Fiscalía es indiscutible la facultad que tenía el Gobierno para dictar tal medida, como lo hizo por medio del Decreto acusado, porque estando prohibida la huelga en los servicios públicos (artículo 18 de la Constitución Nacional), como es el que presta la Andian National Corporation, y estando facultado el Ejecutivo por el artículo 52 de la Ley 6ª de 1945 para tomar todas las providencias necesarias para restablecer los servicios suspendidos en el evento de que se presente, de hecho, la suspensión de los servicios en esa clase de empresa, no hizo otra cosa que cumplir con lo ordenado en el artículo 57 *ibidem* constituyendo el Tribunal de Arbitramento de que trata la disposición en referencia, en armonía con lo dispuesto en los artículos 17 y 22 de la Ley 21 de 1920.

Así, pues, no se encuentra probada la tacha de ilegalidad del acto acusado, sin que valga argüir en contrario que el artículo 4º de la ley últimamente citada establece de forzoso cumplimiento todo acuerdo entre el patrón y los trabajadores, y que estando vigentes los contratos colectivos de trabajo celebrados por la Andian con sus trabajadores, no habiéndose agotado el procedimiento señalado en la Ley 21 de 1920, el Gobierno no podía obligar a la Compañía al arbitramento; porque si, como aconteció, se presentó, *de hecho*, la suspensión de los servicios en una empresa de servicio público, el Gobierno estaba autorizado “para tomar todas las providencias necesarias para restablecer los servicios suspendidos” y someter el conflicto a un tribunal especial, tal como lo hizo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 52 y 57 de la Ley 6ª de 1945, disposiciones que por ser especiales al caso contemplado, y referirse a cuestiones en que está interesado el orden público, son de preferente aplicación, con tanta mayor razón que, como lo afirma el doctor Esguerra Serrano en la demanda, el Decreto acusado tuvo su origen en “La presentación intempestiva de un pliego de peticiones y de la declaración ilícita de una huelga indefinida”, lo que de por sí equivale a afirmar que el conflicto no se había podido resolver por arreglo directo o por conciliación, cuestión previa que tanto echa de menos el demandante”.

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

Primero. No hay lugar a reconocer al doctor Carlos H. Pareja como opositor en el juicio.

Segundo. No es nulo el Decreto número 3163 de 1946 (noviembre 5), por el cual se constituye un Tribunal de Arbitramento, y

Tercero. No hay lugar a decretar el restablecimiento del derecho de la Compañía demandante, a que se refiere el pedimento *segundo* de la demanda.

Rehabilítese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Rodríguez — Pedro Gómez Parra — Jesús Estrada Monsalve — Gonzalo Gaitán — Jorge Lamus Girón — Carlos Rivedeireira G. — Gustavo A. Valbuena — Luis E. García V., Srecretario.



DECRETOS DEL GOBIERNO

(Consejero ponente, doctor Pedro Gómez Parra)

Consejo de Estado — Bogotá, veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Por Decreto número 0251 del 28 de enero del presente año, el Gobierno reemplazó a los señores doctor Antonio María Sepúlveda y Bernardo Rodríguez, en los cargos que respectivamente desempeñaban, de Jefe del Departamento de Suministros, el primero, y Jefe de la Sección 2ª de Extranjeros, el segundo, del Departamento de Seguridad de la Policía Nacional, "cuyas renunciaciones se aceptan".

Y por Resolución número 462 de 6 de febrero último, el Director General de la Policía Nacional negó al doctor Antonio María Sepúlveda una solicitud de licencia por seis meses con derecho a sueldo, por enfermedad, fundándose en que el peticionario estaba separado del destino de Jefe del Departamento de Suministros de esa dependencia desde el 1º del mismo mes, conforme al Decreto referido. Apelada por el agraviado esta Resolución para ante el Ministro de Gobierno, fue confirmada por la número 149 de fecha 27 del propio mes de febrero.

Contra estos actos interpuso el doctor Sepúlveda, por medio de apoderado, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que consideraba violado, según libelo presentado el 27 de marzo retropróximo, en el cual pide:

"I. Que se declare nulo el Decreto Ejecutivo número 0251 de 1947 (enero 28), proferido por el Gobierno Nacional, en la parte relativa al nombramiento del señor Bernardo Portocarrero para Jefe del Departamento de Suministros de la Policía Nacional, en reemplazo del doctor Antonio María Sepúlveda, "cuya renuncia se acepta", y

"II. Que como consecuencia se declare nula la Resolución número 149 de 1947 (febrero 27) del Ministerio de Gobierno, por la cual se confirma la número 462 del seis de febrero del presente año, dictada por la Dirección General de la Policía Nacional, y se condene a la Nación a pagar al expresado Sepúlveda los sueldos correspondientes desde el 1º de febrero de 1947, en que se produjo el daño, hasta el día en que sea restablecido en su cargo".

La competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción interpuesta la declaran los artículos 62, 67 y 82 del C. C. A.

Surtida la instancia con las ritualidades de rigor (artículos 125 y siguientes del C. C. A.), se procede a decidirla, previas las siguientes consideraciones.

Del proceso aparece comprobado:

a) Que el demandante ingresó a la Policía Nacional el 20 de noviembre de 1942, en que fue nombrado Jefe del Departamento Administrativo;

b) Que en ese puesto permaneció hasta el 24 de mayo de 1944, en que, por Decreto número 1185 de 15 de los propios mes y año, fue nombrado Jefe del Departamento de Suministros, destino que desempeñó hasta el 1º de febrero del presente año, sin interrupciones ni haber hecho uso del derecho de licencias de ninguna clase, según lo acredita la copia auténtica de la respectiva hoja de vida que se acompañó a la demanda;

c) Que estando enfermo solicitó el 30 de enero último al señor Director de la Policía licencia hasta por seis meses, con derecho a sueldo, anexando a la solicitud el certificado médico correspondiente;

d) Que con fecha del 1º de febrero se tramitó la solicitud de licencia ordenando pasarla al Jefe del Departamento de Sanidad para los fines consiguientes;

e) Que, rendido el informe del caso por el Médico Jefe de ese Departamento, se pidió al Cajero General informe sobre el sueldo devengado o que devengaba el peticionario al ser dado de baja; y

f) Que en el intervalo del 1º al 6 de febrero continuó tramitándose la solicitud de licencia, y en esta última fecha por la Resolución número 462, acusada, le fue negada, entre otras razones, "porque el peticionario señor Selpúlveda cesó en sus funciones públicas desde el 28 de enero de este año, fecha en que le fue aceptada su renuncia, de conformidad con el Decreto 0251 de esta fecha, dictado por el Gobierno Nacional".

Ignorante el doctor Sepúlveda de que hubiera presentado renuncia de su cargo, se alzó de esa Resolución para ante el Ministerio de Gobierno, alegando que él no había renunciado, pero el Ministerio negó el recurso, en virtud de que el apelante había renunciado, y confirmó por la mentada Resolución número 149 de 27 de febrero la de la Dirección de la Policía, seguramente porque en esa dependencia le afirmaron que había renunciado.

Las copias auténticas de dichas Resoluciones se acompañaron a la demanda, así como un ejemplar del número 26348 del *Diario Oficial*, en que fue publicado el Decreto número 0251 demandado.

En el término probatorio se estableció que no consta en el archivo de la Policía Nacional que el demandante hubiera renunciado el puesto de que en la forma expresada fue destituido, del cual se había posesionado, como ya se dijo, el 24 de mayo de 1944, según copia auténtica del acta de posesión, que se produjo asimismo en el término de prueba de la causa.

La información falsa que se dio al Gobierno de que el Jefe del Departamento de Suministros había renunciado el puesto que desempeñaba, y que el Decreto acusado acogió como causa o razón para separarlo de ese destino, falsea la juridicidad del acto, porque si no fue otro el motivo que el Gobierno tuvo para reemplazarlo, como hay lugar a colegirlo desde luego que no se aduce otro, al no ser cierto ese motivo, el Decreto carece de razón o fundamento, y aun cuando el Gobierno tiene facultad constitucional para nombrar libremente sus empleados no escalafonados, si lo hace no en ejercicio de esa facultad o no espontáneamente, sino aduciendo razones de hecho para hacerlo, tiene que conformarse, por razones obvias de ética administrativa, a la realidad de esos hechos. Hay que aceptar como postulado administrativo que el Gobierno es honesto en sus actos, que su conducta se informa en la recta razón, y que todas sus actuaciones se enderezan a la realización de los fines jurídicos del Estado, postulado incompatible con la mentira y la falsedad como fundamentos de sus actos.

La presunción de legalidad que ampara los actos administrativos y que les da su ejecutoriedad, se excluye y desvanece cuando se demuestra que no son ciertos los hechos en que el acto se funda, porque la legalidad es la antítesis de la falsedad. De aquí que los actos fundados en hechos mentirosos no sean legales, ni tengan validez alguna.

Así lo tiene adoctrinado el Consejo por constante jurisprudencia, como puede comprobarse de los siguientes fallos:

"Pero sea de ello lo que fuere, no es necesario ahondar en estos aspectos de la cuestión, pues basta con que la Resolución acusada enuncie circunstancias a las cuales no se acomoda precisamente el traslado del empleado. Si tratándose del ejercicio de la facultad discrecional, el hecho de darse motivos para la decisión relativa a la remoción de un empleado la condiciona a la verdad de esos motivos, so pena de poder ser anulada, con mayor razón si se trata de una facultad reglada.

"A este respecto dice Gastón Jéze en su obra *Teoría de la Función Pública*:

"El Jefe de servicio no tiene por qué dar los motivos que lo han movido a pronunciar la destitución. Pero si los da sin estar obligado a ello, es necesario que ellos sean materialmente exactos y que ellos sean inspirados en el éxito del interés público". (Sentencia de 18 de abril de 1944. *Anales del Consejo de Estado*, tomo LII, números 335 a 340, página 145).

"El cargo de Inspector Seccional del Trabajo que desempeñaba el actor, era de libre nombramiento y remoción del Gobierno. No estaba, por lo tanto, amparado el empleado correspondiente por la ley sobre carrera administrativa. El Gobierno en uso del poder discrecional podía remover al doctor Delgado sin que violara ninguna disposición legal. En uso de esa facultad de remoción, que no puede tener otro fundamento que el buen funcionamiento del servicio público, el Gobierno no está obligado a dar los motivos o fundamentos que determinan la expedición del acto, según aparece consagrado en nuestra legislación constitucional y legal, como regla general para la administración. La inamovilidad, el derecho a ascenso, etc., es norma de excepción. En el caso de autos el actor, como ya quedó expresado estaba colocado dentro de la regla general, y por lo tanto el Gobierno no tenía necesidad de motivar el acto de separación del servicio público del empleado demandante.

"Pero lo que realmente sucede es que el Gobierno designó reemplazo en la Oficina Seccional del Trabajo, afirmando que la revocación del nombramiento era hecha por renuncia del titular. Como el actor afirmó en su demanda que no era cierto que él hubiera renunciado, y siendo cierto que la renuncia no se produjo, según las pruebas que obran en el expediente, es indudable que el acto acusado es nulo porque se funda en un motivo que no es cierto, que no es fundado y por consiguiente se destruye a sí mismo, se torna en ilógico y en contradictorio. La razón es muy clara: el Gobierno no tenía necesidad de dar explicación o fundamentar la medida que contiene el Decreto acusado, ya que podía legalmente destituir al doctor Delgado, en uso de la facultad discrecional; pero no hizo uso de esa facultad, sino que motivó la separación del actor del servicio público en un hecho que no resultó ser cierto". (Sentencia de 20 de febrero de 1947. Copiador de fallo del Consejo de Estado, tomo 98, página 158).

El demandante se encuentra en una situación jurídica estrictamente similar a las contempladas en los casos a que se refieren las memoradas sentencias del Consejo de Estado, porque sin ser empleado escalafonado y estando desempeñando en propiedad un destino público de orden nacional, sin queja ni observación alguna de parte de sus superiores jerárquicos, se le reemplaza en el ejercicio de ese cargo atribuyéndole inexactamente una renuncia del puesto que él no ha presentado ni aparece por ninguna parte.

Como el actor solicitó licencia por seis meses, con derecho a sueldo, por enfermedad, según ya se dijo y de las certificaciones de los médicos de la Sección de Sanidad de la Policía Nacional aparece que la enfermedad de que padecía el peticionario no lo inhabilitaba para trabajar, no es el caso de reformar las Resoluciones acusadas en cuanto niegan dicha licencia.

El actor ha demandado igualmente el restablecimiento de su derecho, súplica que es procedente en virtud de la anulación del acto que lo privó del destino que desempeñaba.

El señor Fiscal del Consejo de Estado se pronuncia en conformidad con lo que se deja expuesto, en su vista de fondo, de la cual se transcriben los siguientes apartes:

"El Gobierno Nacional, por medio del Decreto número 1185 de 15 de mayo de 1944, designó al doctor Antonio M. Sepúlveda Jefe del Departamento de Suministros, del Departamento de Seguridad, cargo del cual tomó posesión el 24 del mismo mes. Posteriormente, el Gobierno expidió el Decreto 0251 de 28 de enero de 1947 por medio del cual se nombró al señor Bernardo Portocarrero en reemplazo del doctor Antonio M. Sepúlveda, "cuya renuncia se acepta".

"Alega el actor que este último Decreto es ilegal y debe ser anulado, por cuanto se fundó en una causa falsa o en motivos no ciertos, ya que en dicho acto se afirma que el doctor Sepúlveda había renunciado, lo cual es absolutamente falso.

"La anterior aseveración del demandante es totalmente evidente: Existe constancia en los autos de que el doctor Sepúlveda no presentó renuncia de su cargo (fl. 17 v.); luego el Gobierno Nacional, al expedir el acto demandado, se fundó en una causa enteramente falsa.

"Es innegable que el cargo que desempeñaba el doctor Sepúlveda era de libre nombramiento y remoción del Gobierno Nacional, pues él no estaba amparado por ningún *status* de inamovilidad. El Gobierno, pues, en uso del poder discrecional podía removerlo sin violar ninguna disposición legal. Y en virtud de esa misma facultad, no estaba obligado a expresar las causas o motivos de la remoción. Esa es la regla general que consagran nuestras instituciones constitucionales y legales para los empleados administrativos, y ello tiene por fundamento la garantía del buen funcionamiento de los servicios públicos.

"Pero si esto es así, si el Gobierno Nacional tiene amplia y total facultad para remover sus empleados, no es menos cierto que un estatuto por él expedido no puede tener fuerza legal si está apoyado en causas enteramente irreales, cual sucede en el caso de autos.

"El Gobierno no se hallaba en la necesidad de fundamentar la remoción del doctor Antonio M. Sepúlveda; pero si así lo hizo, y al hacerlo expresó una causa no conforme con la realidad, ese acto de remoción debe ser anulado por ilógico e injurídico.

"Este ha sido, vale agregar, el pensamiento constante y uniforme del H. Consejo de Estado.

"En mi sentir, pues, el Decreto número 0251 de 1947 expedido por el Gobierno Nacional debe ser anulado en cuanto remueve al doctor Antonio M. Sepúlveda del cargo de Jefe del Departamento de Suministros, del Departamento de Seguridad".

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Primero. Declárase nulo el Decreto número 0251 de 1947 (enero 28), proferido por el Gobierno Nacional, en la parte relativa a la remoción del doctor Antonio M. Sepúlveda del cargo de Jefe del Departamento de Suministros de la Policía Nacional.

Segundo. Ordénase el restablecimiento del derecho del doctor Antonio M. Sepúlveda a continuar desempeñando el puesto de Jefe de la Sección de Suministros de la Policía Nacional, de que fue destituido por el precitado Decreto; y

Tercero. La Nación está obligada a pagar al doctor Antonio M. Sepúlveda los sueldos caídos que le correspondan como Jefe del Departamento de Suministros de la Policía Nacional, desde cuando fue despedido de ese cargo por el Decreto que se declara nulo, hasta cuando se le ponga de nuevo en ejercicio de ese destino.

Rehabilítase el papel común empleado en la actuación y el sellado, de conformidad con la Ley 69 de 1946.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Rodríguez—Pedro Gómez Parra—Jesús Estrada Monsalve—Gonzalo Gaitán—Jorge Lamus Girón—Carlos Rivadeneira G.—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Secretario.

ELECTORALES

(Consejero ponente, doctor Pedro Gómez Parra)

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

En el Acta de los escrutinios practicados en la ciudad de Manizales por el Consejo Electoral de Caldas, en los días diez y once de abril del presente año, de las elecciones llevadas a efecto el 16 de marzo próximo anterior para Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes al Congreso Nacional y Senadores de la República por la Circunscripción Electoral de Caldas, consta:

“A continuación el señor Presidente ordenó verificar los escrutinios para Senadores de la República, obteniéndose el siguiente resultado: la lista que encabeza el señor Camilo Mejía Duque, con un total de treinta y ocho mil trescientos doce (38.312) votos, que le da derecho a una curul y le queda un residuo de ocho mil ciento setenta y cinco (8.175) votos. La lista que encabeza el señor Benjamín Muñoz Giraldo con un total de treinta y ocho mil ciento diez (38.110) votos y le queda un residuo de siete mil novecientos setenta y tres (7.973) votos. La lista encabezada por el doctor Silvio Villegas, con un total de setenta y cuatro mil doscientos sesenta y siete votos (74.267), correspondiéndole dos curules y le queda un residuo de trece mil novecientos noventa y tres (13.993) votos. Como quedara una curul por proveer, el Consejo Electoral procedió a acumularle a la lista del señor Mejía Duque, el residuo sobrante a la lista del señor doctor Benjamín Muñoz Giraldo, con cuya acumulación se obtuvo un total de diez y seis mil ciento cuarenta y ocho (16.148) votos que siendo mayor al residuo de la lista del doctor Silvio Villegas, le fue adjudicado el quinto renglón de la lista del señor Mejía Duque. En consecuencia el Consejo Electoral declaró la elección de Senadores de la República y procedió a la adjudicación de las curules para el período constitucional 1947-1951, así:

Principales

Camilo Mejía Duque
José Jaramillo Giraldo
Benjamín Muñoz Giraldo
Silvio Villegas
Gilberto Alzate Avendaño

Suplentes

Alberto Mendoza Hoyos
Carlos Eastman Díaz
Julio Restrepo Hoyos
Pablo Elías Gutiérrez
Benjamín Baena Hoyos”.

Los escrutinios para Senadores y la declaración de elección correspondiente que se hacen por la transcrita parte de dicha acta, han sido demandos por los siguientes ciudadanos, en su orden, así:

A) Por el abogado doctor Paulo E. Sabogal González, en su propio nombre, por libelo presentado el día 22 de abril último, ante el Juez Unico del Circuito de Armenia y su Secretario, para que se declare:

“*Primero.* Que es nulo el escrutinio practicado por el Consejo Electoral de Caldas en la ciudad de Manizales, en los días 10 y 11 del presente mes de abril, que declaró electos como Senadores a los doctores José Jaramillo Giraldo, como principal, y Carlos Eastman Díaz, como suplente, por la plancha o lista que encabeza el señor Camilo Mejía Duque, para el período de 1947-1951, por el Departamento de Caldas, por haberse computado los votos apócrifos de los jurados de votación del Corregimiento de Arabia, del Municipio de Pereira, y tomado en cuenta

los escrutinios o actas de registro de esos jurados, no obstante haberse acusado de fraudulentos;

"Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene la rectificación de los escrutinios y se modifiquen los cómputos de los votos, excluyendo los votos que aparecen en los jurados números 1, 2 y 3 del corregimiento de Arabia, del Municipio de Pereira, en las elecciones del 16 de marzo pasado y de los registros correspondientes que escrutaron tales votos, por exceder éstos al número de ciudadanos cedulados que figuran en los registros parciales elaborados por el Jurado Electoral de Pereira para tal corregimiento y que sirvieron de base a la elección;

"Tercero. Que practicado lo anterior, y una vez excluido el cómputo de los escrutinios de los jurados de votación del corregimiento de Arabia, se declare el verdadero resultado de la elección declarando que la lista inscrita para Senadores de la República que encabeza el doctor Muñoz Giraldo, como principal, y Julio Restrepo Toro, como suplente, obtuvo más votos que la lista inscrita que encabeza el nombre del señor Camilo Mejía Duque, como principal, y Alberto Mendoza Hoyos, como suplente, ambas listas inscritas como liberales;

"Cuarto. Que de acuerdo con la mayoría numérica obtenida en los comicios el 16 de marzo pasado, en el Departamento de Caldas, y hecha la exclusión de los cómputos de los registros de los jurados de votación números 1, 2 y 3, del corregimiento de Arabia, del Municipio de Pereira, por los vicios anotados antes, le corresponde ocupar el quinto renglón al Senado para dicho período, a los doctores Pablo E. Sabogal González, como principal, y Raúl Gómez Gómez, como suplente, por estar éstos en el segundo renglón de la lista inscrita que encabeza el doctor Benjamín Muñoz Giraldo y Julio Restrepo Toro, ya que por tener un mayor residuo esta lista, se le deben acumular los votos del residuo de la lista que encabeza el señor Camilo Mejía Duque, en los términos del artículo 1º de la Ley 39 de 1946;

"Quinto. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se resuelva que el quinto puesto para el Senado de la República para el período de 1947-1951, corresponde a los expresados doctores Paulo E. Sabogal González y Raúl Gómez Gómez, como principal y suplente respectivamente, por haber obtenido el mayor residuo de sufragios por los cómputos verificados, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 39 de 1946, y se les declare legalmente electos para tal cargo; y por ende, se les expida a éstos la credencial correspondiente;

"Sexto. Que por causa de la invalidez o nulidad de la elección de los doctores José Jaramillo Giraldo y Carlos Eatsman Díaz, principal y sustituto, respectivamente, para el Senado de la República, se ordene la cancelación de tales credenciales y se comunique a quien corresponda para los efectos legales".

B) Por el abogado doctor Hernán Alzate Avendaño, ejercitando su propio derecho, según libelo presentado ante el Juez Primero Civil del Circuito de Manizales y su Secretario, el día 23 de abril del corriente año, para que se declare:

"En ejercicio del derecho que me reconocen las disposiciones atrás citadas y sus concordantes, con base en los motivos expuestos, acuso ante esa Honorable Corporación el escrutinio de los votos emitidos el 16 de marzo de 1947 para senadores de la República por este departamento,

así como la respectiva declaratoria de los ciudadanos electos, según acto verificado por el Consejo Electoral de Caldas durante los días 10 y 11 de abril del año en curso, por haberse violado los preceptos constitucionales, el sistema electoral y la prohibición de la ley.

"En consecuencia, demando que se declare nulo dicho acto y se proceda a efectuar por el Consejo de Estado un nuevo escrutinio, con aplicación y cumplimiento de las normas legales.

"En subsidio de la petición anterior, demando la declaratoria de la elección de senadores por este departamento para el próximo período constitucional, efectuada por el Consejo Electoral de Caldas, a fin de que se ordene la rectificación correspondiente del resultado, adjudicando el quinto puesto a la lista conservadora que encabeza el doctor Silvio Villegas y declarando elegidos principal y suplente a los señores doctor José Domingo Escobar y don Carlos Tobón, quienes ocupan el tercer renglón de dicha lista, en lugar de los doctores José Jaramillo Giraldo y Carlos Eastman Díaz, colocados en el segundo renglón de la lista liberal encabezada por el señor Camilo Mejía Duque, ya que a aquella lista le corresponde la curul por orden descendente de residuos.

"Igualmente pido que se declare sin validez y no se escrute la lista de senadores del movimiento popular que encabeza el doctor Benjamín Muñoz Giraldo, por contener nombres que legalmente no pueden ser elegidos. En defecto, solicito que se declare nula la elección de suplente del doctor Julio Restrepo Toro".

Ambos demandantes acompañaron sus libelos de sendas copias auténticas del acto demandado.

Admitidas las demandas por haber sido presentadas dentro del término fijado por el artículo 209 del C. C. A. y estar ajustadas a las prescripciones de los artículos 210 a 214 *ibidem*, se hizo parte como opositor de la primera de dichas demandas el doctor José Jaramillo Giraldo, constituyendo como apoderado para ese efecto al abogado doctor Enrique Acero Pimentel.

Recibidos a prueba los juicios por haberlo solicitado así los demandantes, fueron decretadas y practicadas las pedidas por el primero de ellos, doctor Sabogal González, y el opositor doctor Acero Pimentel, pruebas que adelante se analizarán. El doctor Alzate Avendaño no hizo uso del derecho de pedir pruebas.

Cumplida la acumulación ordenada por el artículo 229 del C. C. A. y habiendo correspondido al Consejero ponente conocer de las causas acumuladas, se surtieron con ellas las demás ritualidades legales y, por tanto, es llegada la oportunidad de proferir sentencia, a lo cual se procede teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Como puede verse en los puntos *primero* y *cuarto* de su respectivo libelo, funda el doctor Sabogal González la nulidad que impetra de los escrutinios que demanda en haber sido computados en ellos los votos emitidos en los jurados de votación que funcionaron en el Corregimiento de Arabia, del Municipio de Pereira, en las elecciones del 16 de marzo del presente año, votos que el demandante califica de apócrifos o fraudulentos.

Apoya esa nulidad en los siguientes hechos sustantivos de su acción:

"b) El Consejo Electoral se abstuvo de excluir del cómputo de los votos de la lista de Camilo Mejía Duque, los escrutados en los jurados de votación números 1, 2 y 3 del corregimiento de Arabia, del municipio

de Pereira, y los del corregimiento de Palmilla, del mismo municipio, como se solicitó oportunamente, alegando que se trataba de un punto de derecho que no podía resolver, por ser ello de resorte de lo Contencioso Administrativo;

"c) Los votos emitidos en los tres jurados de votación del corregimiento de Arabia, citados, son nulos e igualmente son nulos las actas o registro de votación de los mismos jurados, por exceder los votos que aparecen como sufragados en mucho, a la de los ciudadanos cedulados en los registros parciales expedidos por el Jurado Electoral de Pereira para las mesas de votación de dicho corregimiento, y por consiguiente, son apócrifos los elementos que sirvieron a tales escrutinios, con violación del artículo 195, en armonía con el 196 y 198, de la Ley 167 de 1941;

"d) Los registros parciales del censo electoral, elaborados por el Jurado Electoral de Pereira, para los jurados de votación números 1, 2 y 3 del corregimiento de Arabia, para las elecciones del 16 de marzo pasado, contienen, respectivamente, una lista de 152, 150 y 153 ciudadanos cedulados; y la de Palmilla, una lista de ciudadanos cedulados en número de 87;

"e) En las actas de escrutinio de los jurados de votación números 1, 2 y 3, del corregimiento de Arabia, aparecen escrutados votos por la lista del señor Camilo Mejía Duque, por las cantidades de 183, 71 y 240 votos, respectivamente, o sea un total de 494 votos, sin contar los de las listas de los señores Silvio Villegas y Muñoz Giraldo, con lo que se comprueba que el total de votos excedió en algunas mesas en más del ciento por ciento de la lista de sufragantes, lo que demuestra el fraude hecho en esos jurados de votación; e igual cosa sucedió en el Jurado de Palmilla. Estas actas de escrutinio reposan en el Consejo Electoral de Caldas, y en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Manizales, de donde se tomarán las copias respectivas, en el término de prueba.

"f) En el Jurado número 2 de votación, de Arabia, se escrutaron votos por listas no inscritas y con violación de los preceptos constitucionales, pues al menos así aparece en las actas remitidas al Consejo Electoral y al Tribunal de lo Contencioso de Manizales, ya que el señor Camilo Mejía Duque aparece escrutado para la Asamblea Departamental, Cámara de Representantes y Senado de la República, en el mismo acto, siendo así que las dos primeras listas con su nombre no aparecen inscritas y si lo fueron, es nula la elección. (Artículo 102 de la C. N. Act. L. número 1 de 1945) y deben excluirse del escrutinio.

"g) Los vicios e irregularidades cometidos en las votaciones en los jurados de Arabia y Palmilla, y en las actas de escrutinio de ellos, los invalida para que se rechacen y sean excluidos del cómputo general;

"h) Excluidos los votos de esos jurados precitados y las actas de registro, desaparece la supuesta mayoría de la lista del señor Camilo Mejía Duque de 202 votos, que escrutó el Consejo Electoral sobre la del señor Muñoz Giraldo, quedando una mayoría en favor de esta última lista que le da derecho a que los residuos de las otras listas se le acumulen y por ende, a que se le adjudique el quinto renglón para el puesto del Senado de la República".

Por su parte, el demandante doctor Alzate Avendaño funda la acción en motivos de diverso orden, que resume así en su libelo:

"1. El 16 de marzo del corriente año se efectuaron en el Departamento de Caldas, como en el resto del país las elecciones para Senado-

res de la República, Representantes al Congreso y Diputados a la Asamblea, en el próximo período constitucional, conforme a las disposiciones vigentes.

"2. Ante la Alcaldía de Manizales fueron previamente inscritas tres listas de candidatos al Senado de la República, discriminadas así: a) Una lista por el "*Partido conservador*", encabezada por el doctor Silvio Villegas; b) Otra por el "*Partido liberal*", encabezada por el señor Camilo Mejía Duque; c) Otra por el "*Movimiento Popular del Liberalismo*", encabezada por el doctor Benjamín Muñoz Giraldo.

"3. En los comicios, la lista conservadora obtuvo setenta y cuatro mil doscientos sesenta y siete votos (74.267), la lista liberal obtuvo treinta y ocho mil trescientos doce votos (38.312) y la lista del movimiento popular obtuvo treinta y ocho mil ciento diez votos (38.110).

"4. El total de votos válidos emitidos por las diversas listas ascendió a ciento cincuenta mil seiscientos ochenta y nueve (150.689). Dividida esta cantidad por cinco (5), que es el número de curules senatoriales correspondientes al departamento de Caldas, la operación arrojó un cociente de treinta mil ciento treinta y siete votos (30.137).

"5. El Consejo Electoral de Caldas, reunido durante los días 10 y 11 del presente mes, procedió a adjudicar a cada lista tantos puestos cuantas veces cupo el cociente en el respectivo guarismo, en la siguiente forma: a) dos (2) curules a la lista conservadora encabezada por el doctor Silvio Villegas quedando a favor de ella un residuo de trece mil novecientos noventa y tres votos (13.993); b) una (1) curul a la lista liberal encabezada por el señor Camilo Mejía Duque, con un residuo o sobrante de ocho mil ciento sesenta y cinco votos (8.165); c) una (1) curul a la lista del movimiento popular encabezada por el doctor Muñoz Giraldo, a la cual le sobraba un residuo de siete mil novecientos setenta y tres votos (7.973).

"6. Así fueron adjudicados cuatro puestos por cociente, conforme a la ley, quedando una curul por proveer.

"7. El residuo mayor era el de la lista encabezada por el doctor Silvio Villegas, perteneciente al conservatismo, pues ascendía a trece mil novecientos noventa y tres votos (13.993), al par que los residuos de la lista liberal y de la lista del movimiento popular apenas alcanzaban a ocho mil ciento sesenta y cinco votos (8.175) y siete mil novecientos setenta y tres votos (7.973) respectivamente.

"8. En lugar de adjudicar la curul sobrante al residuo mayor de la lista conservadora, el Consejo Electoral de Caldas procedió entonces a acumular al residuo de la lista liberal o santista el remanente de votos del movimiento popular, con el objeto de formar uno solo de ambos guarismos.

"9. Previa esta acumulación de los residuos de dos listas antagónicas, que daba una cifra artificialmente superior al residuo de la votación conservadora, el Consejo Electoral de Caldas adjudicó el puesto sobrante a la lista de candidatos senatoriales encabezada por el señor Camilo Mejía Duque, declarando electos senadores principal y suplente a los doctores José Jaramillo Giraldo y Carlos Eastman Díaz.

"10. El Consejo Electoral de Caldas pretendía que aplicaba en esa forma las disposiciones de la Ley 39 de 1946 y del Decreto Ejecutivo 800 de 1947, dictado por el Gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria, cuando en esa misma sesión, al verificar los escrutinios y la declara-

ración de elección de Representantes y Diputados, había desconocido Ley y Decreto, haciendo caso omiso de sus normas para escrutar al antojo de la mayoría liberal y acaparar indebidamente curules en provecho de ese partido. En esta forma el Consejo Electoral actuaba de manera contradictoria, según las conveniencias políticas de los consejeros mayoritarios, como puede verse en la propia acta de escrutinios, cuya copia adjunto.

"11. La acumulación de los votos dados por una lista a favor de otra distinta, a pesar de que ambas han comparecido al debate en representación de fuerzas y programas diferentes y contrapuestos, es un procedimiento antidemocrático, contrario a la esencia misma de la función constitucional del sufragio y a la autonomía de la voluntad del elector, cuyo voto viene a computarse a la postre en favor de nombres y de tesis contra las cuales se ha pronunciado. La ley no puede autorizar ese trueque inmoral que desvirtúa los resultados electorales y atenta ostensiblemente contra el espíritu de la constitución, la cual estatuye la libertad del sufragio y el respeto a la verdad democrática expresada en las urnas.

"12. Los partidos no son organizaciones jurídicas o personas naturales, sujetas a estatutos y normas, con matrícula y registro de afiliados o socios, sino libres corrientes de opinión, a las cuales el ciudadano se adhiere por motivos afectivos e intelectuales, que pertenecen a su fuero interno. Dentro de nuestro derecho público interno no se pueden convertir en estamentos constitucionales. Como su estructura no está regulada por normas legales, al modo de las corporaciones públicas o las sociedades privadas, no existen medios de prueba eficaces para determinar cuándo y cómo se pertenece a ellos.

"13. El movimiento popular que acaudilla el doctor Jorge Eliécer Gaitán y que inscribió una de las listas para senadores no tiene comunidad ideológica con el liberalismo dirigido por el doctor Eduardo Santos, el cual declaró solemnemente que las banderas gaitanistas no eran las suyas. Las dos fuerzas políticas y sus respectivos programas difieren tan radicalmente que no se pueden someter a un común denominador ni amparar bajo el mismo rótulo. Es un truco verbal y un fraude a la ley reputarlas como a las de un solo partido. El liberalismo clásico y tradicional del país, representado por la corriente del doctor Santos, carece de parentesco con el movimiento popular del doctor Gaitán, que en la genealogía de las ideas debe filiarse como una especie de radical-socialismo. Así, pues, resulta inclusive contrario al texto y al espíritu de la ley 39 de 1946 acumular los votos gaitanistas a los santistas.

"14. La Ley 39 de 1946 no tuvo su origen en el plausible propósito de mejorar nuestros estatutos electorales. Fue una ley *ad hoc*, impuesta por el partido que controlaba la rama legislativa del poder, para afrontar sin riesgos una situación de crisis interna y división pertinaz.

"15. Sin embargo, en los distintos departamentos de la República, las mayorías políticas de los consejos electorales, han interpretado y aplicado la ley en forma divergente y contradictoria, tergiversándola a su antojo, según convenga a sus propios intereses electorales. Así la ley ha perdido su virtud normativa, para convertirse en un elástico instrumento al servicio de los intereses de partido, con mengua y afrenta de las instituciones democráticas y del orden jurídico.

"16. Los Consejos Electorales de Bolívar, Atlántico y Cauca se abstuvieron de acumular los residuos como manda la ley, sin más afán

y guía que arrebató curules al conservatismo. Con la forma de aplicar el sistema por esas corporaciones electorales, a la lista conservadora de Caldas encabezada por el doctor Silvio Villegas le deben corresponder tres (3) senadores. También en otros departamentos se dio a la ley un sentido acomodaticio, en manifiesta contradicción con la forma como fue aplicada en los escrutinios de senadores de Caldas.

"17. El objeto y alcance de esta demanda es poner al Honorable Consejo de Estado en la necesidad de sentar doctrina y aplicar el sistema electoral con un criterio uniforme, pues no pueden prevalecer tantas interpretaciones contradictorias, sin basamentos jurídicos, inspiradas por sórdidos apetitos sectarios. La ley no se interpreta según los casos, ni se puede parcelar en tantas fórmulas de aplicación como Departamentos tiene el país. Si el liberalismo impuso esa ley de arrastre como regla de fuego, tiene que someterse a su tenor estricto y a una aplicación unitaria, aunque le apareje imprevistas consecuencias desfavorables en determinadas situaciones electorales.

"18. La lista de candidatos al Senado por el movimiento popular, encabezada por el doctor Benjamín Muñoz Giraldo, tiene como primer suplente al doctor Julio Restrepo Toro, individuo que no puede ser elegido, por expresa prohibición de la ley, por haber ejercido el cargo de Juez del Trabajo en los últimos dos años. Este hecho vicia la elección".

Para demostrar los hechos en que el doctor Sabogal González estriba su demanda, presentó como prueba el certificado expedido por el Jurado Electoral de Pereira, en que consta:

"Que los registros parciales de votación de los jurados del Corregimiento de Arabia, en sus números 1, 2 y 3 respectivamente constan, en su orden, de ciento cincuenta y dos (152), ciento cincuenta (150) y ciento cincuenta y tres (153). Se advierte que estos registros no fueron elaborados por este despacho, sino levantados por el Corregidor del lugar, y que ellos no corresponden precisamente a los ciudadanos cedulados vecinos de ese Corregimiento, sino a los que accidentalmente hicieron acto de presencia el día en que fue levantado dicho censo. Es imposible afirmar con certeza si el número de sufragantes corresponde a los censados, precisamente porque ya se dijo que su presencia fue accidental y el día de la votación pudieron presentarse muchos otros distintos a los citados, para ejercer el derecho del sufragio.

"Para constancia se extiende y firma el presente certificado, hoy veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y siete".

Asimismo solicitó, por medio de su personero doctor Manuel Rodríguez Díaz, que se pidieran y tuvieran como pruebas, las copias auténticas de los documentos que se relacionan en los puntos *segundo* a *sexto* del memorial de pruebas respectivo, medios probatorios tendientes todos a establecer los hechos fundamentales de la demanda.

A su vez, el opositor pidió como pruebas que se solicitara del Jurado Electoral de Pereira, de la Secretaría de Gobierno de Caldas, del Tribunal Administrativo de Manizales y del Consejo Electoral del Departamento de Caldas, el envío de los documentos que se determinan en el memorial correspondiente, y las declaraciones de los doctores Guillermo Peñaranda Arenas y Jorge Gartner, sobre el cuestionario que allí mismo se inserta.

El Consejo se considera relevado de analizar pormenorizadamente el mérito probatorio de cada uno de los elementos de convicción pedidos

y producidos a instancia de una y otra parte, porque juntas están de acuerdo en que en las elecciones habidas el 16 de marzo del presente año, en el Corregimiento de Arabia, de la comprensión municipal de Pereira, funcionaron allí legalmente los Jurados de votación números 1, 2 y 3, cuyos respectivos registros parciales de votación son de 152, 150 y 153 sufragantes, y que, no obstante, aparecen escrutados en esos jurados de votación, en su orden, 183, 71 y 240 votos, o sea, un total de cuatrocientos noventa y cuatro (494) votos, por las listas de senadores que encabeza el señor Camilo Mejía Duque, sin contar los votos emitidos en esos mismos jurados por las listas de los señores Silvio Villega y Benjamin Muñoz Giraldo. Así lo afirma el actor en los hechos fundamentales de la demanda, así lo prueban las actas de escrutinios de esos jurados de votación, pedidas y producidas como pruebas a solicitud de ambas partes, y así lo evidencian igualmente los demás documentos probatorios allegados al juicio para establecer la incorporación de los resultados de tales escrutinios en el cómputo general de los votos emitidos en el Departamento en dichas elecciones, para Senadores de la República. De manera que sobre este hecho, que es el cardinal de la demanda del doctor Sabogal González, como lo declaran los hechos en que se funda, están de acuerdo actor y opositor, por lo cual la cuestión jurídica se reduce al punto de derecho de si los votos emitidos en los jurados de votación de que se viene haciendo referencia, con exceso al número de ciudadanos hábiles para votar registrados en cada uno de esos mismos jurados, genera la correspondiente nulidad de los registros de votación, o escrutinios de los votos emitidos en ellos.

Tampoco se detiene el Consejo a considerar el hecho anotado por el mismo actor en el punto f) de su demanda, de que en el Jurado de votación número 2 del Corregimiento de Arabia se escrutaron votos por listas no inscritas, como las encabezadas por el señor Camilo Mejía Duque para Diputados a la Asamblea departamental y para Representantes al Congreso, si la lista para Diputados a la Asamblea departamental encabezada con ese nombre no estaba inscrita —prueba que no acompañó el actor—, cuando más acarrearía la nulidad de los votos emitidos por ella, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 7ª de 1932, pero no la de los votos de la lista encabezada con el mismo nombre para senadores, porque la incompatibilidad establecida por el artículo 108 de la Constitución Nacional (24 del Acto Legislativo número 1º de 1945) es la de Senador y Representante simultáneamente, pero no la de Senador o Representante y Diputado, dentro del mismo período constitucional. Y en cuanto a los votos escrutados por la misma lista para Representantes al Congreso, que dice el actor, parece que esta es una afirmación absolutamente infundada, porque ni las actas de escrutinios de los jurados de votación del Corregimiento de Arabia, ni en el acta de escrutinios del Jurado Electoral de Pereira, remitida en copia auténtica al Consejo Electoral de Caldas y al Tribunal Administrativo de ese Departamento, ni en el acta de los escrutinios verificados por ese Consejo Electoral consta que se hubieran emitido votos en dichas elecciones por lista alguna para Representantes al Congreso encabezada con el nombre del señor Camilo Mejía Duque.

Con relación al cargo principal de la demanda, de haberse escrutado en el Corregimiento de Arabia mayor número de sufragios al de ciudadanos hábiles para votar inscritos en las listas parciales de sufragantes

tes de ese Corregimiento, el artículo 4º de la Ley 19 de 1935 desvanece el reparo al decir:

"Ley 19 de 1935.

"Artículo 4º Los ciudadanos domiciliados en un Corregimiento y que no aparezcan en las listas respectivas sino en las de otro Corregimiento del mismo Municipio o en la cabecera de éste, pueden sufragar con la presentación de su respectiva cédula. De igual manera podrán hacerlo en el caso contrario, o sea cuando estén domiciliados en la cabecera del Municipio y no aparezcan en estas listas sino en las de un Corregimiento del mismo Municipio.

"Parágrafo. Con la firma del Presidente del Jurado de Votación en donde el elector consigne su voto, se dará aviso al Jurado Electoral del respectivo Municipio del caso ocurrido".

De acuerdo con este precepto, los ciudadanos domiciliados en los Corregimientos pueden votar en los jurados de votación que en ellos se establezcan, con la simple presentación de la cédula respectiva, figuren o no inscritos en las listas parciales de ciudadanos hábiles para votar del propio Corregimiento. De igual modo: si aparecen inscritos en las listas del Corregimiento, pero no en las de la cabecera del Municipio, pueden votar en éste, con la sola exhibición de la cédula de ciudadanía correspondiente. Lo que la ley ha querido por esta facultad es propiciar a los ciudadanos residentes en los campos, provistos de cédula de ciudadanía, el ejercicio del derecho de sufragio dentro de su jurisdicción domiciliaria, sin que sean óbice para ello las omisiones o errores harto frecuentes, por desgracia, en que pueda haberse incurrido en la confección de las listas parciales de sufragantes del respectivo Corregimiento.

Conforme con este criterio, el legislador dispuso por el artículo 7º de la Ley 187 de 1936, la obligación para los Jurados Electorales de establecer mesas de votación en los Corregimientos que se hallen a más de diez kilómetros de la respectiva cabecera del Municipio, y facultó a los Consejos Electorales Departamentales para poner dichas mesas, a solicitud de los Jurados Electorales Municipales o de cualquier ciudadano, en los corregimientos que se hallen a menor distancia de la indicada, así como en las cabeceras de las Inspectorías o Inspecciones Departamentales.

En consecuencia con este mismo propósito, el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 544 de 1935 dispuso que las "listas destinadas a los jurados de votación de los Corregimientos se formarán con los nombres de los ciudadanos de los respectivos Corregimientos"; el artículo 11 de la Ley 41 de 1942 autorizó la destitución de los Jurados Electorales que se negaren a establecer mesas de votación en los Corregimientos donde debían funcionar, y la Resolución 91 de 1934, del Ministerio de Gobierno, dispone que los Alcaldes y Jurados Electorales se trasladen un día de cada semana a los respectivos Corregimientos a ceder a los ciudadanos que no lo estén. Diversas normas legales más en este mismo sentido podrían citarse para demostrar que ha sido copiosa y uniforme la legislación relativa a facilitar las votaciones electorales en los Corregimientos, sin duda porque en ellos mora la gran masa de población nacional, cuyo derecho de ciudadanía no es dable entabrar ni desconocer, por el hecho de que aparezcan en un jurado de votación más votos de los que correspondan a los nombres de los ciudadanos hábiles para votar de la respectiva lista parcial de votación, o porque sufraguen en un Corregi-

miento electoral avecindados en otro.

No se acusan los escrutinios de los votos emitidos en el Corregimiento de Arabia porque correspondan a sufragantes no cedulados, o cedulados en otros Municipios sin la revalidación de las cédulas correspondientes, que serían las únicas causales por las cuales podrían anularse esos registros, ni de ellas hay constancia en la documentación probatoria producida en el juicio, de modo que del hecho de que tales votos excedan al número de ciudadanos hábiles para votar en las listas parciales de votación de los jurados que funcionaron en ese Corregimiento, no procede deducir, de acuerdo con las disposiciones legales precitadas, ninguna nulidad.

Las nulidades de los registros practicados por los jurados de votación están determinadas por el artículo 195 de la Ley 167 de 1941, que establece:

"Ley 167 de 1941.

"Artículo 195. Son nulos los registros practicados por los Jurados de Votación en los siguientes casos:

"1º Cuando la elección se verifica en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la respectiva autoridad con facultad legal;

"2º Cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación;

"3º Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores, o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o se hayan destruido o perdido éstas por causa de violencia;

"4º Cuando el número de sufragantes exceda del número de cédulas expedidas o revalidadas en el respectivo Municipio, a favor de ciudadanos hábiles para ejercer el derecho de sufragio.

"Parágrafo. Las actas de elección y escrutinios verificados por las Asambleas Departamentales o por otras corporaciones públicas del orden nacional, departamental o municipal, serán nulas por los mismos motivos, a excepción de los comprendidos en los incisos 3º y 4º de este artículo".

Como se ve por este texto, la nulidad acusada no encaja en ninguno de los casos contemplados en él, ni es el previsto en el ordinal 4º del artículo, el cual hace referencia solamente al exceso del número de sufragantes sobre el número de cédulas expedidas o revalidadas en cada Municipio a favor de ciudadanos hábiles para sufragar, pero no al mayor número de los sufragantes de los inscritos en las listas parciales de votación del respectivo Corregimiento, lo cual es del todo diferente. En el evento contemplado por el referido ordinal, la nulidad es obvia porque no pudiendo nadie sufragar sino en el Municipio de su vecindad, no pueden aparecer más votos del número de cédulas expedidas o revalidadas en el Municipio, y si aparecieran esos votos, son nulos porque corresponden a ciudadanos que no pueden sufragar allí. En tanto que en los corregimientos jamás puede presentarse esa ocurrencia, ya porque los votos emitidos en ellos no es dable que puedan superar al número de cédulas expedidas o revalidadas en el Municipio, dado que la suma de las partes no puede ser mayor que el todo, ora porque del hecho que excedan los votos sufragados en los corregimientos al número de ciudadanos inscritos en las respectivas listas parciales de votación no se colige que

se haya excedido el número de ciudadanos hábiles para votar en el Municipio, que es lo que la ley erige en nulidad.

La causal comentada fue propuesta por el mismo actor ante el Consejo Electoral de Caldas, en el acto de efectuar esa Corporación los escrutinios demandados, según aparece del acta correspondiente, pero esa entidad se abstuvo de reconocerla considerando "que se trata de un problema de derecho cuya solución debe ventilarse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el H. Consejo de Estado". No contiene el acta en referencia las exposiciones que se hicieran en el seno de esa Corporación por quienes tomaron asiento en ella para llegar a esa conclusión, como lo dan a entender los testimonios de los doctores Jorge Gartner y Guillermo Peñaranda Arenas, Delegados, el primero del señor Presidente de la República, y el segundo, del Gran Consejo Electoral, a la práctica de dichos escrutinios, quienes llamados a declarar en el término probatorio del juicio, como prueba pedida por el apoderado del opositor, se expresan así:

El testigo doctor Gartner:

"Al punto c): Sé y me consta por haberlo presenciado que cuando se verificaba el escrutinio del Municipio de Pereira fue presentado un memorial en que se tachaba de nulidad los escrutinios del Corregimiento de Arabia y no recuerdo bien si el de Palmilla y el Consejo Electoral resolvió examinar pormenorizadamente los pliegos a que el memorial se refería, encontrándolos, lo mismo que las papeletas de votación, sin que se hubiera observado ni siquiera una irregularidad, en vista de lo cual el Consejo, de acuerdo con los Delegados Presidenciales y con los Inspectores de Cedulación, se abstuvo de considerar el memorial. No siendo más el objeto de la presente se termina, una vez leída y aprobada por el exponente".

El testigo Peñaranda Arenas:

"Al punto c): Planteada ante el Consejo Electoral de Caldas la posibilidad de irregularidades en el Corregimiento de Arabia y no recuerdo si el de Palmilla, se resolvió abrir todos los pliegos de los Jurados de Votación, comparar los resultados de cada Jurado de Votación con las papeletas respectivas y unos y otros con el cómputo hecho me parece que por el Jurado Municipal de Pereira. Todos los datos consignados en las actas de los Jurados de Votación aparecieron conformes con las respectivas papeletas; todos los pliegos aparecieron correctos y no tuvimos ninguna observación que hacer a los Jurados ni a los pliegos ni a las papeletas, no sólo en esos Corregimientos sino en ninguno otro del Departamento de Caldas, pues para satisfacción patriótica todos los presentes, escrutadores, Delegados y público, llegamos a la conclusión unánime de que aquel Departamento era un ejemplo en materia de pulcritud electoral o lo que es lo mismo, que Caldas es una sección de Colombia alérgica al fraude. No siendo más el objeto de la presente diligencia se termina la presente diligencia la que leyó y aprobó el exponente y en constancia se firma como aparece".

La uniformidad de estos testimonios en las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre el hecho a que se refieren y la reconocida idoneidad de los declarantes hacen plena prueba (artículo 697 C. J.) sobre lo siguiente:

1º Que el Consejo Electoral de Caldas verificó los escrutinios realizados por los Jurados de Votación del Corregimiento de Arabia, del

Municipio de Pereira, respecto de las elecciones cumplidas el 16 de marzo del corriente año, examinando pormenorizadamente los pliegos concernientes a esas elecciones, lo mismo que las papeletas, las listas y actas de registro, y

2º Que después de ese cuidadoso y circunstanciado examen, encontró que tales escrutinios habían sido realizados en forma correcta y legal, tanto por los respectivos Jurados de Votación de esos Corregimientos, como por el Jurado Electoral de Pereira, que los incorporó en el escrutinio del Municipio de las elecciones cumplidas en esa fecha, porque coincidían y armonizaban debidamente las listas y las papeletas de votación con las actas de registro y demás pliegos correspondientes.

De manera que desde el punto de vista de la conformidad de los registros de los escrutinios del Corregimiento de Arabia con las papeletas de la votación que allí se efectuara en dichas elecciones y con las actas de posesión e instalación de los Jurados de Votación respectivos, las listas y demás documentos legales relativos a esas elecciones, ningún reparo puede prosperar, por ser contraevidente con las constancias de autos.

Con relación a la misma causa de nulidad con que se impugna en los hechos fundamentales de la demanda, los escrutinios efectuados en el Corregimiento de Palmilla, de la propia comprensión municipal, cabe observar que no se pide en la parte petitoria de la acción que se haga sobre ese acto ninguna declaración, por lo cual se abstiene el Consejo de considerar las pruebas producidas respecto de esos escrutinios, porque no podría hacer ningún pronunciamiento sobre ellos, no sólo porque de hacerlo fallaría *ultra petita*, sino porque siendo rogada la justicia que compete impartir a la jurisdicción contencioso administrativa, sus decisiones deben ceñirse a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, como lo manda el artículo 471 del Código Judicial.

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo sobre este juicio, concuerda con análogas razones jurídicas —que el Consejo acoge—, con las precedentes consideraciones, como puede verse en las siguientes transcripciones de su concepto:

“En relación a esta demanda cabe observar previamente, como resulta de la simple lectura de la parte petitoria, antes transcrita, que ella dice relación exclusivamente a los vicios e irregularidades cometidos en las elecciones en los Jurados de votación números 1, 2 y 3, del Corregimiento de Arabia. Así, pues, a tales puntos debe limitarse la presente vista fiscal, porque si bien es cierto que en algunos hechos de la demanda se hace referencia también a irregularidades cometidas en los Jurados de Votación del Corregimiento de Palmilla, no es menos evidente que con respecto a tales vicios o nulidades nada puede decirse en la sentencia, pues habiéndose omitido en la parte petitoria del libelo que el H. Consejo hiciera las declaraciones consiguientes al fallar el negocio, es obvio que si éste procediera en contrario lo haría *ultra petita*, lo que es jurídicamente imposible.

“Como puede apreciarse fácilmente de la atenta lectura de los hechos en que la demanda se apoya, cuya transcripción en vía de brevedad se omite aquí, y de las pruebas aducidas para demostrarlos, el fundamento de la acción radica en que en los Jurados de Votación números 1, 2 y 3, del Corregimiento de Arabia, del Municipio de Pereira, se depositaron o emitieron votos que exceden al del número de ciudadanos cedu-

lados que figuran en los registros parciales elaborados por el Jurado Electoral de Pereira para tal corregimiento, y por consiguiente, son nulos tales votos, e igualmente nulas las actas o registros de votación de los expresados Jurados, y nulo el escrutinio que los tuvo en cuenta, por ser apócrifos los elementos de que se sirvió el Consejo Electoral de Caldas para realizar ese acto, y hacer la correspondiente elección de Senadores.

“Empero, en parecer del suscrito Fiscal, el exceso de votos de que se ha hablado, no apareja las consecuencias legales que supone el demandante doctor Sabogal González.

“En efecto, estando el elector inscrito en el censo electoral permanente del respectivo Municipio, provisto de la correspondiente cédula electoral, puede consignar su voto aunque su nombre no figure en las listas parciales que con destino a los jurados de votación elabora el respectivo Jurado Electoral, o en el ejemplar del censo electoral permanente que deben enviar a los jurados de votación de los Corregimientos e Inspecciones de Policía. El doctor Acero Pimentel en su jurídico alegato cita con todo acierto las disposiciones legales que autorizan a los ciudadanos consignar sus votos en tales circunstancias, normas que como él lo advierte tienden a “rodear de completas garantías el derecho del ciudadano a expresar su opinión por medio de las urnas y para hacer efectivo ese derecho contra cualquier abuso o error en la confección de los censos”. Tales disposiciones son las siguientes: el artículo 5º de la Ley 31 de 1929; el 17 ibídem, el 4º de la Ley 19 de 1935 y el 6º del Decreto número 994 de 30 de marzo de 1946, cuya transcripción es innecesaria aquí.

“Así, pues, si en los Jurados 1, 2 y 3 del Corregimiento de Arabia, Municipio de Pereira, hubo exceso de votos, ello no puede atribuirse gratuitamente a fraude sino a ocurrencia de los eventos a que se refieren las disposiciones legales antes citadas, por lo cual debe concluirse que ni esos votos son nulos, ni son nulos los respectivos registros, ni es nulo el escrutinio que los tuvo en cuenta”.

La acción propuesta por el demandante doctor Alzate Avendaño impugna los referidos escrutinios efectuados por el Consejo Electoral de Caldas, respecto a la elección de Senadores por ese Departamento, por errada aplicación de la Ley 39 de 1946, según lo afirma en los hechos fundamentales de la demanda. No se acusa por esta acción nulidad de ningún registro practicado por Jurados de Votación ni por Jurados Electorales, sino la nulidad del escrutinio practicado por aquella Corporación, de los votos emitidos en las elecciones del 16 de marzo del presente año para Senadores de la República, por el Departamento de Caldas, y la correspondiente declaratoria de elección de los ciudadanos electos.

El artículo 1º de la Ley 39 de 1946, que es la disposición normativa del modo de practicar los escrutinios en toda elección popular y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trata de elegir más de dos ciudadanos, dispone:

“Ley 39 de 1946.

“Artículo 1º En toda elección popular y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema del cociente electoral en la forma siguiente:

“El total de votos válidos obtenidos en la Circunscripción Electoral o en la corporación pública que hace la elección, se divide por el número

de individuos que deban elegirse y el resultado es el cuociente electoral.

“Las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, se excluirán del escrutinio, pero sus votos se acumularán a la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aun cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos.

“Cumplida la acumulación, cada una de las listas tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiere el cuociente en el total de sus votos, y si hecha la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán a los residuos en orden descendente, previa la acumulación al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido.

“En la adjudicación de los puestos que correspondan a cada lista se atenderá al orden de colocación de los nombres que en ella figuren, y que cuando se trate de elección popular debe ser el mismo de la regularmente inscrita. En todo empate decidirá la suerte”.

Por reciente doctrina, el Consejo de Estado tiene asentado que esta ley, como todas las leyes electorales, debe interpretarse en función del principio constitucional que garantiza la representación proporcional de los partidos en toda elección popular o en las que se realicen en las corporaciones cuando se vote por más de dos individuos.

“Procediendo de esta manera —ha dicho el Consejo de Estado— se interpreta la ley en la función del principio constitucional de asegurar la representación proporcional de los partidos, al través de todas las etapas u operaciones que la misma ley ha establecido para hacer efectivo ese derecho, y se precave la proporcionalidad de esa representación de ser burlada o desconocida por las divisiones y subdivisiones de un mismo sector de la opinión, con miras a lograr un mejor resultado electoral. No hay derecho a más curules para cada partido que las que le corresponden en razón del número de votos que puso en las urnas, con relación a las que les corresponden a todos los partidos por el total de sus votos. Así, sea que se enfrente cuocientes a cuocientes, residuos mayores de la mitad del cuociente, o medios cuocientes residuales —para darles un nombre dentro de la técnica legal—, a medios cuocientes de la misma naturaleza, o, en último grado, medios cuocientes a medios cuocientes, debe primar el principio institucional de la representación proporcional de los partidos, que en la mecánica de la ley equivale a que, a un mismo partido, no pueden caberle más representantes, por suerte de sus fraccionamientos, que los que le correspondan a la suma de sus votos en relación con el total de los votos de todos los partidos y el número de representantes por elegir.

Las operaciones aritméticas que prevee la Ley 39 de 1946, lejos de contradecir esta doctrina, la confirman en todas sus consecuencias”.

Aplicando estos principios al caso de estudio, se tiene:

Total de votos.	150.689
Lista encabezada por el Sr. Camilo Mejía Duque.	38.312
Lista encabezada por el Dr. Benjamín Muñoz Giraldo	38.110
Lista encabezada por el Dr. Silvio Villegas.	74.267

Sumas iguales.	150.689	150.689

Las dos primeras listas son liberales y dan un total de 76.422 votos, y la última es conservadora, con 74.267 votos.

En esta virtud, las proporciones para los dos partidos que comparecieron al debate serían:

$$150.689 : 5 :: 76.422 : \times = 2 \text{ y residuo de } 70.732$$

$$150.689 : 5 :: 74.267 : \times = 2 \text{ y residuo de } 69.967$$

Como hasta ahora hay cuatro Senadores elegidos, el que falta para completar la nómina debe adjudicarse al residuo mayor, o sea, al partido liberal, correspondiendo así a este partido tres Senadores y dos al partido conservador, que es la proporción en que fueron los escrutados.

No procede replicar contra la precitada doctrina del Consejo de Estado que con ella podrían desconocerse los derechos de las minorías, que es el íntimo sentido del precepto estatutario consignado en el artículo 172 de la Carta, porque esa jurisprudencia no lo desconoce, limitándose a fijar hasta dónde va el derecho de cada una de las colectividades que comparecen al debate, justamente para, que las mayorías no absorban a las minorías, y para que éstas no puedan supeditar a aquéllas. La doctrina no prescribe el fraccionamiento de los partidos, ni desconoce el derecho que la ley les otorga de dividirse y subdividirse como mejor lo juzguen a sus propias conveniencias, sino que ajusta las fuerzas de cada fracción a la escala graduada establecida por la misma ley, que va desde el medio cuociente hasta el cuociente entero, pasando por los medios cuocientes residuales, para hacer la distribución de las curules de ese partido conforme al mayor derecho que cada cual de sus sectores compruebe en las urnas, y se haga así cumplida justicia electoral.

Desde el punto de vista de la acumulación de los residuos, o del *arrastre*, como suele llamarse en el lenguaje vernáculo, la ley no opera sino con relación a las divisiones internas de cada partido, porque es obvio que el partido que comparece compacto y disciplinado a las elecciones no puede ofrecer sino un solo residuo, o un medio cuociente, o un medio cuociente residual, o un cuociente entero, ninguno de los cuales es acumulable; el primero, por ser de un solo partido, y los demás, porque de suyo no lo son. Empero, si el partido se fracciona en dos o más grupos, hay que aplicarles a los residuos de esos grupos la acumulación prevista por la ley, a fin de establecer, en razón del mayor volumen de votación de cada cual de esos medios cuocientes y medios cuocientes residuales, y al factor que resulta de la acumulación de los residuos, la prelación con que el partido compite con los otros partidos en la adjudicación de los puestos que faltan por proveer. De ahí el albur de toda táctica de división de los partidos para lograr ventajas electorales, pues toda fracción de votos inferior al cuociente puede ser supeditada por un solo voto de otra fracción de un partido contrario y así queda desplazada del escrutinio, y de las resultas de la acumulación de los residuos que forma un cuociente entero suelen quedar pequeñas fracciones de votos inoperantes por la lista porque fueron sufragados, que no lo serían si el partido hubiera comparecido unificado a las urnas.

Habiendo sido el total de votos válidos de 150.689 y siendo 5 los puestos por proveer, el cuociente electoral es 30.137, y el medio cuociente 15.068.

En esa virtud, a la lista encabezada con el nombre del doctor Silvio

Villegas le corresponden dos Senadores y le sobra un residuo de 13.993; a la lista encabezada con el nombre del señor Camilo Mejía Duque le corresponde un Senador y le sobra un residuo de 8.175, y a la lista encabezada por el doctor Benjamín Muñoz Giraldo le corresponde un Senador y le sobra un residuo de 7.973.

Como falta un puesto por proveer y los residuos que arrojan todas las listas son menores del medio cociente, deben acumularse los de las listas del mismo partido al mayor de ellos, como lo manda categóricamente el inciso 4º del artículo 1º de la Ley 39 de 1946, acumulación que en el caso de autos no puede cumplirse sino entre las listas liberales por no haber sino una sola lista conservadora. Así, como el residuo de la lista encabezada con el nombre del señor Camilo Mejía Duque es el mayor, a él debe acumularse el de la lista encabezada con el nombre del doctor Benjamín Muñoz Giraldo, arrojando en tal virtud aquella lista un total de 16.148 votos, residuo que es mayor que el de la lista conservadora, que sólo es de 13.993, y por consiguiente, debe adjudicarse la curul que falta por proveer al segundo renglón de la lista encabezada por el señor Camilo Mejía Duque, que corresponde al nombre del doctor José Jaramillo Giraldo, a quien el Consejo Electoral de Caldas jurídicamente declaró electo.

No es posible sostener, como lo sostiene la demanda del doctor Alzate Avendaño, que el residuo de la lista conservadora encabezada con el nombre del doctor Silvio Villegas, que, como acaba de verse, es de 13.993 votos, sea mayor que la suma de los dos residuos acumulados de las listas liberales, que monta a 16.148 votos, o sea, 2.155 votos más que aquél, que son justamente los votos en que la votación liberal excedió a la votación conservadora en el Departamento de Caldas, en las elecciones cuyos escrutinios se demandan. Y como lo justo, lo constitucional y lo legal es que a más votos deben corresponder más curules, fuerza es concluir que los escrutinios acusados y la declaratoria de elección correspondiente se ajustan a derecho.

El divorcio o antagonismo que el demandante pretende establecer entre las dos fracciones liberales que comparecieron al debate electoral para Senadores por el Departamento de Caldas, en los comicios del 16 de marzo del corriente año, la una con el nombre del señor Camilo Mejía Duque y la otra con el del doctor Benjamín Muñoz Giraldo, para fundar en esa división una supuesta divergencia u oposición ideológica que hace improcedente la acumulación de los residuos que arrojan esas mismas fracciones, no tienen ningún asidero en los autos ni en el consenso popular, porque tanto en las copias auténticas de la inscripción de las listas encabezadas con esos dos nombres —que presentó con su demanda el propio demandante—, como en la diligencia de inscripción de ellas, en que obra el juramento de fe liberal de los candidatos, de una y otra lista, al igual que en las actas de todos los escrutinios allegadas como pruebas a los juicios acumulados, dichas listas fueron escrutadas como de candidatos del liberalismo, además de que es de pública notoriedad que esas dos fracciones militan en la política liberal bajo una jefatura única con los mismos programas y los mismos propósitos. No hay, pues, base legal ninguna para poder considerar esas fracciones como pertenecientes a partidos políticos diferentes.

Alega asimismo el demandante que la lista de candidatos al Senado

encabezada con el nombre del doctor Benjamín Muñoz Giraldo, tiene como primer suplente al doctor Julio Restrepo Toro, "individuo—dice—que no puede ser elegido por expresa prohibición de la ley por haber ejercido el cargo de Juez del Trabajo en los últimos dos años. Este hecho vicia la elección". Aparte de que el actor no adujo ninguna prueba de este hecho fundamental de su demanda, ni esa prueba aparece de ninguno de los documentos que obran en las causas acumuladas, el impedimento para ser elegido que se imputa a ese suplente a lo sumo viciaría su propia elección, pero no la de su principal, de acuerdo con el artículo 203 del C. C. A., que dice:

"Artículo 203. La declaratoria de nulidad de un principal no afecta la de sus suplentes personales si la causa de la nulidad fuere la carencia de alguna calidad constitucional o legal del candidato. Igualmente la nulidad de la elección de los suplentes o de alguno de éstos no afecta la del principal respectivo ni la del otro suplente, según el caso".

Y además, la Corte Suprema de Justicia, por medio de sentencia fechada el 9 de junio del presente año, declaró inexquible el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945, en que el actor apoya su petición y que establecía el impedimento alegado. (G. J. Tomo LXII, Nos. 2048-9, pág. 306).

El señor Fiscal del Consejo de Estado, en jurídico concepto de fondo, se produce, en este mismo sentido, al decir:

"En esta forma fueron adjudicadas cuatro curules por cuociente, quedando una curul por proveer. ¿Cómo debía adjudicarse y cómo adjudicó el Consejo Electoral de Caldas esa quinta curul? Acumulando al residuo de la lista del señor Camilo Mejía Duque, que era el mayor de los pertenecientes a las listas del partido liberal, el residuo sobrante de la lista del doctor Benjamín Muñoz Giraldo, inferior al residuo antes nombrado; y como la suma de estos residuos arrojó un total de 16.148 votos, el quinto puesto por proveer le correspondía a la lista encabezada por el señor Mejía Duque, porque en virtud de la acumulación, esa suma de residuos era mucho mayor que el residuo de la lista conservadora encabezada por el doctor Silvio Villegas.

"Y que así debía procederse, lo determina a mi parecer muy claramente el inciso 4º del art. 1º de la Ley 39 de 1946, que en lo pertinente dice: '... y si hecha la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán a los residuos en orden descendente, previa la acumulación al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido'. (Se subraya).

"Así, pues, la tacha que opone el demandante señor Hernán Alzate Avendaño a esa adjudicación carece de fundamento legal, pues si bien es cierto que la lista conservadora encabezada por el doctor Silvio Villegas tuvo *inicialmente* un residuo mayor que cada uno de los que quedaron a las listas liberales encabezadas por los señores Mejía Duque y Muñoz Giraldo, no es menos cierto que verificada la acumulación de éstos últimos en virtud del mandato legal antes transcrito, el puesto que faltaba por proveer le correspondía por derecho a la lista del señor Mejía Duque, cuyo residuo *definitivo* era mayor que el de la lista del doctor Silvio Villegas, en orden descendente.

"De otro lado, la adjudicación así hecha no sólo se amolda a los principios constitucionales que garantizan la representación proporcional de los partidos, pues si la quinta curul de que se ha hablado se ad-

judicara o hubiera adjudicado al partido conservador tendríamos que este partido con un total de 74.267 votos tendría una curul más que el partido liberal, cuyos votos sumados (los de las dos listas) ascendieron a 76.422, partido que en las elecciones excedió a aquél en 2.155 votos, o sea, la diferencia entre 74.267 y 76.422, llegándose a la absurda conclusión de que con menos votos se obtendrían más curules, lo que es inadmisibles desde el punto de vista constitucional y legal. Lo razonable, lógico y jurídico era, pues, que el Consejo Electoral adjudicara la quinta curul en la forma que lo hizo, puesto que el partido liberal había obtenido en los comicios un total de votos mayor que los del partido conservador.

“Ni vale argüir en contrario, como lo hace el demandante, que la acumulación de residuos de que se trata no podía hacerse porque las listas inscritas del partido liberal y del movimiento popular del liberalismo corresponden a dos colectividades diferentes. Por una parte esa afirmación no aparece comprobada en el expediente y sabido es que la carga de la prueba corresponde al actor; por otra parte no debe olvidarse que la ley ordena la acumulación de votos a las listas del mismo partido “aun cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos”.

“Por último, la objeción que se hace a la elección del doctor Julio Restrepo Toro como suplente de la lista encabezada por el doctor Benjamín Muñoz Giraldo, en cuanto afirma el demandante que el mencionado doctor Restrepo Toro ejerció el cargo de Juez del Trabajo en los dos últimos años, cabe observar que ese hecho tampoco aparece comprobado de autos y por tanto la tacha presentada es inadmisibles. No está de más advertir sobre este particular que el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945 en que se apoya el actor para pedir la nulidad de la citada elección, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 9 de junio pasado.

“En resumen, encuentro que los escrutinios verificados por el Consejo Electoral de Caldas para elegir Senadores se ciñen en un todo a los preceptos legales que regulan la materia, y por tanto las tachas de ilegitimidad que el demandante señor Hernán Alzate Avendaño formula contra dicho acto carecen de fundamento”.

En mérito de estas consideraciones, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Primero. Niéganse las peticiones de la demanda propuesta por el doctor Paulo E. Sabogal González, sobre nulidad del escrutinio practicado por el Consejo Electoral de Caldas en los días diez y once de abril del presente año, que declaró electos como Senadores de la República por el Departamento de Caldas, para el período constitucional de 1947 a 1951, a los doctores José Jaramillo Giraldo, como principal, y Carlos Eastman Díaz, como suplente, por la plancha o lista encabezada con el nombre del señor Camilo Mejía Duque, y sobre otras declaraciones;

Segundo. Niéganse igualmente las súplicas principal y subsidiaria de la demanda propuesta por el doctor Hernán Alzate Avendaño, sobre nulidad del acto de escrutinios efectuado por el Consejo Electoral de Caldas, en los días diez y once de abril del año en curso, para Senadores de la República por ese Departamento, para el período constitucional de 1947 a 1951, y sobre otras declaraciones, y

Tercero. No es nulo el registro de escrutinios practicado por el Consejo Electoral de Caldas en los días diez y once de abril último, para Senadores de la República por el Departamento de Caldas, en el período constitucional de 1947 a 1951, por el cual se declaró electo al doctor Julio Restrepo Toro como Senador suplente del doctor Benjamín Muñoz Giraldo.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Rodríguez—Pedro Gómez Parra—Jesús Estrada Monsalve—Gonzalo Gaitán—Jorge Lamus Girón—Carlos Rivadeneira G.—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Secretario.

ELECTORALES

(Consejero ponente, doctor Pedro Gómez Parra)

Consejo de Estado. — Bogotá, diecinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Con fecha 24 de abril del presente año el Consejo Electoral del Magdalena practicó el escrutinio general de los votos emitidos en las elecciones efectuadas el 16 de marzo próximo anterior para Senadores de la República, Representantes al Congreso y Diputados a la Asamblea de ese Departamento, y declaró electos a los siguientes Representantes y Senadores:

REPRESENTANTES:

PRINCIPALES:

Juan B. Barrios
Julio O. Amaris
Jacobo Pinedo Barros
Enrique Caballero Lafaurie
Nicolás Dávila
Enrique Palencia V.

SUPLENTES:

Gabriel Echeverría
Miguel O. Peña
Astolfo Moreno
Rafael Gómez Picón
Roberto Goenaga
Jorge Posada

SENADORES:

PRINCIPALES:

Julio Dangón Ovalle
Pedro Castro Monsalvo
Antonio Escobar Camargo

SUPLENTES:

Muce Moisés
Guillermo L. Morán
Juan Benavides Macea

Ese escrutinio y la declaratoria de elección correspondiente han sido demandados respectivamente:

1º—Por el doctor Antonio Escobar Camargo obrando en su propio nombre, para que se declare:

“a) Que es nulo el acto de escrutinios efectuado por el Consejo Electoral del Magdalena el día veinticuatro (24) del mes de abril del corriente año, en cuanto violó el Consejo Electoral la ley vigente que señala el sistema electoral nacional, al computar los votos emitidos **para Representantes al Congreso de la República.**

“b) Que el Consejo de Estado debe hacer, dentro del término que se determine en la sentencia, una rectificación del citado acto de escrutinios para que, al computar los votos emitidos en el Departamento del Magdalena en las elecciones de Representantes al Congreso efectuadas el diez y seis de marzo del corriente año, se aplique el sistema electoral consagrado en la ley 39 de 1946 y en su respectivo Reglamento.

“c) Que, con base en la revisión solicitada, se declare legalmente electo Representante al Congreso Nacional, por el Círculo Electoral del Magdalena, a don Rafael Amaris Maya y a su suplente numérico don Víctor Pacheco Laborde, cuyas credenciales desconoció el Consejo Electoral de este Departamento, por haber violado la ley que consagra el sistema electoral”.

2º—Por el señor Vicente Granados, en ejercicio de la acción pública, “para que modifique el escrutinio en el sentido de que se declare nula la elección de Senador Suplente que en ella aparece recaída en el doctor

Muce Moisés (Moisés Elías Moisés) y se le cancele la respectiva credencial”.

3°—Por el señor Enrique de Andréis, por sí, “para que se declare nula la elección de Senador Suplente hecha en favor del doctor Muce Moisés por el Consejo Electoral del Magdalena el día 24 de abril del presente año, y se cancele, en consuetudina, la credencial que le fue expedida por la corporación escrutadora”.

Esas demandas, presentadas todas dentro del término señalado por el artículo 209 del C. C. A., fueron acompañadas de sendas copias auténticas del acta de escrutinios demandada y de los documentos anexos que relacionan.

Tramitados los juicios con observancia de las ritualidades prescritas por el Capítulo XX de dicho Código, y decretadas y producidas las pruebas pedidas por los litigantes, las cuales serán valoradas en ulterior aparte de este fallo, es llegada la sazón de proferir sentencia, a lo cual se procede teniendo en consideración:

Acepta el demandante doctor Escobar Camargo que el total de votos válidos para Representantes al Congreso por el Departamento del Magdalena escrutados por el acto cuya nulidad demanda fue de 53.834.

De los cuales corresponden:

A la lista liberal encabezada por Jacobo Pinedo Barros	12.108
A la lista liberal encabezada por Juan B. Barrios	17.287
A la lista liberal encabezada por Enrique Caballero Lafaurie	4.599
A la lista de frente popular encabezada por Martín Zeballos	1.391
A la lista conservadora encabezada por Nicolás Dávila	15.577
A la lista conservadora encabezada por Anacreonte González ...	2.872
Total	53.834

En esta virtud, a las listas del partido liberal corresponden	33.994
A la lista del frente popular	1.391
A las listas del partido conservador	18.449
Total	53.834

Siendo seis (6) los Representantes por elegir, la representación proporcional de los partidos, de acuerdo con el precepto constitucional, la declaran las siguientes proporciones:

$$\begin{aligned}
 53.834 : 6 :: 33.994 : X &= 3 \text{ y residuo de } 42.462 \\
 53.834 : 6 :: 18.449 : X &= 2 \text{ y residuo de } 3.026 \\
 53.834 : 6 :: 1.391 : X &= 0 \text{ y residuo de } 8.346
 \end{aligned}$$

En esta forma, se tienen cinco (5) Representantes elegidos; pero como son seis (6) los que se trata de elegir, es lo justo y lo proporcional que el que falta corresponda al residuo mayor, o sea, al partido liberal, llevando así este partido cuatro (4) Representantes y dos (2) el partido conservador.

Esta misma proporcionalidad la comprueban las operaciones previstas por la ley 39 de 1946, determinando, al propio tiempo, el número de puestos que corresponden a cada cual de las listas contendientes.

Al efecto: si el total de votos válidos fue de 53.834 y son seis (6) los Representantes por elegir, el cociente es de ocho mil novecientos setenta y dos (8.972).

El medio cuociente es de 4.486.

Acumulando los votos de la lista conservadora de Anacreonte González, que no alcanzó al medio cuociente, a la de su mismo partido encabezada por Nicolás Dávila, la primera con 2.872 votos y la segunda con 15.577, da la suma de 18.449; y dividiendo los votos de cada lista por dicho cuociente, resulta:

Lista de Jacobo Pinedo Barros:

12.108 — 8.972 = 1 y un residuo de 3.136

Lista de Juan B. Barrios:

17.287 — 8.972 = 1 y un residuo de 8.315

Lista de Enrique Caballero Lafaurie:

Por medio cuociente, da 0 y residuo de 4.599

Lista de Nicolás Dávila:

18.499 — 8.972 = 2 y un residuo de 505

Como hasta ahora se tienen cuatro Representantes elegidos por cuociente entero, los dos que faltan se adjudican a las listas cuyos residuos sean mayores de la mitad del cuociente, y al medio cuociente original, es decir, a la lista de Juan B. Barrios, que arroja un residuo de 8.315, y a la de Enrique Caballero Lafaurie, por sus 4.599 votos, que exceden de la mitad del cuociente, completándose así la nómina de puestos por proveer, la cual queda constituida en la siguiente forma:

LIBERALES:

PRINCIPALES:

Jacobo Pinedo Barros
Juan B. Barrios
Julio Ortega Amarís
Enrique Caballero Lafaurie

SUPLENTE:

Astolfo Moreno
Gabriel Echeverría
Miguel Ospino Peña
Rafael Gómez Picón

CONSERVADORES:

PRINCIPALES:

Nicolás Dávila
Enrique Valencia Vega

SUPLENTE:

Roberto Goenaga
Jorge Posada

Así resultan cuatro Representantes liberales y dos conservadores, con sus respectivos suplentes, que es justamente la representación proporcional que cabe a los dos partidos, conforme a la norma constitucional, y la misma que ha sido declarada por los escrutinios cuya nulidad se demanda, lo cual pone de presente la juridicidad del acto ejecutado por el Consejo Electoral del Departamento del Magdalena.

Los 1.391 votos del partido del Frente Popular que, por razón de su exigüedad, quedan excluidos de la representación proporcional, no pueden sin embargo excluirse para la deducción del cuociente electoral porque ellos son votos válidos, que la ley manda incluir para ese efecto. Quiere ello decir que cualquier número de votos válidos inferior a la mitad del cuociente sufragados por un partido autónomo, si no alcanzan a merecer representación proporcional, influyen, empero, en la proporcionalidad de la representación de los partidos que sobrepasan ese medio cuociente.

Las razones en que se apoyan estas conclusiones están consignadas ampliamente en recientes doctrinas del Consejo de Estado, sentadas en fallos proferidos para decidir las demandas electorales propuestas con relación a las mismas elecciones de que trata el presente juicio, verifica-

das en los Departamentos de Bolívar y de Caldas, y fechadas el veintinueve de agosto último y el cinco de los corrientes, respectivamente.

En relación con esta demanda, el señor Fiscal del Consejo de Estado, en su vista de fondo, dice lo siguiente:

“Según el demandante, pues, se adjudican cuatro curules por cuociente y quedan dos curules para proveer por residuo. Los residuos de las listas de Caballero Lafaurie y Pinedo Barros se acumulan al de la lista de Juan B. Barrios, dando un residuo total de 16.040 para esta última lista. Concluye así el doctor Escobar Camargo:

«Si sólo hubiera un puesto por proveer debía adjudicarse a la suma mayor de residuos, o sea la lista encabezada por Juan B. Barrios. Pero, como hay dos puestos por llenar, el primero se adjudica a la lista de Juan B. Barrios, y el segundo a la lista de Nicolás Dávila».

“La anterior argumentación del demandante está basada en una, en mi sentir, errada interpretación de la ley 39 de 1946. En tal estatuto se establece que los votos de las listas que no alcancen al medio cuociente los absorbe la lista del mismo partido que haya alcanzado mayor número de votos. Luego las listas que sí han alcanzado ese medio cuociente entran al escrutinio, como factores propios de éste, al igual que los cuocientes completos. En caso análogo al que aquí se contempla, dijo este despacho lo siguiente:

“El medio cuociente, como dice una autoridad en la materia, «es un factor de escrutinio que en fuerza escrituradora sigue en turno al cuociente entero, con derecho a recibir casilla, a título de medio cuociente, sin que sea posible ni aceptable que se le asimile a residuo, cambiándosele la naturaleza con que entró al escrutinio, para que sus sufragios vayan a sumarse al residuo o fracción de otra lista, desde luego que a ello se opone la inarrastrabilidad que ampara al medio cuociente».

“En síntesis: los medios cuocientes tienen de acuerdo con la ley una categoría especial que les permite entrar al escrutinio conforme a su propia naturaleza, porque no son residuos ni sobrantes de nada, sino factores de escrutinio y por lo mismo de naturaleza distinta; en tal virtud no pueden confundirse con los residuos, que es lo que sobra después de haber hecho las adjudicaciones, ni sumarse con éstos porque sería una mezcla heterogénea que daría el más extravagante resultado desde el punto de vista de la representación proporcional de los partidos que consagra la Constitución Nacional.

“El Consejo Electoral Departamental del Magdalena procedió así en la adjudicación de curules: dos a la lista encabezada por Juan B. Barrios; una a la lista encabezada por Pinedo Barros; una a la lista encabezada por Caballero Lafaurie; y dos a la lista encabezada por Nicolás Dávila. Atrás se dejó claramente explicado que esta adjudicación es la única que se ajusta a la recta interpretación de la ley 39 de 1946, sobre cuociente electoral, y a las demás normas que rigen la materia.

“Observando, pues, que el escrutinio hecho por la citada Corporación, en la elección de Representantes a la Cámara, se halla en un todo ceñido a las normas legales y que, por tanto, debe respetarse, soy de concepto que se NIEGUEN las súplicas de la demanda”.

Las demandas de los señores Vicente Granados y Enrique de Andrés se concretan, como ya se vio, a la nulidad de la elección del Senador suplente doctor Muce Moisés, hecha por el Consejo Electoral del Magdalena en los escrutinios verificados el veinticuatro de abril del presente año, y se le cancele la credencial correspondiente.

Fúndanse ambas acciones en que el elegido no tiene la edad requerida por el artículo 94 de la Constitución Nacional para ser Senador de la República.

Para probar esta causal de inelegibilidad, el demandante Granados acompañó a su demanda las siguientes partidas del estado civil:

"El infrascrito Vicario Cooperador de San Roque, Certifica: Que en el archivo de esta Parroquia de San Roque en Barranquilla, en el Libro 24 de Bautismos, al folio 385 y marcada con el número 1526, se halla la siguiente partida que copiada a la letra dice así: En la Parroquia de San Roque en Barranquilla a veintitrés de abril de mil novecientos veintidós bauticé solemnemente a MOISES ELIAS que nació el día primero de junio de mil novecientos veintiuno, hijo legítimo de Alfredo Moisés y Leonor de Moisés. Fueron padrinos: Abraham Neder y Rosa Moisés, a quienes advertí sus obligaciones y el parentesco espiritual. El Párroco, P. Ernesto Briata. (Rubricado). Nota: Se casó en la Parroquia del Sagrario y San Miguel Sta. Marta el día quince de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, con Sara Cotes.

"Expedida en Barranquilla a los veintiseis días del mes de marzo de mil novecientos cuarenta y siete. (Fdo.) P. Antonio Hanselic, S. S. V. C. Hay un sello".

"El infrascrito Cura Párroco de la Catedral de Santa Marta certifica que en el Libro 20 de Matrimonios, en el folio 300 y bajo el número 412 se halla una partida que a la letra dice:

"En la Parroquia del Sagrario y San Miguel de Santa Marta a quince de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, cumplidas las prescripciones canónicas, el R. P. Fr. Eladio Armendaris, Cura Párroco, presenció el matrimonio que contrajo Muce Moisés (Moisés Elías) hijo de Abdala Alfredo Moisés y Leonor Aschkar de Moisés, bautizado en la Parroquia de San Roque, Barranquilla, el veintitrés de abril de mil novecientos veintidós, de veintitrés años de edad, con Sarita Cotes, hija de Luis Miguel Cotes, y María C. Gneco, bautizada en esta Parroquia el veintiuno de enero de mil novecientos veintidós, de veintidós. Testigos: Fernando Meléndez y Manuel Polo Macías. Doy fe, Fr. Eladio Armendaris A. R."

"Es copia expedida en Santa Marta a dos de mayo de mil novecientos cuarenta y siete.

"P. el Párroco, (Fdo.) Alejandrino Pérez A., Pbro. Hay un sello".

El actor de Andrés no adujo ninguna prueba de su acusación. Pero dentro del término de prueba pidió por radiograma dirigido a Santa Marta y debidamente autenticado, que se librara despacho al Párroco de Plato, para que expidiera y remitiera al Consejo de Estado la partida de bautismo de Muce Moisés. En auxilio del despacho que al efecto se le remitiera al Venerable Párroco de Plato, envió el siguiente certificado que obra al folio 9 del cuaderno de pruebas del opositor:

"El infrascrito Cura Párroco de Plato, Certifica: Que ha buscado cuidadosamente en los libros de Bautismo del Archivo de esta Parroquia la partida de Muce Moisés y no ha podido hallarla.

"En consecuencia se expide el presente certificado en Plato a primero de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

"(Fdo.) Roberto Claro A., Pbro. Hay un sello".

El doctor Muce Moisés, quien se hizo parte en uno y otro juicio para impugnarlos, solicitó dentro del término probatorio correspondiente, que se pidieran y tuvieran como pruebas relativas a su estado civil: la partida de su nacimiento expedida por el señor Cura Párroco de San Roque de

Barranquilla, un certificado del señor Cura Párroco de Santa Marta, aclaratorio de la partida de matrimonio de Moisés Elías o Muce Moisés, de que se ha hecho mérito, anexa a la demanda propuesta por el señor Vicente Granados, y los testimonios de tres vecinos de Barranquilla. Decretadas esas probanzas con las formalidades legales, se produjeron y agregaron a los autos los siguientes elementos probatorios:

"El infrascrito Cura Párroco de San Roque, en Barranquilla, **Certifica:** Que en el archivo de esta Parroquia de San Roque, en Barranquilla, en el Libro I de Suplementos, al folio 10 y marcada con el número 30, se halla la siguiente partida de bautismo que copiada a la letra dice así:

"En la iglesia parroquial de San Roque, en el año de mil novecientos diecisiete, fue bautizado un niño a quien se llamó Muce que nació el año anterior, hijo legítimo de Abdala (o Alfredo) Moisés y Leonor Aschkar; abuelos paternos Muçé Brojim Elías y Elena Jalil; maternos Juan Aschkar y Elena Dabbus de Aschkar. Fueron sus padrinos Abraham Nader y Sara Chams de Moisés. Doy fe, por orden del M. I. Sr. Provisor de la Diócesis, de fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y siete. El Párroco, L. A. Santacoloma. (Rubricado). Expedida en Barranquilla a los catorce días del mes de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

"Por el Párroco, (Fdo.) P. Stanley M. Matutis, S. S., V. C. Hay un sello".

"El suscrito Párroco de la Basílica Menor de Santa Marta **certifica:**

"1º—Que en el libro número 20 de matrimonios, folio 300, y bajo el número 412, de este archivo parroquial a su cargo, se encuentra la partida de matrimonio que contrajo Muce Moisés (Moisés Elías) con Sara Cotes el 15 de abril de 1944.

"2º—Que con relación a la partida de bautismo del señor Muce Moisés presentada por él para los efectos de la información canónica matrimonial, solamente puede certificar que de ordinario y de una manera general en las corrientes tramitaciones de la administración parroquial no se acostumbra recibir —para establecer a quién corresponde una partida de bautismo, etc.—, certificación distinta de la que expide el Párroco que autentica la copia con su firma y la refrenda con el sello parroquial.

"Santa Marta, mayo 9 de 1947.

"(Fdo.) Heriberto Martínez, Pbro. Hay un sello".

Las declaraciones rendidas ante el Magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Barranquilla por:

a) Luis González, C. C. No. 100218, vecino de Barranquilla, quien afirma:

"**Al primer punto.** Que no le comprenden las generales de la ley con las partes en el juicio electoral de que se trata. El declarante leyó su respuesta y en ella se afirmó y ratificó. **Al segundo punto:** Que sí conoce a los padres del doctor Muce Moisés, señores Abdala Moisés y señora de Moisés, pero que no recuerda el apellido de la señora. Que sí es cierto que con ellos ha mantenido relaciones de amistad, desde hace aproximadamente unos treinta o treinta y un años. El declarante leyó su respuesta y en ella se afirmó y ratificó. **Al tercer punto:** Que por las relaciones de amistad que ha mantenido con los padres del doctor Muce Moisés, conoce a éste, desde 1917, aproximadamente. El declarante leyó su respuesta y ella se afirmó y ratificó. El señor Magistrado hizo leer en su totalidad la presente declaración, y el declarante manifestó que se ratificaba en todas y cada una de sus respuestas".

b) Alí Said, C. de E. No. 4023 R. E., depone:

“Al primer punto: Que no le comprenden las generales de la ley con las partes en el juicio electoral de que se trata. El declarante leyó su respuesta y en ella se ratificó. **Al segundo punto:** Que sí conoce a los padres del doctor Muce Moisés, señores Abdala Moisés y Leonor de Moisés. Que no recuerda el apellido de ésta. Que sí es cierto que ha mantenido relaciones con los padres del doctor Muce Moisés, desde el año de 1917, que el declarante llegó a esta ciudad, procedente de Ciénaga (Magdalena). El declarante leyó su respuesta y en ella se ratificó. **Al tercer punto:** Que por el conocimiento que tiene el declarante de los padres del doctor Moisés, puede decir que conoce a éste desde el mismo año de 1917, que llegó a esta ciudad, como lo acaba de declarar. El declarante leyó su respuesta y en ella se ratificó”.

De suerte que la partida de origen eclesiástico acompañada a la demanda propuesta por el señor Vicente Granados como prueba del nacimiento del doctor Muce Moisés no concuerda exactamente con la partida de origen eclesiástico del nacimiento del mismo, pedida y producida como prueba en el respectivo término del juicio, pues, a tiempo que aquélla se refiere a Moisés Elías, esta otra hace referencia al nacimiento de Muce, hijo de los mismos padres mencionados en aquélla. Según la partida presentada por el actor Granados, Moisés Elías nació el primero de julio de mil novecientos veintiuno, y conforme a la partida producida en el juicio, Muce Moisés nació en el año de 1916. De la partida del demandante Granados aparece que quien ofició el bautismo fue “El Párroco P. Ernesto Briata”, y de la partida pedida como prueba que el doctor Muce Moisés consta que fue asentada de “orden del M. I. Sr. Provisor de la Diócesis” y está autorizada por “el Párroco L. A. Santacoloma”. Por lo demás, las dos partidas aparecen sin raspaduras ni enmendaduras, están selladas y firmadas y con todos los requisitos externos de autenticidad.

La incongruencia de las dos partidas del estado civil en referencia hace inoperante la prueba acompañada a la demanda del señor Vicente Granados para establecer la inelegibilidad del doctor Muce Moisés para Senador suplente de la República, por deficiencia de edad, porque, aparte de que la partida acompañada por este actor se refiere a “Moisés Elías”, y en el juicio no se pidió por el propio demandante la identificación de este nombre con el de Muce Moisés, o que ambos corresponden a la persona cuya elección se demanda, la diferencia del año de nacimiento que para aquél acusa la partida presentada por el demandante, y la que declara para Muce Moisés la partida producida en el juicio, autorizan a conjeturar que puede tratarse de personas diferentes, nacidas de los mismos padres y que tuvieron o tienen los mismos padrinos de bautismo. Refuerzan esta conjetura los testimonios precitados producidos en la instancia, con las formalidades legales, de que conocen desde 1917 al doctor Muce Moisés.

La prueba de la identificación personal del elegido con la partida de nacimiento que se anexa a la demanda cuestionada, era tanto más indispensable producirla en el juicio, cuanto que la acción se funda precisamente en que aquél es la persona a que se refiere la demanda. Esa prueba **incumbit probatio**, sino especialmente porque éste era el único medio de correspondía suministrarla al actor, no sólo por la regla general actori establecer el hecho jurídico de la inelegibilidad alegada. Y si, por otra parte, se considera que las partidas del estado civil no garantizan la veracidad de las declaraciones que contienen; de tal suerte que aquellas son susceptibles de impugnación y de prueba en contrario (artículo 394 C.

C.), la identificación que se echa de menos era imprescindible hacerla habida cuenta que en el juicio se había producido otra partida que, si no desvirtúa, al menos enerva la presunción de autenticidad y de pureza que legalmente amparaba la partida primeramente presentada. En esta virtud, es de estricta aplicación el artículo 393 del Código Civil, que establece:

“Podrán rechazarse los antedichos documentos auncuando consta su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar”.

Correspondiendo la carga de la prueba a quien de sus afirmaciones pretende derivar el reconocimiento del derecho alegado, el incumplimiento de ese deber apareja el desconocimiento de ese derecho, ya porque no hay derecho sin deber correlativo, ya porque es lo justo que quien quiere obtener una ventaja afronte las desventajas a ella anexas, entre las cuales se cuenta la carga de la prueba. De modo que no habiendo probado el actor Granados la identidad personal del individuo que aparece bautizado en la partida correspondiente que acompañó a su demanda, con la persona que aparece escrutada y declarada electa Senador suplente del Senador principal Julio Dangond O. en los escrutinios demandados, no hay lugar a hacer las declaraciones que pide ese actor por su libelo. Lo mismo procede concluir respecto de la demanda del señor Enrique de Andrés, ya que este actor ejercitó su acción ayuna de toda probanza, y la que pidió en el término probatorio del juicio, resultó inexistente, como ya se dijo.

El señor Fiscal, en su vista final respecto a estas dos demandas, sin rendir ningún concepto de fondo, sugiere que se dicte un auto para mejor proveer, para disipar las dudas que ofrecen las partidas del estado civil que obran en los juicios, providencia improcedente por las siguientes razones:

1^a—Porque en los juicios electorales no hay lugar a autos para mejor proveer, ya porque estos juicios son de naturaleza especial, de tramitación breve y sumaria, ya porque estos autos no están autorizados sino para el procedimiento ordinario (artículo 91 C. C. A.), y

2^a—Porque conforme a los principios generales del Derecho, al juzgador no le es permitido dictar autos para mejor proveer a fin de esclarecer hechos alegados y no probados en el juicio, como sería en el caso de estudio la identificación personal de que se ha hecho mérito, lo cual equivaldría a convertir al Juez en parte. Esos autos sólo proceden cuando se trata de establecer hechos jurídicos no alegados en el juicio, pero que tienen estrecha relación con la controversia, y que el juzgador considere conducentes a esclarecer puntos dudosos u oscuros de ella.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, en desacuerdo con su colaborador Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Falla:

1^o—Niéganse las peticiones a), b) y c) de la demanda propuesta por el doctor Antonio Escobar Camargo respecto a los escrutinios efectuados por el Consejo Electoral del Magdalena el día 24 del mes de abril del corriente año, para Representantes al Congreso Nacional por ese Departamento.

2^o—Niégase la demanda del señor Vicente Granados sobre declaración de nulidad de la elección del Senador suplente hecha en el doctor

Muce Moisés por el Consejo Electoral del Departamento del Magdalena por el acta de escrutinios número 39, efectuados el veinticuatro de abril del presente año, para Senadores de la República por ese Departamento en el periodo constitucional del 20 de julio de 1947 al 19 de julio de 1951.

3º—Niégase la demanda propuesta por el señor Enrique de Andréis sobre nulidad de la elección del Senador suplente hecha en favor del doctor Muce Moisés por el Consejo Electoral del Magdalena, el 24 de abril del presente año.

Cópiese y notifíquese.

*Jesús Estrada Monsalve — Pedro Gómez Parra — Gonzalo Gaitán.
Jorge Lamus Girón—Alfredo López Velásquez — Carlos Rivadeneira G.
Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Secretario.*

AUTORIDADES NACIONALES

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez)

Consejo de Estado. — Bogotá, cinco (5) de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

Por Resolución de fecha 10 de abril de 1943, el Director General de la Policía invocando las facultades que le conceden los artículos 5º y 8º de los Decretos números 804 de 1936 y 1205 de 1940, respectivamente, dispuso: "Expulsar del territorio colombiano, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta resolución, al ciudadano alemán Heriberto Schawartau Eskildsen".

Esta resolución fue aprobada por el Ministerio de Gobierno el mismo día diez de abril de 1943.

Para proceder así la Dirección de la Policía, luego de una minuciosa investigación, concluyó que el señor Schawartau estaba dedicado a labores de espionaje en favor de las potencias del Eje y dada la posición de Colombia en el actual conflicto mundial, tomó respecto del señor Schawartau las medidas que el Gobierno debe tomar contra los extranjeros en casos semejantes.

Con poder del señor Schawartau el doctor Gilberto Alzate Avendaño, presentó demanda de nulidad contra la resolución de la Policía a que se ha hecho referencia.

Los hechos en que el demandante apoya la acción se hallan relatados a espacio, en cuarenta y dos numerales en el libelo de demanda.

Estos hechos en síntesis son los siguientes:

a) Que Schawartau es colombiano por nacimiento, pues nació en la ciudad de Barranquilla el 15 de agosto de 1917;

b) Que los legítimos padres del demandante, de nacionalidad alemana, residían en Colombia desde el año de 1914, donde han tenido su domicilio, negocios de carácter permanente, etc., etc.;

c) Que Schawartau se inscribió en el censo de población de 1938 como colombiano;

d) Que el 26 de septiembre de 1938, es decir, un mes después de llegar a la mayor edad y ser legalmente capaz, obtuvo su cédula de ciudadanía número 2039638, que se halla inscrita en el Registro Electoral permanente de Ulloa bajo el número 2127;

e) Que en abril de 1939 recibió su libreta de servicio militar obligatorio, con lo cual quedó incorporado a la reserva del ejército colombiano;

f) Que aun cuando el señor Schawartau ha verificado varios viajes al exterior, tales viajes han sido siempre de ida y regreso;

g) Que el señor Schawartau ha residido en Colombia largo tiempo con negocios de comercio y de agricultura de alguna consideración y que hacen presumir el ánimo de permanecer en el país;

h) Que durante la minoridad del señor Schawartau sus legítimos padres señores Juan Schawartau y Mary Eskildeen de Schawartau residían en Colombia y la naturaleza de sus negocios permitía afirmar su ánimo de permanecer indefinidamente en el territorio colombiano;

i) Que en 1941 Schawartau abandonó el país con pasaporte Colombiano expedido por la Gobernación de Caldas, pasaporte de tiempo limitado, pues se trataba de un viaje de ida y regreso con el propósito de conseguir agencias y representaciones de casas de comercio extranjeras;

j) Que en varios de los viajes Schawartau obtuvo pasaporte de turista o transeunte, pero siempre se inscribió como colombiano en las oficinas diplomáticas y consulares;

k) Que en abril de 1942 volvió Schawartau a Colombia con la representación mercantil de varias casas extranjeras y quiso radicarse en Barranquilla donde abrió cuenta corriente en un banco y consiguió apartado postal;

l) Que seguidamente de lo anterior, siguió en vaje de negocios para Caracas (Venezuela) con un simple permiso de tránsito;

ll) Que a su vuelta de la capital de Venezuela en octubre de 1942, y con el pensamiento de avecindarse definitivamente en Bogotá, como lo hizo saber por escrito el mismo señor Schawartau al Alcalde de esta ciudad, y viniendo en viaje por el río Magdalena, fue detenido junto con su esposa, señora Nicolaza Abreu de Schawartau por los agentes de la Policía Nacional, hecho ocurrido el 20 de noviembre de 1942 en Puerto Wilches;

m) Que de este último puerto fue traído a Bogotá, encarcelado e in-comunicado por orden del Director General de la Policía;

n) Que en las diligencias previas a la expulsión pretermitió el Director de la Policía múltiples formalidades legales, como no haberlo indagatorio en presencia de un abogado o defensor; no haberle permitido ver el sumario ni nombrar defensor; haberlo sometido a interrogatorios, bajo "presión y apremio"; y

ñ) Que el señor Director General de la Policía decretó la expulsión del señor Schawartau, no obstante estar pendiente ante la Corte Suprema de Justicia un juicio sobre la nacionalidad de dicho señor y a sabiendas de dicho Director de que Schawartau era y es colombiano.

Considera el demandante que la resolución acusada viola el artículo 7º de la Carta, según el cual Schawartau es colombiano; el artículo 19 ibídem, que prohíbe las detenciones, reducciones a prisión o arresto sin mandamiento escrito de autoridad competente, toda vez que Schawartau fue detenido por espacio de más de cuatro meses sin auto motivado de autoridad competente; el 21, desde luego que a Schawartau se le hizo declarar en contra suya y mediante coacción y el 22 en cuanto dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio, pues en concepto de la demanda, el delito que se le imputa a Schawartau es de competencia de los jueces ordinarios y no de la Policía.

Cita igualmente como violadas el demandante, varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

Al libelo se acompañaron, a más de la resolución acusada, varios otros documentos que si fuere necesario se citarán en el decurso de esta sentencia.

En proveído de 11 de junio de 1943 el Consejero sustanciador decretó la suspensión provisional que fue solicitada en la demanda, pero a virtud de recurso de súplica interpuesto por el Fiscal de la Corporación la Sala, en auto de tres de agosto siguiente, revocó la providencia primeramente nombrada, para negar en su lugar la suspensión.

En el término probatorio se practicaron múltiples pruebas. El Fiscal de la corporación conceptúa que deben negarse las peticiones de la demanda.

Ejecutoriado como está el auto de citación para sentencia se procede a fallar.

El orden lógico impone que se estudie y resuelva en primer término lo relativo a la nacionalidad del señor Schawartau, punto central en el

debate, porque si dicho señor es colombiano, como lo sostienen él y su apoderado, no se le puede dar el tratamiento que las leyes establecen para los extranjeros, vale decir, que no se puede expulsar del país a un colombiano, porque tal expulsión no está autorizada en la legislación patria. Al colombiano que delinque se le debe sancionar conforme a las reglas ordinarias. Sólo en el caso de llegarse a la conclusión de que el señor Schawartau no es colombiano, procedería el estudio de las tachas que el actor hace a la resolución acusada, consistentes en la pretermisión de formalidades indispensables previas a la expulsión.

Nacionalidad de Heriberto Schawartau Eskilelesen

En la providencia del Consejero sustanciador que decretó la suspensión provisional, se dijo lo siguiente:

“Sostiene el actor en primer término y como base fundamental de su acusación, que el señor Schawartau es colombiano de conformidad con la Constitución Nacional y de consiguiente, mal pueden aplicársele las disposiciones que se refieren a los extranjeros. Agrega el mismo actor que en el procedimiento seguido por la Policía se pretermitieron múltiples formalidades legales, incurriendo la Policía en verdaderos abusos contra el sindicado del delito de espionaje, señor Schawartau.

“En el expediente no obran todas las pruebas que pertenecen al informativo levantado por la Policía, sin embargo, de la propia resolución acusada se desprenden los siguientes hechos: 1º—Que los padres de Schawartu han vivido en Colombia muchos años; 2º—Que han tenido negocios de campo y de comercio en el país; 3º—Que Schawartau nació en Barranquilla en el año de 1917; 4º—Que obtuvo cédula de ciudadanía; 5º—Que obtuvo libreta de servicio militar.

“En estas condiciones, para el Consejo de Estado es evidente que el señor Schawartau debe reputársele como colombiano, en conformidad con el artículo 7º de la Carta que dice: «Son nacionales colombianos: 1º—Por nacimiento: a) los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República». El señor Schawartau nació en Colombia. Esto no se discute. Y si es verdad que los padres son extranjeros, dicho señor Schawartau se halla domiciliado en la República, luego debe reputársele colombiano por nacimiento. Y no solamente se halla domiciliado en la República, donde se ha dedicado, según lo acepta la propia resolución acusada, a negocios de campo en la hacienda llamada «Calamar» en el Valle del Cauca sino que además, solicitó y obtuvo cédula de ciudadanía y libreta de servicio militar. Debe sumarse a todo esto, que como está comprobado en autos, en la Corte Suprema de Justicia cursa un juicio tendiente a obtener la declaración de que el señor Schawartau «ha perdido la nacionalidad colombiana».

“Nada importa que el señor Schawartau haya estado ausente en varias ocasiones del país, que haya recibido instrucción o educación en países extranjeros o que estando en Colombia sus profesores haya sido de otra nacionalidad, que haya tenido en ocasiones tarjeta de extranjero, porque el hecho protuberante del nacimiento en Colombia y su domicilio en el país, le dan la calidad de colombiano por nacimiento, conforme a la teoría del *jus soli* base principal de la nacionalidad en las instituciones co-

lombianas. En todo caso, estando controvertida la nacionalidad del demandante, no se le puede expulsar del país mientras las autoridades competentes no resuelvan lo que sea pertinente.

“Así las cosas, es evidente que debe decretarse la suspensión provisional del acto acusado, habida consideración de que se aplicaron disposiciones referentes a extranjeros a un individuo que, hoy por hoy, debe reputársele colombiano”.

Para revocar el anterior proveído la Sala dio los siguientes argumentos:

“El señor Fiscal considera que no se debe aceptar como cosa evidente el nacimiento del demandante en Barranquilla, por cuanto las pruebas que pretenden acreditar ese hecho, son absolutamente inaceptables, por las razones fijadas en el escrito correspondiente. Sin embargo, en el estudio que se ha hecho del expediente, aparece una aclaración de la Dirección de la Policía, que dice textualmente: «Este despacho acepta el hecho del nacimiento del sindicado en territorio colombiano». (página 6). La frase transcrita aleja las dudas sobre el lugar del nacimiento y por lo tanto no hay para qué insistir sobre el particular.

“Se deduce de lo anterior que lo importante en el caso en estudio es lo relacionado con la determinación del domicilio del señor Schawartau. Al respecto observa la Fiscalía que no puede aceptarse que el actor haya adquirido domicilio en Colombia, de acuerdo con las dos exigencias del artículo 76 del Código Civil, que señala como elementos indispensables para su constitución, la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella, ninguno de los cuales parece haber sido establecido por el señor Schawartau. Es además de concepto de que ni la cédula de ciudadanía ni la libreta militar, equivalen a manifestación de domicilio y agrega que cuando se examina esta noción para los efectos de adquirir nacionalidad, es necesario considerarla no sólo desde el punto de vista del Derecho Privado, sino también, y principalmente, a la luz del Derecho Público, pues no se podría aceptar, dice, como domicilio, simplemente la permanencia en determinado lugar, perdiendo de vista el desarrollo de actividades contrarias a los sentimientos, ideas e instituciones de la Patria, y otros elementos de juicio, que son indispensables para apreciar exactamente la posición de nacional.

“Como se ve, el estudio del problema puede concretarse al examen del domicilio del señor Heriberto Schawartau, para ver si esta exigencia constitucional, indispensable para tener la calidad de colombiano, ha sido llenada por el actor en una forma tan clara, que permita la aplicación de los artículos 94 y 98 del Código Contencioso Administrativo sobre suspensión provisional de la resolución acusada.

“No es el caso de entrar, a propósito de este incidente, en un análisis profundo de las nociones sobre domicilio que se encuentran en nuestro derecho positivo o en la doctrina de los autores, por ser materia que de suyo corresponde a la sentencia de fondo. Sin embargo conviene hacer algunas aclaraciones sobre la situación especial que en el caso de autos se contempla, y que fundamentan la parte resolutive de esta providencia.

“En efecto, en el expediente aparecen los siguientes hechos que deben tenerse en cuenta: 1) El acta de nacimiento del demandante fue inscrita en el consulado alemán de Barranquilla, y no ante las autoridades colombianas competentes; 2) El señor Schawartau tuvo una educación completamente alemana y realizaba constantes viajes amparado por pasaporte alemán y cédula de extranjería; 3) Al adquirir la mayor edad, el actor trabajaba en alguna hacienda del Valle del Cauca, pero luego abandonó el país y

viajó a España, luego a Brasil, Chile, Argentina y Ecuador, creyéndose además, según afirmación de la Policía, que viajó a Alemania donde sirvió como intérprete en el ejército de ese país y fue además tratado como natural alemán.

"Este conjunto de circunstancias, agregado a la no menos importante de haber sido sorprendido Schawartau realizando actividades de espionaje al servicio de una potencia extranjera, con la cual no tiene hoy Colombia relaciones diplomáticas, conducen a pensar que la nacionalidad del demandante ofrece tales dudas, que no se justifica la declaración de que se ha expulsado a un colombiano y que por lo mismo la resolución respectiva viola de manera ostensible normas superiores.

"No siendo, pues, evidente, para la Sala, como lo apreció el auto suscitado, que al señor Schawartau deba reputársele como colombiano, la resolución que lo expulsó del país como extranjero indeseable, no puede por lo mismo suspenderse provisionalmente, ya que solo en el caso de que se trata de un colombiano, podría invocarse, para decretar la suspensión, la violación flagrante de una regla superior de derecho.

"Ya ha dicho y repetido constantemente el Consejo de Estado, que para que proceda la suspensión provisional de un acto o providencia administrativa, es preciso que haya manifiesta violación de las normas que se señalan como quebrantadas, cuando la acción ejercitada es de simple nulidad, ya que cuando la acción es distinta, debe aparecer comprobado el agravio que sufre quien promueve la demanda. Pero es claro que este agravio, para que pueda invocarse, tiene que proceder de una actividad irregular del Estado, que quebrante el orden jurídico y que a virtud de ello afecte legítimos intereses del actor. Es obvio, además, que tales perjuicios no pueden invocarse cuando la administración actúa sin violentar ostensiblemente esas normas; cuando ejercita actividades que le son propias y para las cuales está expresamente facultado".

Estudio del problema jurídico

Todo este problema se contrae y concentra en confrontar la situación objetiva del señor Schawartau, las circunstancias de su nacimiento y de su vida, con las normas colombianas de derecho sobre nacionalidad. En consecuencia se procede a estudiar este aspecto fundamental de la controversia jurídica.

"El artículo 8º de la Constitución define la calidad de nacionales colombianos, y según el numeral 1º de esa disposición lo son por nacimiento los naturales de Colombia con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República.

El demandante en este juicio sostiene que el señor Schawartau es nacional colombiano de conformidad con la última parte de la disposición solicitada. Por lo tanto hay que examinar si las condiciones fijadas en su regla se cumplen en el caso de su cliente. Esas condiciones son: 1ª—Que haya nacido en Colombia, y 2ª—Que siendo hijo de extranjeros se encuentre domiciliado en Colombia. Está probado en los autos que el señor Schawartau es natural colombiano por haber nacido en Barranquilla, pero en cuanto a la segunda condición de hallarse domiciliado en territorio colombiano, condición que lo obliga como hijo de padres extranjeros, la prueba no aparece fundada, no obstante las eruditas alegaciones de su patrono. ¿Qué razones presenta éste para establecer el domicilio del señor Schawartau en Colombia?:

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

"1—Heriberto Schawartau Eskildsen, es natural y nacional de Colombia, su nacimiento tuvo lugar en la ciudad de Barranquilla, el 15 de agosto de 1917. Fueron sus padres legítimos Juan Schawartau y Mary Eskildsen de Schawartau, súbditos alemanes, residente en el país desde 1914. Durante su minoridad, el domicilio legal de Schawartau estaba constituido en la república, por hallarse bajo la patria potestad y tener su familia asiento estable en el territorio colombiano. Era un domicilio necesario de dependencia, ya que en su condición de «alieni juris» carecía de capacidad ante la ley para adquirir voluntariamente uno propio. Más, en su caso, no se trataba de una ficción jurídica, pues también residía en el hogar paterno, salvo durante sus estudios de bachillerato en Europa. Al cumplir los veintiún años, Schawartau era vecino de Ulloa, donde administraba una hacienda de café y pastos denominada «Calamar» pertenecientes a su padre. En ese municipio vallecaucano permaneció por más de cuatro años, hasta 1941, explotando por su cuenta el mismo fondo rústico. Su domicilio de origen, que reemplazaba al impuesto por la ley, venía a ser Ulloa, lugar de asiento de su hogar doméstico y de sus durables empresas agrícolas.

"2—En el censo de población de 1938 Heriberto Schawartau, fue empadronado como colombiano, no obstante su linaje extranjero, por reunir los requisitos de nacimiento y domicilio en el país, conforme al artículo 7º de la Constitución de la República, que adopta el «jus soli» en cuanto a nacionalidad.

"3—El 26 de septiembre de 1938, un mes después de alcanzar la mayor edad y ser legalmente capaz, a fuerza de nacionalidad de Colombia, Schawartau obtuvo la cédula de ciudadanía número 2039638, inscrita en el registro electoral permanente de Ulloa bajo el número 2127.

"4—En abril de 1939 recibió Schawartau su libreta de servicio militar obligatorio, quedando incorporado a la reserva de segunda clase del ejército colombiano de primera línea, como consta en el acta número 18 del 20 de abril de 1939, levantada en Pereira por el Comando del Distrito de Reclutamiento No. 17.

"5—Es de advertir, para que no haya equívocos sobre sus intenciones, que tales actos los llevó a cabo Schawartau mucho antes del estallido de la guerra en Europa y cuando el nuevo conflicto no era siquiera previsible, pues en las relaciones internacionales prevalecía una política de apaciguamiento.

"6—Aunque en nuestro derecho público interno no se estatuye, ni se reconoce, ni se regula una supuesta opción a la nacionalidad colombiana, sino que el legislador declaró cuáles son los elementos constitutivos de ella, es obvio que el ejercicio de los derechos políticos y el cumplimiento de los deberes militares por Schawartau demuestran su voluntad expresa de ser, vivir y actuar como colombiano.

"7—Cuando en un individuo se presenta una eventual pluralidad de nacionalidades, por colisión de estatutos, entre el «jus soli» y el «jus sanguinis», el conflicto se desata aplicando la ley territorial, según doctrina uniforme. La materia corresponde a la legislación interna de cada país y afecta su soberanía. Colombia ignora y desconoce la nacionalidad que otro estado les pueda atribuir a sus propios súbditos.

"8—Heriberto Schawartau salió del país en 1941, provisto de pasaporte colombiano, expedido por la Gobernación de Caldas, con tiempo de vigencia limitado. Se trataba de un viaje de ida y regreso, verificado con el propósito de conseguir agencias y representaciones de casas extranje-

ras de comercio. Esa ausencia accidental no aparejaba pérdida del domicilio nativo, porque Schawartau conservaba en Colombia su hogar y su patrimonio.

"9—Para entrar a diversos países Schawartau obtuvo visas de turista o transeunte, sin que en ninguno de ellos fijara su residencia. Durante su correría, se inscribió como colombiano de origen en las oficinas diplomáticas y consulares de la república en el exterior.

"10—En abril de 1942, volvió Schawartau a Colombia, con agencias exclusivas de casas mercantiles extranjeras, para el país. Quiso instalarse en Barranquilla, donde abrió cuenta corriente en un banco, consiguió apartado postal y realizó otros preparativos para una residencia estable. En gestión de negocios, viajó luego a Caracas, con un simple permiso de tránsito. En octubre de 1942 estaba de regreso a Colombia, con ánimo de avocindarse definitivamente en Bogotá, como hizo saber por escrito al Alcalde de esta capital".

Los párrafos anteriormente transcritos contienen las razones y la presentación de los hechos, con que el demandante pretende sostener que Schawartau ha tenido su domicilio en Colombia. Omite el actor relacionar las actividades reales de Schawartau al servicio de una potencia extranjera las cuales cubría con actos aparentes para tratar de protegerse. Esta circunstancia como las presentadas por el demandante serán examinadas todas oportunamente en el curso de este fallo.

1° — Determinación del domicilio

Conviene ahora examinar estos argumentos frente a las disposiciones que determinan la condición del domicilio. Esas disposiciones son las del Capítulo 8° del Título 1° Libro 1° del Código Civil. Pero ante todo hay que recordar que el artículo 8° de la Constitución exige que el domicilio sea un hecho actual, es decir, que las circunstancias que lo constituyen se refieran a un tiempo presente. Por eso aquella disposición emplea el verbo en presente de subjuntivo y dice "se hallen domiciliados en la República", pero no dice se **hayan domiciliado** o se **hubieren domiciliado**. Quiere decir esto que un natural colombiano, hijo de padres extranjeros, que alguna vez haya estado domiciliado en Colombia y hubiera adquirido por lo mismo la calidad de nacional pierde esta calidad por el hecho de haberse domiciliado en otro país. La respuesta tiene que ser afirmativa, por las razones expresadas arriba. Pero esto trae otra cuestión: el volver a Colombia esa persona, recupera automáticamente su condición de nacional colombiano. La respuesta ya no es tan sencilla. El solo hecho de pisar tierra colombiana no hace resurgir la nacionalidad. Se necesita además que la persona establezca de nuevo su residencia dentro del territorio colombiano, y a esta residencia acompañe el ánimo de permanecer, que son las dos circunstancias esenciales que constituyen el domicilio, según el artículo 76 del Código Civil.

Adviértese de una vez que el domicilio es relativo a una parte determinada de un lugar del territorio nacional, como dispone el artículo 77 del mismo C. C. De modo que la condición constitucional de hallarse una persona domiciliada en la República para que se considere nacional colombiano, implica el hecho de haber fijado su residencia dentro de la República, en un lugar determinado, lugar que siempre podrá señalarse bajo el nombre del municipio o distrito municipal a que el lugar corresponde.

Es bien importante esta advertencia, pues la parte recurrente no señala de manera precisa el vecindario a que podría pertenecer el señor

Schawartau actualmente. A folios 69 del último cuaderno dice el doctor Alzate Avendaño que en octubre de 1942 regresó su cliente a Colombia con ánimo de avecindarse definitivamente en Bogotá, pero ese ánimo apenas fue manifestado en abril de 1943 cuando ya su patrocinado se hallaba detenido por la policía bajo grave inculpación de espionaje. A folios 36 de su alegato ante la Dirección Nacional de la Policía, el doctor Alzate da a entender que el señor detenido Schawartau tenía su domicilio en Ulloa, Municipio del Departamento del Valle del Cauca, por haber sido esa su última residencia en los años de 1937 a 1941, cuando cumplió su mayor edad, y donde trabajó en una hacienda cafetera. Pero consta también en el juicio que en el mismo año de 1941 el señor Schawartau abandonó de nuevo el país y se radicó en Alemania por varios meses, y estuvo en un campamento militar próximo a Hamburgo, en donde recibió instrucción adecuada, e ingresó luego como intérprete al ejército, y recibió en plena guerra treinta mil marcos de reinmigración, prima concedida a los naturales alemanes cuando después de una ausencia del territorio patrio regresan a él con el propósito de radicarse definitivamente.

Posteriormente el señor Schawartau estuvo domiciliado en Caracas, Venezuela, durante seis meses, según él mismo confesó en su indagatoria (folio 18, c. No. 2) y cuando fue aprehendido en noviembre de 1942 declaró espontáneamente que su domicilio era Caracas (folio 13 del mismo cuaderno).

Resulta de lo expuesto que el hecho material de la residencia de Schawartau en algún lugar del territorio colombiano, a su regreso del extranjero, no aparece establecido claramente.

En cuanto al ánimo de permanencia, que es la segunda condición que exige el artículo 78 del C. C. para que se constituya domicilio, tampoco aparece demostrado en estos autos. Esa voluntad o intención de residir, si no se manifiesta de modo real, puede y debe comprobarse en caso de duda por hechos o comportamientos que permitan deducir la verdad de ese ánimo o intención. A este efecto dice fundadamente el señor Director de la Policía Nacional:

“Alega el doctor Alzate Avendaño como «documentos auténticos» la cédula de identidad y la libreta de servicio militar, de 2ª clase, expedidos por autoridades competentes a favor de Schawartau Eskildsen. Consta claramente en el informativo la manera un tanto extraña como el interesado hubo la cédula de ciudadanía, en condiciones tales que ni los que la suscribieron se explican satisfactoria y suficientemente el por qué de su expedición, al manifestar que el peticionario nunca acreditó ante ellos su condición de nacional colombiano. Y, en cuanto a la expedición de su libreta militar, al interrogársele sobre la manera cómo la había obtenido evadió la respuesta. No puede pensar la Dirección, en sana lógica, que este último documento lo hubo Schawartau Eskildsen usando los medios utilizados cuando se hizo expedir la cédula de ciudadanía? Y si lo obtuvo con el lleno de las formalidades de la ley, por qué evadió la respuesta, siendo así que la calidad de colombiano que dice tener lo ponía al abrigo de toda suspicacia? Además tales documentos no tienen ni pueden tener el alcance que pretende darles el apoderado de Schawartau Eskildsen, como quiera que de acuerdo con el artículo 1759 del Código Civil «el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. . . .» (subraya este Despacho). de donde se desprende que

la cédula de ciudadanía ni la libreta de servicio militar hacen por sí solas pruebas de nacionalidad colombiana de un individuo”.

“Define el artículo 76 del Código Civil el domicilio como «la residencia acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella». Y el artículo 79 del mismo Código advierte que no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene por otra parte su hogar doméstico o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental (subraya este Despacho), como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa en un tráfico ambulante”. Veamos si Schawartau Eskildsen, real o presuntivamente, tuvo el ánimo o deseo de permanecer en Colombia, fijando aquí su domicilio. Nacido en Barranquilla, es registrado por sus padres en el Consulado alemán de esa ciudad, amparándolos la ley nacional para que el estado civil del menor, que “deberá constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado”, según reza el artículo 347 del Código Civil, fuera declarado ante los Notarios Públicos, de acuerdo con el artículo 348 de la misma obra, precepto legal este olvidado tendenciosamente por el padre de Schawartau Eskildsen y por su propio abogado, en cuyo aparente desconocimiento han querido los interesados basar toda su argumentación porque, afirman, en el momento del natalicio de Heriberto en Barranquilla no había autoridades civiles competentes, para que la calidad civil del menor constara en el registro respectivo. Bautizado en Alemania tres años después, el deseo de sus padres de que sea súbdito alemán se hace más ostensible por la circunstancia de recibir en Manizales, ya de regreso al país su familia, educación extranjera, complementada con los estudios que hubo de hacer luego en Alemania, y su especialización comercial en una casa importadora de café, en Hamburgo. El 19 de marzo de 1932 la policía de esta última ciudad europea expidió el pasaporte alemán No. 2.355 a nombre de Heriberto Schawartau Eskildsen, y el 12 de abril de 1935 nuestro Cónsul General en la misma ciudad visó ese documento. El 21 de agosto de 1936 Schawartau Eskildsen quiso regresar a Alemania, y, hallándose en Manizales, acudió a las autoridades alemanas y no a las del país y el Consulado de Alemania le expidió el pasaporte distinguido con el No. 75 con el cual viajó de nuevo a Hamburgo. De regreso, a fines de 1937, Schawartau Eskildsen presentó ante el Cónsul Colombiano en Hamburgo el pasaporte anterior y la cédula de extranjería No. 44, expedida a su favor en Manizales, y nuestro representante consular lo visó con la advertencia de que el ciudadano alemán que era su dueño hacía un viaje a Colombia con el propósito de regresar a tierra alemana. Parece que Schawartau Eskildsen cumplió la mayor edad en 1938, y hasta entonces estaba amparado con pasaportes que lo acreditaban como súbdito alemán. Este despacho extraña, que en 1939, cuando se disponía a efectuar su regreso, no usara el pasaporte alemán que estaba en regla ni obtuviera otro del mismo origen en Manizales, como ya lo había hecho, sino que se hiciera a dos documentos civiles —cédula de ciudadanía y libreta de servicio militar— para que, resguardado en los mismos, su labor de espionaje le fuera más cómoda en su desarrollo.

No haya, pues, esta Dirección, a través de los itinerarios de Schawartau Eskildsen deseo suyo de incorporarse definitivamente a la nacionalidad colombiana en forma real ni, menos, presumible, ya que, al contrario, lo que sí aparece como real es su deseo de ser súbdito de otro país.

Y si eso es así, como mayor razón puede aplicarse al caso controvertido lo prescrito por el Código Civil en el ya citado artículo 79, pues por varias circunstancias aparece que la residencia del interesado en Colombia fue accidental debido a hechos suficientemente diáfanos y de los cuales se deduce, en primer lugar, la voluntad de Schawartau Eskildsen, expresada en múltiples afirmaciones, de ser ciudadano alemán, y, luego su misma libre voluntad de servir a su país en Sur América, inclusive en Colombia, como agente del espionaje alemán, creyendo que el hecho de llevar dos documentos civiles lo ponían al cubierto de una acción de policía que averiguara sus verdaderas actuaciones. Ahora bien: reza el artículo 7º de la Constitución Nacional, aparte a) del numeral 1º que son colombianos de nacimiento: los naturales de Colombia... que siendo hijos de extranjeros se **hallen domiciliados** (subraya la Dirección) en la República. No sólo no aparece demostrado que Schawartau Eskildsen se halle domiciliado en el país, sino que, muy al contrario, según terminante declaración del mismo interesado, se halla domiciliado en Caracas. Es decir, falta la segunda condición exigida por nuestra Carta Fundamental para que pueda considerársele como colombiano. Además, parece que Schawartau Eskildsen cumplió su mayor edad en 1938. 21 años en las legislaciones colombiana y alemana, y hasta esa fecha tuvo opción para escoger entre la nacionalidad de sus padres y la colombiana, ésta última por el hecho de haber nacido en territorio patrio. Pero en ningún caso podía aspirar a disfrutar, según sus conveniencias, de dos nacionalidades sino que debía decidirse por una de ellas, en virtud del principio de que nadie puede tener dos nacionalidades”.

— I f —

Sistemas para determinar la nacionalidad

El análisis anterior como los que se presentarán más adelante, están estrechamente vinculados a las teorías generales para establecer la nacionalidad. Pueden sistematizarse esas teorías en tres grupos: la del *jus soli*, las del *jus sanguinis* y como modalidades de éstas las normas de nacionalidad en la Unión Soviética y en Alemania.

1º—**El jus soli.** De conformidad con esta tesis la nacionalidad se determina principalmente por el lugar del nacimiento. En su forma abstracta y pura significa que el individuo toma la nacionalidad del lugar de su nacimiento. En la práctica esta circunstancia obra como una base fundamental pero tiene en su turno una serie de requisitos en varios aspectos de manera especial en cuanto al domicilio concierne.

2º—**El jus sanguinis.** Este sistema tiene un origen romano y según sus normas la nacionalidad se determina por la nacionalidad de los padres. Es una forma abstracta y teórica este sistema conduciría a inferir la nacionalidad por el origen racial de los padres como pretendió establecerlo el Estado Nazista Alemán.

En términos comunes en derecho internacional privado este sistema se vincula simplemente a la nacionalidad de los padres cualquiera que sea su raza. El profesor francés Niboyet explica este problema en los términos siguientes:

“El jus sanguinis no es exacto sino tomando el término en su verdadera significación. Tomado a la letra invoca el sistema racial, el niño tendrá la nacionalidad que resulta de su sangre, esto es de su raza. No se trata de esto. Por el jus sanguinis se entiende simplemente que el hijo tendrá la nacionalidad de sus padres y esto no se confunde con la idea

racial. . . . Por lo tanto el criterio es esencialmente político y no biológico".

3º—**La Unión Soviética y Alemania.** Estos dos estados en la época contemporánea han tenido unos sistemas peculiares para determinar la nacionalidad.

En la Unión Soviética se reglamentó la nacionalidad por la ley 29 de octubre de 1924 y se sentó la norma general de que toda persona que se encuentra en el territorio de ese país es considerada como ciudadano soviético a menos que pruebe lo contrario. Dentro de esta norma general se presentan algunos matices. La persona —extranjero que vive en el territorio de la de la Unión Soviética y que por el hecho de trabajar pertenece a la clase obrera o a la clase de campesinos que no explotan el trabajo ajeno, goza sin necesidad de naturalización, de todos los derechos políticos de los ciudadanos de la Unión Soviética. El artículo 4º de la ley citada toma en consideración la residencia de los padres en el momento del nacimiento. Si ninguno de los padres reside en la Unión Soviética, pertenece a los padres escoger la nacionalidad del niño.

En lo que concierne a Alemania la ley 15 de septiembre de 1935 en desarrollo de uno de los cinco puntos del programa hitleriano dispuso en su artículo 2º: "Únicamente es ciudadano alemán el súbdito alemán que sea de sangre alemana". Este principio extrema la tesis del jus sanguinis y tiende a confundirla no con el criterio político de nacionalidad de los padres sino con el criterio biológico de su raza.

A. — *Sistema colombiano sobre determinación de la nacionalidad*

El sistema colombiano de conformidad con los textos que se han citado tiene un carácter mixto en que se combina el jus sanguinis con el jus soli. El Dr. José Joaquín Caicedo Castilla en su "Manual de Derecho Internacional Privado" explica el estado actual de la legislación sobre la materia después de la reforma de 1936, en los siguientes términos:

"El artículo 3º del acto Legislativo número 1 de 1936 que es el artículo 7º de la codificación constitucional vigente, dice: «Son nacionales colombianos: 1º—Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales de Colombia, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República; b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República. 2º—Por adopción: a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización; b) Los hispanoamericanos y brasileiros por nacimiento que, con autorización del gobierno, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad del lugar donde se establecieron".

"Conserva la reforma el *jus soli* como base principal para atribuir la nacionalidad colombiana. Pero admite una aplicación del jus sanguinis cuando considera como colombianos a individuos nacidos en el extranjero, siempre que sean hijos de padre o madre colombianos y que luego se domiciliaren en la República.

"Este posterior domicilio es condición absolutamente indispensable. Sin él los individuos referidos no podrán obtener la nacionalidad colombiana, ni aun en el caso de que hagan una manifestación expresa en favor de dicha nacionalidad".

Dada esta situación constitucional y legal sobre nacionalidad se requiere examinar los efectos que produce el domicilio en relación con esta materia.

B. — *El domicilio en materia de nacionalidad en Colombia*

La importancia que las leyes colombianas asignan al domicilio para

determinar la nacionalidad está destacada en un concepto del Ministerio de Gobierno, citado por el doctor Tulio Enrique Tascón en su estudio sobre "Derecho Constitucional Colombiano", y el cual dice:

"Se aparta el constituyente colombiano del sistema tradicional del *jus soli* y del *jus sanguinis*, como único criterio para determinar la nacionalidad de los colombianos, pues a esos dos elementos añade uno nuevo: el domicilio.

De acuerdo con el principio constitucional transcrito, se presentan las siguientes situaciones:

"a) El *jus soli*, junto con el *jus sanguinis*, bastan para determinar la nacionalidad de una persona. Así, un individuo cuyo padre o madre sean colombianos, y haya nacido en territorio colombiano, tiene esta nacionalidad aunque fije su domicilio en el extranjero;

"b) El *jus soli*, unido al hecho del domicilio también da carácter de nacional. Así, es nacional colombiano el hijo de padres extranjeros, siempre que haya nacido en Colombia y tenga su domicilio en nuestro país;

c) El *jus sanguinis*, unido al hecho del domicilio, también establece la nacionalidad de una persona. Por ejemplo, si un individuo nace en el extranjero, pero de padre o madre colombianos, será de nacionalidad colombiana siempre que establezca su domicilio en nuestro país".

Dada la importancia de la determinación del domicilio para establecer la nacionalidad, es necesario aclarar el concepto sobre la materia.

En términos generales Henri Capitant en su "Tratado de Derecho Civil" considera el domicilio como una noción puramente jurídica, abstracta, como una noción que se distingue de la residencia y de la habitación. Este carácter del domicilio implica que existan varias concesiones legales sobre el particular como sucede en Colombia con respecto al domicilio para efectos políticos, al domicilio para efectos fiscales, al domicilio para efectos civiles y al domicilio para efectos de nacionalidad.

1º—**Domicilio político.** El domicilio político en Colombia es determinado por el Código de Régimen Político y Municipal que en su artículo 333 dice: "Es vecino de un Municipio para los efectos políticos: 1º—El nacido y establecido en el municipio; 2º—El que con su familia se haya radicado en él por más de un año, aunque se ausente a veces, siempre que aquélla permanezca en el territorio respectivo".

2º—**Domicilio fiscal.** La ley orgánica del impuesto sobre la renta, la 75 de 1935 en su artículo 4º, ordinal 2º, indica las características del domicilio para efectos fiscales. Dice por ejemplo: "Son domiciliados: a) Los nacionales o extranjeros que radican en el país con ánimo real o presunto de permanecer en él. Significan ánimo presunto de permanencia, y son, por tanto, prueba de domicilio, estas circunstancias....".

En dicho artículo la ley hace una reglamentación minuciosa para indicar las características del domicilio principal.

3º—**Domicilio civil.** El domicilio civil en la legislación colombiana está determinado por sus elementos constitutivos en los artículos 76 y 77 del Código Civil que dicen:

"76.—El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.

"77.—No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente el domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias parece que la residencia es accidental, como la del viajero, o del que ejerce una comisión temporal, o del que se ocupa en algún tráfico ambulante".

4º—**Domicilio para efectos de la nacionalidad.** En las concepciones modernas se considera la nacionalidad como un vínculo jurídico y político que ata a una persona con un Estado determinado. La vieja concepción de la nacionalidad como una relación sinalagmática entre el individuo y el Estado ha sido abandonada y sustituida por una concepción de derecho público interno. Esta circunstancia determina que la concepción del domicilio para efectos de nacionalidad debe ser establecida en relación con las variadas y distintas normas sobre domicilio pero dentro de un criterio general de derecho público para examinar en qué medida la persona o el individuo se incorpora dentro del Estado correspondiente y vincula a él su vida y su suerte.

Como quiera que el *jus soli* aisladamente no determina la nacionalidad sino que requiere el complemento del domicilio conviene hacer referencia a los elementos constitutivos del domicilio según las leyes colombianas sobre extranjería y naturalización. La ley 145 de 1888, dice al respecto:

“Artículo 1º—Son extranjeros en Colombia los individuos no comprendidos en los casos especificados en el artículo 8º de la Constitución.

“Artículo 2º—Para los efectos de esta Ley (los extranjeros se clasifican en transeuntes y domiciliados.

“Artículo 3º—Son transeuntes los extranjeros que, estando en la República, no tienen en ella domicilio.

“Artículo 4º—Son domiciliados los extranjeros que residan en territorio colombiano, con ánimo, expreso o presunto, de permanecer en el país.

“Artículo 5º—Constituye ánimo expreso de permanencia la formal manifestación hecha por un extranjero ante una autoridad política de la República, y en presencia de dos testigos, de tener intención de domiciliarse en Colombia.

“Artículo 6º—Significan ánimo presunto de permanencia, y son por tanto, prueba de domicilio, estas circunstancias:

“a) La residencia voluntaria y continua en el territorio por más de cuatro años;

“b) La residencia unida a la posesión de una propiedad raíz;

“c) La residencia unida al ejercicio del comercio, con casa establecida o de cualquiera otra industria que no pueda calificarse de transitoria;

“d) Haber contraído matrimonio con colombiana y permanecido en el país durante más de dos años;

“e) Haber ejercido algún cargo, empleo o destino público al servicio del Gobierno”.

Todos estos elementos determinantes del domicilio se refieren a actividades lícitas como factores indiciarios de que el individuo se vincula lealmente al estado colombiano. Toda la enumeración anterior debe relacionarse con el criterio sentado en el artículo 77 del Código Civil según el cual “no se presume el ánimo de permanecer, si se adquiere consiguientemente el domicilio cuando aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o del que ejerce una comisión temporal”. Justamente en el caso de Schawartau no se reúnen estos requisitos que antes se han enunciado. Siendo la nacionalidad un vínculo de derecho público no es posible que Schawartau tenga acceso a ella al través de sus actividades al servicio de una potencia extranjera. De la misma manera que un contrabandista no podría alegar para determinar su domicilio, el lugar donde ejercita sus actividades delictuosas como municipio donde tiene su principal establecimiento, de la misma manera no es posible que el señor Schawartau

se le considere con una residencia permanente en Colombia como consecuencia de las funciones que cumpla en su calidad de agente del gobierno nazista de Alemania. A causa del carácter de derecho público que tiene el domicilio internacional para determinar la nacionalidad de un individuo, no es posible en el caso de Schawartau, en virtud de todo el conjunto de las disposiciones legales citadas, considerar que ha estado domiciliado de una manera fija y permanente en Colombia. En consecuencia, si no es posible determinar su domicilio en Colombia, se impone conceptuar que no se han cumplido los requisitos legales y constitucionales para estimar que es ciudadano colombiano por nacimiento y residencia en el país.

De otra parte la Resolución que al respecto tomó la Policía Nacional está respaldada en las disposiciones legales que enseguida se citan:

“Artículo 6º de la ley 2ª de 1936: “Facúltase al poder ejecutivo para reglamentar, en forma que consulte los intereses nacionales, la entrada, residencia y expulsión de extranjeros”.

“Parágrafo: Derógase el artículo 9º de la ley 48 de 1920”.

En virtud del artículo anterior se dictó el Decreto No. 1205 de 1940 (junio 25 de 1940) que dice:

“Además de las causas de expulsión de extranjeros contenidas en las leyes y decretos actualmente en vigor, se establecen las siguientes:

“1º—Ser sospechosos, a juicio del Gobierno, de espionaje, sabotaje, o violación del estado de neutralidad en que se encuentre el país”.

“Artículo 7º—Podrán ser expulsados del territorio del país mediante resolución del Director General de la Policía Nacional y previa consulta verbal con el Ministerio de Gobierno, los extranjeros que, a su juicio, hayan incurrido en alguna de las causas de este decreto y demás disposiciones anteriores vigentes u otras semejantes. Estas resoluciones no tendrán ningún recurso ante el Ministerio de Gobierno y se cumplirán inmediatamente de notificadas.

“Artículo 13.—La sección de extranjeros de la Policía Nacional, tendrá la vigilancia de la entrada, permanencia y su ida de los extranjeros en el territorio del país y con los datos que reciba de las demás autoridades o los que le solicite preparará las resoluciones de expulsión que deba dictar el director general”.

Ley 145 de 1888:

“Artículo 13.—El Gobierno queda autorizado para expulsar del territorio colombiano, cuando lo crea conveniente el orden público, a todo extranjero que ingiera en la política del país”.

Fallo:

En virtud de las consideraciones anteriores el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NIEGA las súplicas de la demanda y declara que no es nula la Resolución del Director de la Policía Nacional de fecha 10 de abril de 1943 por medio de la cual se expulsó del territorio de la República al señor Heriberto Schawartau Eskildsen.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

Con salvamento de voto, Gonzalo Gaitán—Guillermo Hernández Rodríguez—Jorge Lamus Girón—Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Gustavo A. Valbuena—El Conjuer, Federico A. Daza—El Secretario, Luis E. García V.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO GONZALO GAITAN

Con el mayor respeto por las opiniones de la mayoría del Consejo expresadas en la anterior sentencia, me veo en el caso de disentir de ellas y de salvar mi voto.

Ya en otro lugar de este expediente, el suscrito tuvo ocasión de manifestar las razones que hoy lo mueven a separarse del parecer de la mayoría de sus colegas. En efecto, como sustanciador del proceso, en el auto por el cual se resolvió sobre la suspensión provisional fechada el 11 de junio de 1943, y que luego por virtud del recurso de súplica fue repuesto por la Sala de Decisión, dijo:

"...Sostiene el actor en primer término y como base fundamental de su acusación que el señor Schawartau es colombiano en conformidad con la Constitución Nacional y de consiguiente, mal pueden aplicársele las disposiciones que se refieren a los extranjeros. Agrega el mismo actor que en el procedimiento seguido por la Policía se pretermitieron múltiples formalidades legales, incurriendo la Policía en verdaderos abusos contra el sindicado del delito de espionaje, señor Schawartau.

"En el expediente no obran todas las pruebas que pertenecen al informativo levantado por la Policía, sin embargo, de la propia resolución acusada se desprenden los siguientes hechos: 1º—Que los padres de Schawartau han vivido en Colombia muchos años; 2º—Que han tenido negocios de campo y de comercio en el país. 3º—Que Schawartau nació en Barranquilla en el año de 1917; 4º—Que obtuvo cédula de ciudadanía; 5º—Que obtuvo libreta de servicio militar.

"En estas condiciones, para el Consejo de Estado es evidente que al señor Schawartau debe reputársele como colombiano en conformidad con el artículo 7º de la Carta que dice: "Son nacionales colombianos: 1º—Por nacimiento: a) los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o **que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República**".

El señor Schawarta nació en Colombia. Esto no se discute. Y si es verdad que los padres son extranjeros, dicho señor Schawartau se halla domiciliado en la República, luego debe reputársele colombiano por nacimiento. Y no solamente se halla domiciliado en la República, donde se ha dedicado, según lo acepta la propia resolución acusada, a negocios de campo en la hacienda llamada "Calamar" en el Valle del Cauca sino que además, solicitó y obtuvo cédula de ciudadanía y libreta de servicio militar. Debe sumarse a todo esto, que como está comprobado en autos, en la Corte Suprema de Justicia cursa un juicio tendiente a obtener la declaración de que el señor Schawartau "ha perdido la nacionalidad colombiana".

"Nada importa que el señor Schawartau haya estado ausente en varias ocasiones del país, que haya recibido instrucción o educación en países extranjeros o que estando en Colombia sus profesores hayan sido de otra nacionalidad, que haya tenido en ocasiones tarjeta de extranjero, porque el hecho protuberante del nacimiento en Colombia y su domicilio en el país, le dan la calidad de colombiano por nacimiento, conforme a la teoría del jus soli, base principal de la nacionalidad en las instituciones colombianas. En todo caso, estando controvertida la nacionalidad del demandante, no se le puede expulsar del país mientras las autoridades competentes no resuelvan lo que sea pertinente.

"Así las cosas, es evidente que debe decretarse la suspensión provisional del acto acusado, habida consideración de que se aplicaron disposiciones referentes a extranjeros a un individuo que, hoy por hoy, debe reputársele colombiano".

Por virtud del recurso de súplica fue este auto a la Sala de Decisión, donde fue revocado con el único argumento de que no estaba bien establecido el domicilio del señor Schawartau en Colombia.

Lejos de haberse variado en el debate probatorio la situación de hecho que encontró el sustanciador cuando profirió el auto atrás reproducido, se ha confirmado plenamente: un número plural de testigos de la mayor prestancia —médicos, abogados, hombres de negocios, etc.— dan fe de los siguientes hechos: 1º—Que el señor Schawartau nació en Colombia. Este hecho lo acepta la resolución acusada y lo acepta el Consejo de Estado en la sentencia a que se refiere este salvamento; 2º—Que los padres de Schawartau, cuando éste nació, hacía muchos años que vivían en Colombia, donde tenían establecidos negocios de carácter permanente y de los cuales se deducía el ánimo de permanecer en el país. Este hecho tampoco está sometido a discusión; 3º—Que llegado a la mayor edad el señor Schawartau obtuvo su cédula de ciudadanía y cumplió con las obligaciones que a los colombianos exigen las leyes respecto del servicio militar obligatorio. 4º—Que obtenida la cédula de ciudadanía, Schawartau se estableció en Colombia con negocios de carácter permanente y era reputado como colombiano. En estas condiciones el demandante cumple con las condiciones constitucionales para que deba reputársele como nacional colombiano, por nacimiento, a saber: haber nacido en Colombia y estar domiciliado en el país.

La nacionalidad por nacimiento no es un hecho voluntario del individuo. Es una calidad constitucional que está por encima del querer individual. Nadie podría declararse extranjero, siendo colombiano, para determinados efectos, vg., para no cumplir con el servicio militar. El individuo será reputado como nacional y sujeto a las leyes de la República como tal, aun cuando él no lo quiera. Sólo en la nacionalidad por adopción juega la voluntad individual. Por estas razones no acepta el suscrito el argumento básico de la sentencia consistente en que Schawartau manifestó en alguna ocasión que estaba domiciliado en Caracas, ciudad ésta donde vivió algún tiempo y tuvo negocios de comercio. Muy fácil sería eludir el cumplimiento de ciertas leyes que imponen obligaciones a los nacionales, abandonando el país por algún tiempo y haciendo la manifestación de estar domiciliado fuera de él. Si Schawartau en un momento tuvo la calidad de nacional colombiano, como es evidente para el suscrito que la tuvo, era menester que la autoridad competente, por medio de providencia ejecutoriada, hubiera declarado la pérdida de la nacionalidad. Esta no se pierde ni por voluntad propia, ni por abandonar el país por poco o mucho tiempo.

Por eso me ha parecido siempre abiertamente ilegal el proceder de la Policía en la resolución acusada de expulsar como extranjero a un individuo nacido en Colombia, que vivió en el país, que prestó su servicio militar obligatorio y que obtuvo su cédula de ciudadanía. Si el señor Schawartau delinquiró —cosa que no es del caso estudiar ahora— ha debido castigársele con la severidad con que las leyes permiten castigar a los colombianos y habida consideración de la magnitud del delito que se le imputa, pero en manera alguna se le podía deportar como extranjero, estando vigente su cédula de ciudadanía, que acreditaba su calidad de ciudadano. Me parece que al Director de la Policía y al Consejo les ha impresionado demasiado la sugerencia de que el señor Schawartau obtuvo su cédula de ciudadanía para poder desempeñar mejor el espionaje a que

parece se dedicaba, pero la cédula la obtuvo mucho tiempo antes de estallar la guerra europea y el juzgador no puede colocarse en hipótesis tan deleznales. Sería un vidente el señor Schawartau al hacer este raciocinio. Dentro de más de un año va a estallar una guerra; en ella intervendrán tales naciones europeas; los Estados Unidos tomarán parte en ella; Colombia adherirá a la causa de los aliados y Alemania se me encomendará a mí el servicio de espionaje. Si la cédula la hubiera obtenido el demandante ya durante el conflicto la suposición tendría un sólido fundamento, pero no en el caso de autos en que la obtuvo con tanta anticipación y sobre todo, si la cédula se obtuvo con documentos falsos, ha debido pedirse su cancelación. En mi concepto, el individuo que tenga una cédula vigente debe reputársele como ciudadano por ese solo hecho. Lo contrario sería desconocer la eficacia de este documento importantísimo.

Estas las razones que me ha movido a separarme del respetable e ilustrado concepto de mis colegas.

Bogotá, febrero 5 de 1946.

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

Tres ejecutivos a favor de Roberto Restrepo	14.866.02
Ejecutivo a favor de Roberto Restrepo	567.84
Total de deudas	18.013.86
Patrimonio gravable	746.14

B. — Liquidación practicada en Pereira para el año gravable de 1942:

Patrimonio

Activo	\$ 18.760.00
Pasivo	4.897.00
Patrimonio (artículo 21, ley 78 de 1935)	13.862.16

Arrendamientos

Casas	900.00
Casa propia	240.00

Total de la renta bruta	1.140.00

Deducciones

Sostenimiento casas	300.00
Reparaciones y mejoras	150.00

Total deducciones	450.00

Renta

Renta líquida (o sea la renta bruta menos las deducciones)	690.00

Bienes raíces

En Pereira	11.760.00
En Finlandia	5.000.00
En Montenegro	2.000.00

Valor total	18.760.00

Deudas

Hipoteca a favor de Benjamín Acosta	2.000.00
Hipoteca a favor de Isidro Campuzano	500.00
Hipoteca a favor de Empresas Unidas de Occidente	1.750.00
Crédito a favor de Roberto Restrepo	567.84

Total deudas	4.897.84

Explicación de la renta y los impuestos (1942)

“Se determina la renta por la diferencia de patrimonio de un año a otro así:

“Patrimonio líquido en 1942	\$ 13.862.16	
“Patrimonio líquido en 1941	746.14	
“Diferencia que se capitaliza	13.116.02	
“Impuesto		408.30
“Patrimonio declarado	18.760.00	
“Impuesto		8.76
“Total		417.06
“35% recargo para respaldo empréstito		110.97
“50% recargo inversión bonos		158.53
“Total del impuesto		686.56



"La capitalización se explica así:

"Pagó en 1942 pasivo por valor de \$ 13.116.02"

Primero.—Estudio teórico de la excepción propuesta

En el fondo, la excepción presentada por el ejecutado, se contrae a establecer cuál es el concepto de renta, para los efectos del impuesto, en la legislación colombiana. La administración del impuesto, en este caso particular, parte de la base de que los aumentos del patrimonio, de un año a otro, deben entenderse como renta para ser gravados como tal. El señor Restrepo Ramírez denunció para 1941 un patrimonio gravable de \$ 746.14 y para el año siguiente de 1942 indicó su patrimonio líquido en la suma de \$ 13.862.16. Ese aumento de patrimonio lo considera la administración del impuesto como renta y así lo grava. El excepcionante argumenta que su patrimonio se vio acrecentado porque unas deudas que le estaban siendo cobradas por la vía ejecutiva, desaparecieron en virtud de desistimiento por parte del actor. Esta remisión de deuda, este beneficio inexpressado por parte del señor Restrepo Ramírez, debe ser analizado para establecer si se trata de una renta o de un aumento del patrimonio de conformidad con las leyes fiscales sobre el particular. Este caso, desde el punto de vista general teórico, fue estudiado por el Consejo de Estado con motivo de un fallo anterior. Entonces los Magistrados Carlos Rivadeneira y Gonzalo Gaitán suscribieron el salvamento de voto redactado por el actual Magistrado ponente doctor Guillermo Hernández Rodríguez y el cual, se transcribe ahora, como decisión jurisprudencial en acogida por el Consejo en el presente caso. Decía así dicho salvamento de voto:

"El problema jurídico que se resuelve en la sentencia a que este salvamento de voto se refiere, versa sobre el concepto de renta en la legislación fiscal colombiana. La mayoría del Consejo, ceñida al concepto teórico de que la renta es el producido periódico del capital o del trabajo o de los dos factores combinados, llega a la conclusión de que la suma de \$ 32.886.58 recibida por el señor Carlos Villaveces Restrepo en el año de 1943 no es renta por tratarse de una cantidad proveniente de la liquidación de la Caja de Empleados del Banco de Colombia. Según la sentencia, dicha entrada no constituye renta por ser una entrega ocasional, por una sola vez, sin que esté acompañada del carácter de periodicidad".

— I —

Problema teórico del concepto de renta

Las principales teorías sobre el particular de la renta en los diferentes países, está expuesta en forma clara y resumida en el Curso de Ciencia Financiera, dictado por el profesor Laufenburger en la Facultad de Derecho de París en el presente año de 1946, de conformidad con la cita siguiente:

"Dos grandes teorías predominan en cuanto a la determinación de la renta fiscal: la teoría de las fuentes y la teoría de plus valía de activos.

"De conformidad con la primera teoría, se consideran como renta de manera exclusiva el producto de un capital, de un trabajo o de una actividad mixta. Para que exista renta en el sentido fiscal de la palabra, es necesario que se hallen reunidos dos elementos:

"1º—Un origen material o inmaterial, un fondo o una capacidad humana;

"2º—La emanación durable y regular de un valor susceptible de ser expresado en moneda.

"En otros términos, es renta lo que proviene de manera regular y durante un tiempo suficientemente largo, de una fuente exterior al hombre (tierra, capital), o ligada a su naturaleza interior (trabajo muscular o intelectual) o de la combinación de las dos (empresa).

"De conformidad con la segunda teoría, todo enriquecimiento o todo aumento de valor es una renta, cualquiera que sea su origen y su duración. No solamente hay creación de valor cuando el hombre trabaja o explota una empresa, o cuando recoge el producto de su capital concreto (tierras, casas), o monetario (acciones, obligaciones, acreencias), sino también cuando se enriquece fuera de todo esfuerzo y sin que realice un activo, como por una sucesión, una donación, una plus valia mobiliaria o inmobiliaria (alza bursátil, aumentación del valor de un fondo). La teoría de la plus valia considera como renta aun el enriquecimiento que se produce accidentalmente, una sola vez, sin perspectivas de repetición.

"En el amplio sentido de la teoría, hay renta cuando la plus valia se verifica como por ejemplo en el alza de un valor cotizado a la bolsa, y en el sentido estrecho de la teoría, la *plus valia* no se transforma en renta sino en el momento en que es realizado, y separada de «su cuerpo» por una venta.

"La práctica fiscal excluye de la plus valia sometida al impuesto sobre la renta, las donaciones y sucesiones puesto que son objeto de un impuesto especial (sobre el capital).

"En tanto que la legislación inglesa acentúa su vinculación a la teoría de la fuente, las legislaciones americana y francesa establecen un compromiso entre la noción de *plus valia* y la de origen o fuente. (Laufenburger, H.: Cours de Science des Finances, 1945-1946, página 36)".

"Otros autores como Laferriere distinguen la misma teoría antes propuesta denominando la teoría de la plus valia como teoría del balance, y la teoría de la fuente de origen como teoría de cuenta de explotación. En efecto, la noción del beneficio imponible en la cédula francesa que grava las ganancias comerciales e industriales comprende todo aumento del activo neto de la empresa, tal como resulta de la cuenta de pérdidas y ganancias. La administración francesa considera como beneficio todo enriquecimiento que provenga de una actividad comercial e industrial sin distinguir la fuente de origen. De conformidad con la teoría de la cuenta de explotación, sostenida por los comerciantes, solo constituyen renta los elementos de riqueza que provengan de una fuente susceptible de producir un beneficio regular y periódico. La jurisprudencia francesa se había afiliado a esta última tesis y con ese criterio anuló muchos actos de la administración. Pero la teoría del fisco o sea la tesis de la plus valia o del balance, fue consagrada en 1933 y 1934 por leyes y decretos-leyes. Estos estatutos fueron incorporados en el artículo 7º del Código de Impuestos franceses que dice:

"El beneficio imponible es el beneficio neto determinado según los resultados de conjunto de las operaciones de toda naturaleza que efectúen las empresas, comprendiendo cualquier sesión de elementos del activo verificada en el curso o al fin de la explotación".

"De conformidad con toda esta evolución jurisprudencial y legal la cédula de los beneficios comerciales e industriales en Francia ha dejado

de ser un impuesto sobre la renta propiamente dicho, según lo afirma Laferriere, para convertirse en un impuesto sobre el enriquecimiento. (Laferriere: Cours de Legislation Financiere: 1945-1946).

— II —

"Concepto de la renta en la legislación colombiana"

"Dentro de esta tesis general que acaba de exponerse precisa ubicar la legislación colombiana para determinar si ella está regida por la teoría de la plus valía o del balance o por la tesis de la fuente de origen o cuenta de explotación.

"Es bien sabido que la última reforma del impuesto sobre la renta contenida en la ley 78 de 1935 se inspiró notablemente en la legislación norteamericana que se basa en un concepto de la renta que combina la teoría de la fuente u origen con la teoría de la plus valía o enriquecimiento. Forman parte de la renta bruta en la legislación norteamericana los salarios o compensaciones en dinero o en especie, los arriendos, los beneficios, los intereses, los dividendos, las pensiones, etc. Pero además se incluyen también como rentas las ganancias de capital realizadas como las que provengan del aumento de precios de los bienes inmuebles o de las cotizaciones de los valores mobiliarios. Dentro de la legislación norteamericana lo importante consiste en que esas ganancias de capital no sean teóricas y estén representadas simplemente por un aumento en las cotizaciones de bolsa, sino que se requiere de manera fundamental que sean realizadas, esto es, que el contribuyente las disfrute al través de la venta.

"Siguiendo sus antecedentes norteamericanos, la ley 78 de 1935 definió de la siguiente manera la renta bruta:

"1.—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 y 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".

"Al analizar el texto transcrito se encuentra que el legislador colombiano no dio una definición de la renta, sino que se limitó a describirla y a hacer algunas enumeraciones. En términos generales la ley estableció que la renta bruta comprende **ganancias, beneficios**, y rentas provenientes de salarios, jornales o **compensaciones** por servicios personales de cualquier clase y pagados en cualquier forma. Si hubiera sido la intención del legislador dar una definición restringida con respecto a las rentas que se vinculan al trabajo le hubiera bastado con decir que se consideran como tales las provenientes de salarios o jornales. Al agregar que toda otra ganancia y que todo otro beneficio fuera de salarios y jornales entra tam-

bién en la noción de renta bruta ha querido establecer un concepto ampliado sobre el particular. Esta noción de renta desvinculada del carácter de periodicidad aparece también en la descripción de la renta bruta que hace el mismo artículo respecto de la que provenga del «comercio o de ventas o de transacciones sobre propiedades raíces o muebles». Este criterio se refuerza en el mismo artículo cuando incluye como rentas las que provengan de «operaciones de cualquier clase de negocios, llevados a cabo con miras de lucro». Después de haber hecho esta descripción que se vincula al concepto de *plus valia* o balance, el artículo avoca la segunda teoría de las expuestas antes cuando dice que también se deben considerar como rentas las «provenientes de cualesquiera fuentes».

“De acuerdo con estas explicaciones ceñidas al texto fundamental sobre la renta bruta, se tiene que la legislación colombiana, como la norteamericana de la cual toma su origen, está configurada en forma ecléctica desde el punto de vista teórico, apoyándose simultáneamente en la teoría de la *plus valia* o del balance y en la teoría de las fuentes o cuentas de explotación. Pero este criterio híbrido se aplica no para restringir el concepto de renta sino para ampliarlo. En efecto, al analizar el artículo citado con los subsiguientes de la misma ley se encuentra que el primero establece como renta de manera general lo que le entra al individuo en el curso del año por cualquier causa. Esta es la tesis general con las excepciones que la misma ley señala. Por lo tanto lo que no está comprendido en las excepciones es renta.

“Las excepciones que trae la ley son las siguientes:

“1°—No son renta los capitales que hayan ingresado al patrimonio del contribuyente a título de donaciones, herencias, legados, fideicomisos, loterías o rifas. Estos capitales representan un aumento de patrimonio y solamente sus productos entran en la noción de renta.

“2°—Las ganancias de capital provenientes de negociaciones esporádicas de propiedades muebles o inmuebles cuando tales operaciones se lleven a efecto por personas o entidades que no tengan el negocio de comprar y vender, cambiar o disponer.

“2°—Tampoco se consideran rentas sujetas al gravamen las siguientes:

“a) Los intereses recibidos por depósito de caja de ahorros, cuando tales depósitos no excedan de tres mil pesos (\$ 3.000.00); si excedieren, pagarán por el excedente.

“b) Los intereses recibidos sobre bonos externos y otros títulos de deuda externa de la República de Colombia, de los Departamentos, de los Municipios o de otras entidades gubernamentales del país;

“c) Los intereses recibidos sobre los bonos o cédulas hipotecarias externas, de cualquier banco hipotecario colombiano; y

“d) Los intereses recibidos sobre los bonos o cédulas hipotecarias internas, emitidos por el Banco Agrícola Hipotecario”.

“4°—Las de las cajas de seguros para empleados u obreros y todas las de previsión social. (Ley 156 de 1936).

“En el caso de autos se tiene que el señor Carlos Villaveces Restrepo recibió como miembro de la Caja de Empleados del Banco de Colombia al liquidarse esta entidad una suma de dinero que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales considera como renta y no como aumento de patrimonio. Dicha Caja se creó para atender las pensiones y jubilaciones que se decretaron de acuerdo con sus estatutos a sus miembros que tenían que ser empleados del Banco de Colombia. No todo individuo podía pertenecer a dicha Caja pues para ser socio de ella era indispensable tener el carácter

de empleado del Banco de Colombia. De manera que cualquier suma que los empleados pudieran recibir de la liquidación de la Caja se explica como una compensación, ganancia o beneficio que se vincula a la situación económica jurídica de trabajadores al servicio del Banco de Colombia, lo cual se ratifica con el hecho de que esas distribuciones se hicieron en proporción con el sueldo de cada socio.

“Para poder escapar a la nomenclatura de la ley fiscal el actor debía demostrar que estaba comprendido dentro de una de las excepciones establecidas por la ley. Acontece que si se compara el beneficio recibido por el señor Villaveces Restrepo con las situaciones de excepciones que contempla la ley no se le puede hacer encajar en ninguna de ellas porque no se trata de un capital proveniente de herencia, ni de un legado, ni de una lotería, ni de una negociación de propiedad de muebles o inmuebles, ni de intereses de Caja de Ahorros, ni de títulos de deuda pública o cédulas hipotecarias exonerados del impuesto, ni el actor tiene el carácter de una institución de previsión social. No estando dentro de las excepciones, el beneficio recibido por el señor Villaveces es renta como justamente clasificó la Jefatura del Impuesto.

— III —

“Decadencia de la teoría de periodicidad en la renta fiscal

“La sentencia a que este salvamento de voto se refiere acepta la tesis del actor basada en el criterio de varios eminentes tratadistas colombianos de derecho fiscal. Se hacen allí las siguientes citas:

“El profesor Esteban Jaramillo, en su obra «La Reforma Tributaria en Colombia», se expresa así:

“Uno de los caracteres distintivos de la renta es que sea periódica, que venga como resultado del capital o del trabajo, o de ambos. Por consiguiente, las adquisiciones ocasionales de una vez, que tienen otro origen, no pueden considerarse como renta en el estricto sentido de esta palabra. Tal sucede con lo que se adquiere por donación, herencia, legado, hallazgo o especulación casual”.

“El doctor Carlos Lleras Restrepo, dice:

“Por renta de un individuo o de una colectividad se entiende el conjunto de aquellos bienes que el individuo o el total de los individuos adquieren normalmente, en una cierta unidad de tiempo, y que están disponibles para la satisfacción de sus necesidades o para la renovación de los bienes consumidos en dicha satisfacción. Con esta definición se distinguen las rentas de las entradas, porque hay algunas de ellas, como por ejemplo, las herencias, loterías, donaciones y hallazgos, que no tienen los caracteres de continuidad y de normalidad en la adquisición que singularizan la renta propiamente dicha.

“Igualmente cita la sentencia, los siguientes apartes de la exposición de motivos del Ministro de Hacienda y Crédito Público a los proyectos de ley actualmente en curso sobre derogación de excepciones al impuesto sobre la renta:

“Para precisar los fundamentos del nuevo arbitrio fiscal que se propone, es pertinente mencionar que en Colombia existe un impuesto que grava los beneficios, utilidades, provechos, enriquecimiento o rentas, con un impuesto diferencial, según se trate de rentas de trabajo, o de rentas mixtas o de capital, las primeras con aplicación de una tarifa única, y las

segundas con aplicación de dos tarifas, una principal (la de renta) y otra complementaria y adicional (la de patrimonio).

“Pero las rentas o beneficios no se gravan sino cuando, por tener una fuente **permanente y regular**, se reciben **periódicamente**, es decir, se renuevan por períodos anuales. Cuando falta esta condición de periodicidad del ingreso, aún cuando éste se traduzca en un verdadero enriquecimiento o utilidad, no está sujeto a gravamen sobre la renta, para no obrar inconsecuentemente con la naturaleza misma de este impuesto, establecido con **carácter periódico** (se trata de un impuesto anual) que lógicamente exige que la materia imponible sea asequible también periódicamente.

“Pero mirando el asunto desde otro punto de vista no puede negarse tampoco que los enriquecimientos o utilidades obtenidas, siquiera sea con carácter accidental, y con mayor razón las ganancias logradas sin esfuerzo del que las percibe, sino más bien al favor y como resultado de la acción imponderable de la comunidad en general, no solamente confieren **capacidad** para contribuir, sino que tratándose como se trata de **enriquecimientos no ganados**, como los llaman los ingleses, existen mayores motivos de justificación del gravamen....”.

“Los suscritos consejeros no desconocen la importancia y autoridad de los conceptos transcritos de los distinguidos tratadistas de derecho fiscal doctores Esteban Jaramillo, Carlos Lleras Restrepo y Francisco de Paula Pérez, pero se permiten disentir esas doctrinas que fueron clásicas en estas materias pero han sido modificadas en el curso de las últimas décadas tanto en la teoría financiera como en la legislación positiva.

“Los tratadistas nombrados dan de la renta la noción económica que Froing Fisher caracteriza como el valor de una determinada fuente de servicios” (The value of a given flow of services). La noción económica no debe confundirse con su noción fiscal que es distinta y tiene su base en una legislación positiva especial y en las normas propias a la ciencia financiera. Los autores norteamericanos sobre la materia se cuidan mucho de no confundir las dos nociones. Como quiera que la ley colombiana se inspira en la norteamericana conviene destacar el concepto que la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió respecto de la renta en el caso Macomber:

“Nada en la naturaleza de las cosas separa al capital propiamente dicho de los requisitos de la renta proveniente del capital. Desde el punto de vista práctico del sentido común, hay algo extraño en la idea de que un individuo puede enriquecerse indefinidamente sin ser sometido nunca al pago de un impuesto sobre la renta. (Magill, Roswell, Taxable Income, 1945, página 18).

“En este salvamento de voto se han transcrito los conceptos del profesor Laufenburger de la Universidad de París sobre la evolución que ha tenido el derecho positivo sobre la concepción de renta fiscal hasta llegarse a identificar en algunos países, como en Francia, con la noción de enriquecimiento. Esta teoría moderna sobre la renta no es exclusiva de Francia, ni de los Estados Unidos donde existe una doctrina híbrida sobre el particular, sino que se ha extendido a las nueve legislaciones de los países latinoamericanos, de las cuales se citan a continuación algunos textos:

a) **Legislación venezolana:** La ley normativa del impuesto sobre la renta en Venezuela expedida el 10 de julio de 1942, dice en su artículo primero así:

"Se crea un impuesto que pagará toda persona o comunidad por los **enriquecimientos** netos y disponibles que obtenga en virtud de actividades económicas realizadas o de bienes situados en Venezuela".

b) **Legislación mexicana:** La ley 31 de diciembre de 1941, dice en su artículo primero así:

"El impuesto sobre la renta grava las utilidades, ganancias, rentas, productos, provechos, participaciones, y en general, todas las percepciones en efectivo, en valores, en especie o en crédito que, por alguno de los conceptos especificados en esta ley, **modifiquen el patrimonio del causante**".

"Bastan las citas anteriores para observar que la evolución del concepto de renta de que antes se habló se viene generalizando y que en las últimas legislaciones latinoamericanas se le ha dado aplicación a la teoría del enriquecimiento o del balance o de la plus valía abandonando la vieja noción fiscal de la periodicidad del rendimiento. La definición mejicana que acaba de transcribirse tiene especial importancia por destacar de una manera tan rotunda la noción de renta como una «modificación del patrimonio del causante». La teoría de la periodicidad está en este texto mejicano totalmente desaparecida.

"Las definiciones de los expositores colombianos que antes se han transcrito, corresponden a un período superado ya del desenvolvimiento de las teorías fiscales sobre la renta. Si tan ilustres tratadistas volvieran a analizar la materia en los presentes momentos sin duda sus definiciones tendrían una modificación substancial sobre los que dijeron o escribieron hace ya algunos años. La definición del doctor Esteban Jaramillo sobre la renta fue justa cuando en Colombia imperaba la ley 56 de 1919, en la cual el impuesto estaba configurado sobre la base de tres cédulas así:

"Cédula A.—Renta que provenga únicamente del capital.

"Cédula B.—Renta proveniente del capital combinado con la industria del hombre.

"Cédula C.—La renta proveniente sólo de la industria o del trabajo.

"Dentro de un sistema cedular basado en la distinción clásica entre rentas provenientes de capital, de trabajo y de los dos factores combinados, es claro que el profesor Jaramillo diera una definición de la renta ceñida al criterio tradicional de la fuente de proveniencia y de la periodicidad. Pero este criterio, que fue justo en su época, no se puede aplicar en la actualidad en que rigen las disposiciones de la ley 78 de 1935 que ratificó el abandono del sistema cedular y la adopción de un sistema impositivo que se vincula a los modelos norteamericanos donde el concepto de la renta, como se ha demostrado con las citas procedentes, no se base en el criterio exclusivo de periodicidad sino que se apoya también en la noción del enriquecimiento llamado igualmente de la plus valía o del balance.

"Respecto al respaldo que la sentencia alega en las citas del actual Ministro de Hacienda y Crédito Público doctor Francisco de Paula Pérez, los consejeros firmantes de este salvamento de voto manifiestan que dicha brillante disertación está construída sobre la creencia equivocada de que la legislación colombiana se inspira en el criterio de la periodicidad y de la fuente de proveniencia de la renta. Resta examinar los proyectos presentados por el señor Ministro a las Cámaras Legislativas para apreciar de que se trata simplemente de eliminar las exoneraciones del impuesto sobre la renta en caso de ganancias ocasionales de capital por operaciones comerciales sobre inmuebles y muebles, y en el caso de ganan-

cias provenientes de premios de loterías. El señor Ministro enfocó en su exposición de motivos más que todo el concepto de los tratadistas de derecho fiscal colombiano que la descripción positiva de la renta que trae la ley 78 de 1935. Esta confirmación se refuerza recurriendo a lo que podría llamarse la jurisprudencia de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, oficina cuyos técnicos especializados en la materia dijeron en Resolución número R-10009 H. de 30 de junio de 1941, lo siguiente:

“La valorización acusada de un año para otro, que no proviene de donaciones, herencia, legados, fideicomisos, loterías o rifas, es renta y como tal sujeta al impuesto. Ese incremento es la medida de la capacidad contributiva del interesado en el año gravable. Las declaraciones de uno y otro año fueron rendidas bajo la gravedad del juramento; los bienes que posee no son susceptibles de aumentar su valor nominativamente; es decir, no sufren valorizaciones artificiales, desde el momento en que se computen en la misma unidad monetaria y los factores que entran en su justiprecio son los mismos. Por tanto, la Jefatura debe tener como renta gravable del contribuyente en mención la diferencia patrimonial anotada”.

“El mismo despacho emitió el 11 de marzo de 1939 el siguiente concepto:

“Los sobresueldos, primas, bonificaciones, auxilios de enfermedad o cesantía, que paga una persona natural o jurídica a un empleado, constituyen renta gravable para éste, por ser una compensación por servicios prestados, derivadas de un derecho legítimo, sea que exista contra o no. Estos pagos no son hechos a título gratuito y no constituyen donación, porque por medio de ellos no se trata de hacer un regalo a persona que no ha prestado servicio alguno, sino que, precisamente, su causa es el trabajo prestado por el empleado”.

“Podría hacerse otras citas para demostrar que la Jefatura del Impuesto dependiente del Ministerio de Hacienda, tiene un criterio interpretativo de la ley 78 de 1935 que no es exactamente el mismo expuesto por el señor Ministro en la exposición de motivos a que se refiere la sentencia comentada. El Consejo de Estado conoce frecuentemente de resoluciones de esa entidad en que trata de aplicar la teoría más extrema del balance considerando como renta los aumentos de patrimonio que arrojen los inventarios siempre que no se demuestre que están exonerados del impuesto como los premios de lotería, por ejemplo.

Conclusión

“Por todo lo expuesto se concluye que la noción de renta en la legislación fiscal colombiana para efectos del impuesto respectivo está configurada simultáneamente sobre las dos teorías que existen al respecto: la primera denominada teoría del enriquecimiento o del balance o también de la plus valía; y la segunda denominada teoría de la periodicidad, o de las fuentes de origen o también de la cuenta de explotación. De conformidad con la ley colombiana existe el principio general de que toda ganancia es renta excepto aquellas que la ley exonera taxativamente como los beneficios provenientes de la venta ocasional de sueldos o inmuebles. De conformidad con este criterio correspondía al actor demostrar que su ganancia está exonerada del pago del impuesto sobre la renta de conformidad con las excepciones legales. Esta demostración legal no podría prosperar en este caso porque la compensación o beneficio recibido por el mandante no se encuentra en ninguno de los casos de excepción que taxativamente enumera la ley.

“Finalmente, debe decirse que si la sentencia exceptúa esa ganancia del pago del impuesto sobre la renta, al menos ha debido incluirla como un aumento de patrimonio, no es posible que un enriquecimiento se evada totalmente de la carga impositiva que tiene por base la capacidad económica del contribuyente”.

De conformidad con el razonamiento anterior para que la excepción de error numérico presentada en este ejecutivo pudiera prosperar se requeriría que la ley hubiera incluido entre las excepciones al impuesto sobre la renta, los aumentos de capital provenientes de remisión de deudas.

Se advierte además que dentro de la legislación colombiana existe un solo impuesto sobre la renta aplicado sobre la materia gravable en forma trifásica: renta propiamente dicha, patrimonio y exceso de utilidades. Lo principal es la renta, y el patrimonio no entra dentro de las bases del impuesto sino de una manera adicional o suplementaria con el propósito de que las cargas fiscales sean mayores sobre las ganancias provenientes de capital que sobre las ganancias provenientes del trabajo.

Decisión

En virtud de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Fiscal y de acuerdo con él, declara no probadas las excepciones propuestas en el presente juicio.

Cópiese por la secretaría la declaración de renta que remitió el expediente con carácter devolutivo el auditor de impuestos nacionales con nota de 26 de agosto de 1946, y devuélvase al despacho de origen ese original.

Cópiese esta sentencia, notifíquese y devuélvase el expediente.

Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Hernández Rodríguez — Guillermo Neira Matéus—Gonzalo Gaitán—Con salvamento de voto, Jorge Lamus Girón—Con salvamento de voto, Justo Franco V.—Con salvamento de voto, Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DE ESTADO,
DOCTORES GUSTAVO A. VALBUENA, JUSTO FRANCO V.
Y JORGE LAMUS GIRON

En la sentencia que declara no probadas las excepciones propuestas por el doctor Gerardo Restrepo Ramírez, en el ejecutivo que le adelanta la Nación por concepto del Impuesto de Renta y sus complementarios, referentes al año gravable de 1942, los suscritos Consejeros salvamos nuestro voto, por las siguientes razones:

1ª—La excepción de error de cuenta propuesta por el ejecutado se dirige a corregir el error de liquidación del impuesto en que incurrió, en concepto del excepcionante, la Oficina liquidadora, y la hace consistir, en síntesis, en lo siguiente: "... Se computó, —dice— como capitalización al patrimonio y como renta por el suscrito en el año gravable de 1942, la cantidad de trece mil ciento diez y seis pesos con dos centavos, deduciendo un impuesto de \$ 408.30".

Pero es el caso que la Administración liquidó el impuesto y el excepcionante-contribuyente, asistió a ella, puesto que no hizo uso del recurso pertinente ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, ni acudió, tampoco, en consecuencia, a la acción de revisión de la operación administrativa consagrada en los artículos 271 y 272 del Código de Procedimiento Administrativo.

Es sabido que en materia de impuestos, el recurso ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, es la última etapa del proceso formativo de la obligación tributaria ante la propia Administración, y que una vez agotado queda al contribuyente el de revisión de la operación administrativa ante la jurisdicción contencioso administrativa, mediante el procedimiento especial indicado en los artículos ya citados de la ley 167 de 1941. Agotados estos recursos, concedidos para corregir los errores de liquidación, se considera terminada la discusión sobre ellos, sin que el debate pueda revivirse por medio del incidente de excepciones.

Las excepciones en el juicio ejecutivo se encaminan a discutir la existencia de la obligación tributaria, a obtener que se declare extinguida si alguna vez existió, pero en manera alguna, a corregir errores de liquidación o de cuenta, que es precisamente lo que busca el ejecutado en el juicio ejecutivo de que tratan los autos. Además, el proceso ante la Administración, y el recurso de revisión de la operación de liquidación, cierran definitivamente la resolución de las controversias referentes a cuestiones de hecho, que no son simples errores aritméticos o de cálculo —correctibles en cualquier tiempo—, sino que son también relativas a la inclusión en una cuenta de partidas indebidas, o sobre las cuales no hay una obligación clara de pagarlas, sólo puede discutirse por los procedimientos ya mencionados.

Por otra parte, la liquidación de la Administración, en materia de impuestos, es el fundamento para los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, cuando son actos ejecutoriados; y esto sucede, bien porque se hayan dejado pasar los términos para la interposición de los recursos, o porque se haya operado la prescripción de tres meses de que trata la ley 167 de 1941, o porque surtidas las instancias el acto haya quedado en firme, o también porque así haya sucedido con la providencia de la jurisdicción contencioso-administrativa referente a la revisión de la liquidación del impuesto.

Resulta, por consiguiente, que no son admisibles las defensas del ejecutado, por medio del incidente de excepciones, cuando ellas se fundan en cuestiones de hecho que fueran resueltas ante la propia Administración,

o por vía de revisión ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o que dejó de revisarse por el abandono del interesado que omitió proponer en la debida oportunidad tales recursos. En el incidente de excepciones, en el juicio ejecutivo, sólo pueden discutirse aquellas cuestiones que por naturaleza misma de la defensa no pudieron ser propuestas ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, ni apreciadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, por vía de revisión, como por ejemplo, la extinción de la obligación, la ineficacia del título, pago de la obligación, etc.

2ª---La sentencia declara **no probadas** las excepciones, sin examinar la situación que se deja sintetizada en este salvamento, sin definir si está o no demostrado el error de cuenta; dicha providencia, mediante un estudio, muy interesante llamado allí mismo "General y Teórico", tiende a consagrar, como de la Corporación, una jurisprudencia desarrollada sobre la causa de la obligación tributaria, pero sin tocar, como ya se dijo los motivos que el actor alega en su excepción.

En efecto, la mencionada sentencia se refiere al concepto de renta en la legislación colombiana y en algunas extranjeras, a la decadencia de la teoría de la **periodicidad** de la renta fiscal, pero tales cuestiones tienen poco que ver con la **excepción de error de cuenta**, propuesta como tal por el ejecutado, y en el mencionado estudio, como queda dicho, no se demuestra que no hubo error de cuenta, ni si era el caso o no de admitir la excepción, tratándose, como se trata, de cuestiones de hecho.

3ª---El ejecutado, alegó en el escrito de excepciones, lo siguiente: "...En la declaración de renta de 1941, hice figurar un pasivo a mi cargo por la cantidad de \$ 14.866.02, porque ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, me cobraba en tres juicios ejecutivos propuestos contra mí por el doctor Roberto Restrepo, la mencionada cantidad. Como se trataba de derechos litigiosos de eventuales resultados, hice figurar ese pasivo a mi cargo, como lo era natural y él se deducía del monto del capital denunciado. Ya a mediados del año de 1942, esos juicios fueron desistidos en el juzgado por el interesado, no recuerdo si a fines de dicho año".

"Ya en la declaración de renta del año de 1942, no hice figurar ese pasivo, por sustracción de materia, como lo era natural tratándose de un desistimiento del actor, en el cual yo no recibía beneficio pecuniario directo, ni dinero en efectivo, sino simplemente que desaparecían unos créditos litigiosos".

Sobre este punto, acogemos la jurisprudencia sentada por la Corporación, por unanimidad de votos, en sentencia de fecha veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, de la cual fue ponente el doctor Tulio Enrique Tascón. Dice en la parte pertinente:

"De conformidad con el artículo 1º de la ley 78 de 1935, sustitutivo del 1: de la ley 81 de 1931, la renta gravable comprende sólo la proveniente del trabajo personal y las utilidades producidas por el capital, esto es las «ganancias, beneficios y rentas provenientes de salarios, jornales o compensaciones por servicios personales de cualquier clase y pagados en cualquier forma, o de profesiones, oficios, ocupaciones, (renta de trabajo que llamaba la ley 81 de 1931, negocios, comercio o de ventas o transacciones sobre propiedades raíces o muebles (renta de capital y trabajo combinados), así como también de intereses, arrendamientos, dividendos, (renta de capital), seguridades u operaciones de cualquier clase de negocios llevados a cabo con miras de lucro».

"La parte siguiente del artículo no grava los ingresos obtenidos a título gratuito, como son las «donaciones, herencias, legales, fideicomisos,

loterías o rifas», sino solamente los réditos o utilidades producidos por los capitales así obtenidos, es decir, «las rentas provenientes de capitales que hayan ingresado al patrimonio del contribuyente a título de donaciones», etc.

“La remisión de una deuda, o parte de ella, que es el caso de la sociedad colectiva, Germán Cubillos y Compañía con The Royal Bank of Canada, no es pues, una renta gravada con el impuesto sobre la renta; los artículos 1711 y 1712 del Código Civil enseñan que la remisión o condonación de una deuda, cuando procede de mera liberalidad está en todo sujeta a las reglas de donación entre vivos, y en este orden de ideas, el artículo 98 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de la ley 78, ordena al liquidador que, a falta de declaración del contribuyente, los créditos nominales se apreciarán por su valor nominal, agregando: «Tanto los créditos hipotecarios como los personales, podrán estimarse por un valor inferior al nominal, cuando el contribuyente demuestre satisfactoriamente que han sufrido un demérito efectivo, **bien por rebajas voluntarias concedidas por el acreedor, o por insolvencia absoluta o relativa del deudor...**».

“Y el artículo 22 del mismo decreto preceptúa que la cancelación total o parcial de una deuda sólo se considera como utilidad cuando se compensa por servicios o cuando se negocia con la propia deuda”.

“Hay más todavía: en el caso de autos la rebaja de la deuda, no se puede tomar en consideración independientemente de la operación realizada entre la Compañía y el Banco, que fue en primer término, un préstamo para la construcción del Edificio Cubillos, y luego, la venta del edificio para el pago de la mayor parte de la deuda insoluta, lo que significa que la rebaja de parte considerable del crédito no constituye una renta propiamente dicha sino una disminución de la pérdida sufrida por la Compañía en las operaciones de construcción y venta del Edificio Cubillos; pero aún en el supuesto de que estas operaciones hubieran producido una utilidad, ésta no sería gravable con el impuesto sobre la renta, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1º de la ley 78 de 1935 citada, porque la sociedad no ejercía la profesión habitual de la edificación y compraventa de edificios”.

“De todo lo expuesto, se deduce que el gravamen liquidado a cargo del señor Germán Cubillos sobre la cuota con que fue favorecido en la rebaja del crédito del Banco a cargo de la Compañía de que era socio, constituye un error de cuenta, y en consecuencia, deberá declararse probada la excepción fundada en la errónea aplicación que se ha hecho de las disposiciones legales sobre liquidación del impuesto sobre la renta”.

Por lo demás, el mencionado estudio teórico del Honorable Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez, ya había sido discutido y rechazado como jurisprudencia por la corporación, y figura como salvamento de voto en alguna sentencia sobre impuestos, como allí mismo se expresa, y del cual nos apartamos también en esa oportunidad, por las razones que constan en esa providencia.

Estas son algunas de las razones que habrán de servir para justificar nuestros dissentimiento de las emitidas en la sentencia a que nos referimos, acogidas por tan ilustrados Consejeros.

Justo Franco V.—Gustavo A. Valbuena—Jorge Lamus Girón—Luis E. García V., Srio.

AUTORIDADES NACIONALES

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez)

Consejo de Estado. — Bogotá, veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

El abogado José Luis Trujillo Gómez, con poder que le confirieron la Naviera Colombiana, la Compañía de Navegación Santander, la Empresa de Navegación Marvásquez, y la Empresa de Vapores Julio Montes, presentó demanda de nulidad, el día 21 de septiembre de 1945, contra las siguientes providencias del Ministerio de Obras Públicas:

I. — *Resolución número 149 del 23 de julio de 1945*, por la cual la Dirección de Transportes y Tarifas exceptúa de los turnos establecidos para las Empresas de Navegación Fluvial, a las Compañías o Empresas a las cuales les hayan sido otorgadas las ventajas que la ley concede a las instituciones de utilidad pública.

II. — *Telegrama número 4-1112 de 27 de julio de 1945*, dirigido por el Ministerio de Obras Públicas a las intendencias fluviales manifestándoles que conforme al artículo 7º de la ley 20 de 1944, la Compañía Nacional de Navegación está exenta de toda contribución y que por lo tanto no debían cobrarle derechos de muelle, ni exigirle papel sellado, ni timbres como a las demás empresas.

El actor fundó su demanda así:

“En derecho fundamos la demanda de nulidad en los artículos 82 y siguientes del C. C. A. por ser los actos acusados, como lo hemos expuesto en la primera parte de este libelo, ilegales e inconstitucionales toda vez que violan la ley 4ª de 1920, la ley 20 de 1944, los Decretos citados en la primera parte de este escrito y en especial el Decreto Legislativo número 2313 de 1943, los artículos 27, 28, 69 y concordantes de la Constitución Nacional”.

La anterior demanda fue admitida por auto de 15 de noviembre de 1945.

- I -

Suspensión provisional

Comoquiera que el demandante solicitara la suspensión provisional de los actos acusados, el consejero ponente en el mismo auto antes mencionado dispuso lo siguiente:

“Decrétase la suspensión provisional de la Resolución número 149 de 1945, emanada de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, “por la cual se adiciona el numeral 6º, y aparte XI, del artículo 1º de la Resolución número 162 de 1944, y que fue aprobada por el señor Ministro de Obras Públicas el 23 de julio de 1945;

“6º Niégase la suspensión provisional del telegrama número 4-1112 de 27 de julio último, dictado por el Ministro de Obras Públicas”.

- II -

Planteamiento de la controversia jurídica

Con el propósito de presentar claramente los distintos puntos de vista presentados en esta controversia jurídica, se insertan a continuación

los actos acusados y se presentarán de manera sintética los principales argumentos aducidos por el demandante abogado José Luis Trujillo y por el señor fiscal del Consejo de Estado.

A) — Los actos demandados

El texto de los actos demandados es el siguiente:

a) — La Resolución

“Resolución número 149 de 1945 (julio 23), por la cual se adiciona el numeral 6º, aparte XI, del artículo 1º de la Resolución número 162 de 1944. El Director Nacional de Transportes y Tarifas, en uso de sus atribuciones legales, Resuelve: Artículo 1º Adiciónase el numeral 6º, aparte XI, del artículo 1º de la Resolución número 162 de 1944, incluyendo en las excepciones del turno obligatorio, los buques de las Compañías o Empresas a las cuales les hayan sido otorgadas las ventajas que la ley concede a las instituciones de utilidad pública. — Artículo 2º Esta Resolución requiere, para su validez, de aprobación por el Ministro de Obras Públicas y empezará a regir al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial*.—Publíquese y cúmplase.—Dada en Bogotá a 23 de julio de 1945.—El Director Nacional de Transportes y Tarifas, *Hernando Salazar R.*—El Secretario Abogado, *Policarpo Gutiérrez*. — Aprobada el 23 de julio de 1945.—El Ministro de Obras Públicas, *Alvaro Díaz S.*”

b) — El telegrama

“República de Colombia—Ministerio de Obras Públicas—Telegrama número 4-1112—Bogotá, julio 27 de 1945 — Fluvial — Conformidad artículo séptimo (7º) ley veinte (20) año pasado, Compañía Nacional Navegación está exenta toda contribución. Consecuencia no deben cobrarle derechos muelle ni exigirle papel sellado, timbres, como demás empresas.—*Minobras*—(Firmado) *Alvaro Díaz S.*—Igual a: Termarít, Intendente Fluvial, Barranquilla; Intendente Fluvial, Cartagena; Fluvial Puerto Salgar, Dorada, Berrío, Barranca, Wilches, Gamarra, El Banco, Magangué, Calamar y Girardot, ra/cdc. JBA.”

B) — Argumentos jurídicos del demandante

Dice en su alegato de conclusión el abogado Trujillo Gómez:

“...que la Resolución 149 acusada, crea un monopolio de hecho a favor de la Compañía Nacional de Navegación, pues la empresa que en el río Magdalena no esté sometida a turnos, eliminará, en más o menos corto tiempo, a las restantes por una ley de gravitación económica ineludible. Viola por consiguiente dicha Resolución no tan sólo las leyes y decretos que reglamentan los turnos, y el artículo 27 de la Constitución Nacional, sino también el artículo 6º de la Ley 27 de 1888 que prohíbe el funcionamiento de sociedades anónimas ‘contrarias a las buenas costumbres, el orden económico y a las prescripciones legales, así como aquellas que no versan sobre un objeto real y de lícita negociación, o que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de la industria’.

“Me permití aducir en la demanda inicial de esta acción la jurisprudencia contenida en las sentencias del H. Consejo de Estado de fecha 25 de junio de 1937 y 4 de marzo de 1941 (*Anales* 235 a 262, pág. 560; y

Anales 1938 a 1942, pág. 91), sobre la diferencia que existe entre impuestos y contribuciones, de una parte, y tasas de otra, para demostrar que el servicio de muelles, impropriamente denominado "impuesto" de muelles, es una tasa que no pudo quedar comprendida en la exención que el artículo 7º de la Ley 20 de 1944, otorgó a favor de la Compañía Nacional de Navegación. Aquellas sentencias del H. Consejo son más que suficientes para llevar al ánimo del señor Magistrado la más completa convicción acerca de que el cobro por servicio de muelle no es ni impuesto, ni contribución, sino tasa. La Ley 20 de 1944 eximió de impuestos y contribuciones nacionales, departamentales y municipales a la Compañía Nacional de Navegación y no dijo que quedaba también exenta del pago de servicios y tasas; luego la interpretación que el Ministerio de Obras Públicas dio en el telegrama acusado a este artículo es abierta y claramente ilegal.

"Que la expresión "contribución" no comprende el pago de servicios o tasas, aparece evidente si se considera que los artículos 29, 96, ordinal 2º, 201 y 205 de la Constitución Nacional han dado a dicha expresión un significado idéntico, similar o sinónimo de "impuesto" y no de "tasa".

"Por ejemplo, el artículo 201 de la C. N. dice: "Ninguna *contribución indirecta* ni aumento de impuesto de esta clase empezará...". Como es absurdo pensar que pueda existir una *tasa indirecta*, la expresión transcrita de la Constitución indica que nuestro legislador usa la palabra "contribución" en sentido opuesto al de tasa. Si la constitución le da ese significado la ley no puede darle otro distinto.

"Pero supongamos, en gracia de discusión, que la Ley 20 de 1944 en su artículo 7º hubiera exceptuado *expresamente* a la Compañía Nacional de Navegación no solamente de impuestos y contribuciones, sino también del pago de tasas y servicios. Aun en tal hipótesis estaría el H. Consejo de Estado en la obligación de aplicar preferentemente el artículo 27 de la C. N., según lo preceptúa el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, ya que el artículo 7º de la Ley 20 de 1944 crearía un monopolio de hecho a favor de la Compañía Nacional de Navegación, monopolio que, como lo han declarado la Corte Suprema de Justicia y el H. Consejo de Estado en los fallos transcritos en la demanda, es tan inconstitucional y violatorio del artículo 27 de la Carta, como el monopolio creado abierta y directamente por la ley. De consiguiente, habría de anularse el acto administrativo acusado por violatorio de la Carta Magna, sin que valiera afirmar, en la hipótesis que contemplamos, que dicha actuación administrativa encontraba respaldo o fundamento en el artículo 7º de la Ley 20 de 1944, ya que al Juzgador le está vedado dar aplicación a disposiciones abiertamente inconstitucionales, como lo sería aquella que creara un monopolio de hecho con la navegación del Magdalena a favor de una sociedad mercantil como la Compañía Nacional de Navegación, monopolio que surgiría ineludiblemente de la exención del pago de los servicios y tasas a que están obligadas las restantes empresas.

"

"Visto todo lo anterior y existiendo la disposición constitucional del artículo 27 que prohíbe los monopolios, sean ellos directos o indirectos, de hecho o de derecho, y existiendo la Ley 27 de 1888 y la jurisprudencia de la Corte sobre monopolio de hecho, no cabe duda alguna de que el artículo 7º de la Ley 20 de 1944 es inaplicable por inconstitucional, ya

que por medio de tal disposición se busca crear un monopolio de hecho en la navegación del río Magdalena a favor de una sociedad anónima de carácter mercantil denominada Compañía Nacional de Navegación. De consiguiente, la providencia administrativa acusada, que no encontraría respaldo sino en el citado artículo, en el caso de que él eximiera también a dicha Compañía de tasas y del pago de servicios, debe ser declarada nula por inconstitucional, como lo espero con fundamento en las precedentes consideraciones y en las consignadas en la demanda inicial de esta acción”.

C) — Argumentos del señor Fiscal

El señor Fiscal de la Corporación, presenta una serie de argumentos cuya parte esencial está contenida en los párrafos que a continuación se insertan.

a) Naturaleza jurídica de la Compañía Nacional de Navegación:

Sobre el particular dice el señor Fiscal:

“Tanto tratándose de Corporaciones Administrativas Autónomas como de asociaciones e instituciones de derecho público, a más de que el Estado les confiere el derecho soberano de potestad imperativa, para que puedan obrar con prerrogativas de autoridad, les otorga, a menudo, subsidios, subvenciones, privilegios o dotaciones que son las más de que dispone el Estado creador y que se consideran indispensables para el desempeño de la función pública que se les asigna.

“Del artículo 10 de la Ley 20 citada se desprende con la mayor claridad la naturaleza de la Compañía Nacional de Navegación, de acuerdo con el cual se establece que la forma anónima de la Compañía no le da un carácter de sociedad mercantil, sino que es un medio para regir los destinos de esa nueva institución pública. Así vemos que el inciso segundo de dicho artículo dice lo siguiente: “los estatutos y sus reformas, deberán ser aprobados por decreto ejecutivo y protocolizados en una de las Notarías de Bogotá”.

“De manera que no es un acuerdo de voluntades el que da nacimiento a la persona jurídica de la Compañía, sino es la voluntad soberana del Estado y de la ley que le confiere independencia para el manejo de los negocios que pone a su cuidado, adoptando una forma de sociedad anónima la creación del ente jurídico se debe al contrato de asociación que se celebra por escritura pública; y en el caso de la Compañía Nacional de Navegación, es el Estado que por medio de sus Ministros elabora sus estatutos y ordena protocolizarlos en una Notaría, para hacer pública su organización.

“Resulta de aquí que la Compañía Nacional es en su soberanía y dentro de los límites de su organización, el propio Estado Nacional que le transmitió el derecho soberano de su potestad imperativa para el desempeño de una función pública.

“Como conclusión del anterior estudio se deduce lo siguiente: La Compañía Nacional de Navegación, no tuvo su nacimiento en un contrato de sociedad propiamente dicho, sino en una orden imperativa de la Ley 20 de 1944, que le dio vida, que determinó las personas que debían formar la Compañía y que delegó en el Gobierno la facultad de con-

sagrar su organización mediante decreto ejecutivo que aprobara los estatutos; dicha Compañía ejerce la misma potestad imperativa del Estado que la creó, en el desempeño de sus funciones; administra bienes que son directa o indirectamente del Estado; goza de las prerrogativas que pertenecen al mismo Estado en el ejercicio de sus funciones, tales como exención de contribuciones e impuestos, que recibió a manera de subsidios, dotaciones, o subvenciones que son de uso frecuente y necesario en esta clase de instituciones. En una palabra, la Compañía, como antes lo dije, es el propio Estado que opera en forma de Corporación Administrativa Autónoma o de institución de derecho público.

"No vale el argumento del actor sobre que la Compañía Nacional de Navegación no puede considerarse como una "institución de utilidad común", pues éstas se definieron en el artículo 1º de la Ley 93 de 1938 y son bien diferentes de las "asociaciones o instituciones de derecho público.

".....
 "b) Las violaciones de la Ley 4ª de 1920. Después de transcribir los artículos 4º y 5º de la citada ley, dice el fiscal:

"Ante todo debe observarse que los artículos acabados de copiar se refieren exclusivamente al turno para el transporte de los distintos grupos de carga, ya sea ella de propiedad de particulares o de las mismas empresas públicas. La ley quiso que los transportadores no pudieran hacer a un cliente de mejor condición que a otro, y de ahí que estableciera la facultad de consagrar turno riguroso para el transporte de la carga.

"En cambio, la Resolución 149 acusada, trata del turno en la *salida* y *entrada* de los barcos, cosa bien diferente de lo que quiso reglamentar la Ley 4ª de 1920.....".

"Esto si se tratara de los turnos para el transporte de las distintas mercaderías, que es a lo que se refiere la Ley 4ª de 1920. Pero como antes lo dije, la Resolución acusada no se refiere a los turnos en el transporte de mercaderías, sino a los turnos en la salida de los barcos, para los cuales el Gobierno dispone de plena libertad, atendidas las diversas circunstancias que se presentan en el uso de sus puertos y muelles. La Ley 4ª de 1920 no establece los turnos en la salida de los barcos, ni restringe la facultad del Gobierno para establecerlos en los muelles que son de su propiedad, y que administra como bienes públicos.

".....
 "c) Exoneración de Impuestos y Contribuciones. Sobre este problema el señor Fiscal se declara de acuerdo sobre la clasificación que en repetidos fallos ha hecho el Consejo sobre las exacciones trifurcadas en impuestos, contribuciones y tasas. Después de transcribir algunas citas de Frits Fleiner sobre el particular dice el señor Fiscal:

"De manera que según el concepto antes expresado, las contribuciones se cobran o bien para atender a la instalación de una obra por medio de un establecimiento público, o bien para sufragar los gastos de su conservación. Cuando de tasas se habla, el Estado cobra la remuneración por un servicio público, como el alumbrado, aseo, acueducto, etc.

"En el caso de autos, se trata de los derechos que se cobran a los usuarios del muelle en los puertos que son de propiedad del Estado. Tales derechos corresponden a las necesidades de conservación y ensanche de ese establecimiento portuario, y su pago recae sobre las personas que usan de los muelles con sus barcos.

“Síguese de aquí que los derechos de muelle representan no una tasa sino una contribución, pues los muelles constituyen un establecimiento público del Estado para el servicio de los navegantes. Los servicios públicos de que habla el demandante son un tanto diferentes porque se refieren a empresas que ordinariamente se explotan por los particulares y que por una u otra circunstancia son del Estado en algunas ocasiones. Esos servicios son los de agua, luz, teléfonos, etc. En cambio los puertos no pueden considerarse sino como bienes de uso público que casi siempre administra el Estado y cuya construcción y conservación están a su cargo.

“De manera que el artículo 7º de la Ley 20 de 1944 al consagrar la exención de impuestos y de “toda clase de contribuciones”, libertó a la Compañía Nacional de Navegación del pago de los “derechos de muelle”. La orden telegráfica está, pues, ajustada a la ley, y mientras ésta no haya sido declarada inexecutable dispone de toda fuerza obligatoria. Hay más, la expresión “toda clase de contribuciones”, está diciendo que con ella el legislador quiso libertar a la Compañía de cargas donde pudiera haber duda de la naturaleza de la exacción. “La intención del legislador de libertar a la Compañía de las cargas que en el mismo desempeño de su función corresponden a los particulares, liberación que hace a manera de subvención o subsidio, se deduce del texto del artículo 12 de la Ley 20 de 1944, donde autoriza al Gobierno para conceder a *título gratuito* el uso de los puertos de la República que pertenecen a la Nación. Y es claro que con mayor razón puede liberar a la Empresa del pago de los derechos de muelle, que es una de las maneras de usar de los puertos de la República”.

- III -

Estudio del problema jurídico de fondo

El problema controvertido en este juicio se refiere fundamentalmente al carácter jurídico que pueda tener la Compañía Nacional de Navegación. Ante todo, y como cuestión previa debe analizarse si dicha Compañía constituye o no un establecimiento público. Analizado este problema se podrá establecer con claridad, dentro de la reglamentación general de los establecimientos públicos, si la Compañía Nacional de Navegación está exonerada o no del pago de toda clase de exacciones.

En seguida, se podrá investigar mejor si las prerrogativas de los establecimientos públicos pueden ser de tal naturaleza y amplitud que entraben el funcionamiento tradicional de Empresas de capital privado pero que intervienen en el servicio público de transporte, como por ejemplo las de navegación fluvial que la Ley 4ª de 1920 caracteriza en su artículo 2º como “Empresas públicas de transportes”.

- IV -

Naturaleza jurídica de la Compañía Nacional de Navegación

La ampliación de las actividades del Estado moderno lo conduce a renovar sus procedimientos para la prestación de los servicios públicos. En la actualidad la prestación de esos servicios públicos por parte del Estado puede hacerse bajo seis modalidades, a saber:

- 1º Servicios públicos prestados por administración directa.
- 2º Servicios públicos prestados por administración delegada.

- 3º Servicios públicos prestados bajo la forma de establecimientos públicos.
- 4º Servicios públicos prestados por intermedio de instituciones de utilidad común.
- 5º Servicios públicos prestados mediante concesiones de servicios públicos.
- 6º Servicios públicos prestados mediante el procedimiento de organización de Empresas de economía mixta.

Los establecimientos públicos fueron organizándose de manera lenta dentro del derecho público y la verificación de su existencia y el estudio de sus características, ha sido más que todo una obra teórica de carácter jurisprudencial. En la actualidad la ampliación de los servicios públicos determina que al lado de los establecimientos públicos propiamente dichos, vengán surgiendo algunos organismos que profesores de derecho administrativo como Mestre y Waline, consideran como una categoría no identificada, y cuyo estudio no ha sido realizado hasta el momento.

En la legislación colombiana aparece la creación de instituciones públicas como la Universidad Nacional y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, pero no existe un estatuto especial que defina y diga cuál es la naturaleza y las características generales de dichos establecimientos. En cambio, para las instituciones de utilidad común, se tiene que la Ley 93 de 1938 en su artículo 1º dio una definición de su naturaleza, así:

“Para los efectos del presente artículo se entiende por instituciones de utilidad común todas aquellas entidades que destinan un patrimonio determinado a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro”.

No existiendo un estatuto general orgánico sobre los establecimientos públicos, sus características generales deben deducirlas de las leyes que han dado vida a algunas de esas personas administrativas, y teniendo en consideración la tesis jurisprudencial y la doctrina de los tratadistas.

A) —La doctrina

Los tratadistas de derecho público conciben esta clase de establecimientos como personas administrativas descentralizadas.

Así por ejemplo, el profesor Waline, en el estenograma de su curso dictado en la Universidad de París en el presente año de 1946, dice así:

“Los establecimientos públicos se distinguen de la comuna y del departamento por su especialización en una tarea determinada según el acto de su fundación. Se puede definir el establecimiento público como una persona administrativa descentralizada encargada de dirigir un servicio público determinado o a lo más un grupo de servicios conexos. Ejemplos de establecimientos de servicios públicos: un liceo, por ejemplo, o un centro de comercio. El establecimiento público es una persona en el sentido jurídico de la palabra, lo que equivale a decir que es un sujeto de derecho. Se trata por lo tanto de una persona administrativa, lo cual lo distingue de los establecimientos de utilidad pública (común) que a pesar de su objetivo de interés general conservan siempre su carácter de organismos privados”.

Esta distinción fundamental entre los establecimientos públicos y las instituciones de utilidad común determina que la actividad de los primeros se rige por el derecho público y la de las segundas por el derecho privado.

Los tratadistas colombianos no discrepan en este concepto doctrinario francés sobre el establecimiento público.

En su *Tratado de Derecho Administrativo* el profesor Castro Martínez, da sobre el particular la siguiente definición:

"Un establecimiento público es un servicio público con personería jurídica y autonomía técnica, políticamente dependiente del Estado. En esta definición se encuentran tratadas las tres condiciones esenciales, o sean: la supremacía del Estado para determinar todo lo relativo a la satisfacción de las necesidades generales mediante procedimientos que someten el interés individual al interés colectivo; la personería jurídica para poder administrar y disponer de un patrimonio según las conveniencias del servicio; y, por último, la autonomía técnica, que es la condición primordial para asegurar la eficacia del servicio público así creado". (Castro Martínez, página 163).

En su curso de derecho el profesor Carlos H. Pareja, describe así dichas instituciones:

"c) Bajo la forma de establecimientos públicos se organizan algunos servicios provistos de un patrimonio independiente y dirigidos por un personal técnico designado total o parcialmente por las autoridades administrativas. Establecimientos públicos nacionales por el origen del acto que los crea, son la Universidad Nacional, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, la Contraloría General de la República; los hay también departamentales y municipales. Característica del establecimiento público, que en esencia es un servicio público descentralizado socialmente, es poseer, además de un patrimonio propio, una personalidad independiente. Esta personalidad y aquel patrimonio sólo puede dárseles la ley o sus sustitutos, la ordenanza o el acuerdo. Hay casos, sin embargo, en que esas características no son muy acentuadas: así, por ejemplo, la Contraloría General de la República posee personería propia, pero no tiene delimitado un patrimonio particular".

B) — *Legislación positiva colombiana*

Con el propósito de examinar algunos textos de las leyes sobre el particular para sacar de ellos conclusiones generales, se transcriben a continuación los artículos esenciales de las leyes relativas al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y a la Universidad Nacional de Colombia para analizar después el estatuto legal de la Compañía Nacional de Navegación:

a. — *Ley 29 de 1931, sobre creación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales*

Los artículos principales de este estatuto dicen:

"Artículo 1º Créase el consejo administrativo de los Ferrocarriles nacionales, destinado a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país. El consejo administrará los ferrocarriles que se hallan actualmente en servicio, los que en adelante vayan entrando en explotación y los que pasen a ser de propiedad nacional.

"Artículo 2º El consejo administrativo de los ferrocarriles nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica

autónoma, representada por el administrador general; ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y podrá presentarse ante los tribunales y autoridades de cualquier orden, y ejecutar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado”.

b. — Ley 68 de 1935, orgánica de la Universidad Nacional de Colombia

Los principales artículos de esta ley dicen:

“Artículo 1º La Universidad Nacional de Colombia será una persona jurídica dentro de las normas de la constitución y de la presente ley.

“Artículo 2º La universidad estará constituida por las facultades, escuelas profesionales nacionales e institutos de investigación que hoy funcionan en la república y que se establezcan en lo futuro, y por el conservatorio nacional de música, el observatorio nacional astronómico, los museos y el instituto nacional de radium.

“Artículo 3º El patrimonio de la universidad estará constituido por todos los bienes muebles e inmuebles y auxilios en dinero destinados para tal fin, por leyes y decretos; por las adquisiciones que la universidad haga a cualquier título y por los auxilios que reciba de cualesquiera entidades departamentales o municipales”.

c. — Análisis de la ley 20 de 1944, orgánica de la Compañía Nacional de Navegación

De conformidad con la ley 20 de 1944 por la cual se creó la Compañía Nacional de Navegación, se observa que esta entidad tiene las siguientes características:

1º Se trata de una compañía organizada como sociedad anónima con las características especiales enumeradas por la ley.

2º Su objeto consiste en fomentar y regularizar la navegación fluvial y de cabotaje, con la finalidad primordial de ayudar a la colonización de los territorios del sur del país, para incorporarlos a la economía nacional.

3º El capital de la compañía será inicialmente de tres millones de pesos suscritos por el Gobierno Nacional, la Federación Nacional de Cafeteros, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y las demás entidades oficiales, semioficiales o privadas que determine la Junta Directiva.

4º Las utilidades líquidas de la compañía no podrán ser mayores del 6% anual. Las utilidades líquidas que les corresponde a las acciones del gobierno nacional, ingresarán a un fondo denominado de capitalización, con el propósito de suscribir y adquirir para el Estado nuevas acciones a medida que se decreten aumentos de capital.

5º La Junta Directiva de la Compañía estará integrada por los Ministros de Obras Públicas, Guerra y Economía Nacional, por un representante de las entidades semioficiales y por un representante de los accionistas privados. El Ministro de Obras Públicas será el presidente de la Junta.

6º Respecto de las ventajas que tiene la Compañía dice el artículo 7º de la ley, lo siguiente:

"Artículo 7º Tanto la Compañía como las acciones, bonos, etc., que emita y las operaciones que ejecute, estarán exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales y de toda clase de contribuciones.

"Además gozará de todas las ventajas que concede la ley a las instituciones de utilidad pública".

7º Los estatutos de la Compañía serán elaborados por los Ministros de Obras Públicas, Guerra y Economía Nacional, y deberán ser aprobados por el ejecutivo.

De conformidad con la presentación que se acaba de hacer de la creación y funciones de la Compañía Nacional de Navegación aparece que dicha entidad está constituida con un aporte directo de la nación representada en dos millones de pesos, lo que equivale a las dos terceras partes del capital total. El resto del capital será suscrito por corporaciones vinculadas al Estado como la Federación Nacional de Cafeteros y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Comoquiera que las acciones privadas vendrían a representar un porcentaje excesivamente escaso, se tiene que la Compañía mencionada, funciona sobre la base de un patrimonio descentralizado que le pertenece al Estado.

Este carácter público de la institución resalta con la circunstancia de que su Junta Directiva está integrada en su gran mayoría por Ministros del Estado, lo cual establece una vinculación estricta de la Compañía en el Gobierno de Colombia. Se acentúa este carácter con la limitación de las utilidades líquidas al 6% anual y con las ventajas especiales que le confiera a la empresa el artículo 7º al exonerarla del pago de impuestos nacionales y de toda clase de contribuciones.

Sintetizando todos estos conceptos, se tiene que la Compañía Nacional de Navegación se ha constituido para intervenir en la regularización de un servicio público, con un patrimonio descentralizado, con personería jurídica y con autonomía técnica, pero conservando su dependencia económica y política respecto del Estado que posee como minimum las dos terceras partes del capital y que tiene la mayoría absoluta en la junta directiva. En consecuencia, la confrontación de las características legales de la Compañía con la configuración jurisprudencial de los establecimientos públicos lleva a la conclusión de que se encajan y se identifican. La Compañía Nacional de Navegación es por lo tanto un establecimiento público.

Establecida esta característica de la Compañía Nacional de Navegación debe de concluirse, como regla general, que no es extraño sino natural que goce de las garantías especialísimas de los establecimientos públicos a través de cuyas funciones hace acto de presencia el Estado para la prestación de los servicios que necesita la Comunidad. Esta caracterización permitirá estudiar el alcance del texto legal que exoneró a la Compañía del pago de exacciones para estudiar luego la legalidad de la resolución que excluyó a la misma entidad del turno obligatorio en los puertos de los ríos navegables de la República.

- V -

Clasificación de las exacciones en impuestos, tasas, contribuciones y precios

Respecto a la exoneración de exacciones a la Compañía Nacional de

Navegación, la demanda se contrae a examinar el alcance del artículo 7º de la ley 20 de 1944 que dice así:

“Artículo 7º Tanto la Compañía como las acciones, bonos, etc., que emita y las operaciones que ejecute, estarán exentas de impuestos nacionales; departamentales y municipales y de toda clase de contribuciones.

“Además, gozará de todas las ventajas que concede la ley a las instituciones de utilidad pública”.

El actor considera que el pago hecho por las compañías fluviales por el servicio de muelles es una tasa y que el texto legal que se acaba de transcribir no exoneró a la Compañía Nacional de Navegación sino del pago de impuestos y contribuciones. Esta tesis lleva al demandante a hacer un estudio diferencial entre el impuesto, la tasa y la contribución.

Sobre el particular debe advertirse, en primer término, que la discriminación y clasificación de las exacciones es una tesis de carácter jurisprudencial que tiende a ordenar los múltiples textos legales que emplean de manera indiscriminada y antitécnica dichos vocablos fiscales que corresponden a exacciones diversas. El constituyente y el legislador colombiano emplean, confundiéndolos, dichos términos. Así por ejemplo, el artículo 204 de la Constitución Nacional, dice: “ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento”. Se observa, pues que el término “contribución” se toma aquí por el de impuesto, comoquiera que no hay contribuciones indirectas como tampoco existen tasas indirectas. Dicha terminología se aplica exclusivamente en materia de impuestos para distinguir los directos de los indirectos. El constituyente, por lo tanto aplica el término contribución de una manera antitécnica, asimilándolo confusamente a la noción de impuesto.

Esta confusión de terminología aparece muy claramente en varias disposiciones legales. Así por ejemplo, la ley y el decreto correspondiente, llamaban impuesto de canalización lo que en realidad era una tasa según los mismos textos legales y reglamentarios. En efecto, el decreto 945 de 1931 decía: “que el impuesto fluvial, llamado también de canalización, fue establecido con el objeto principal de atender a la limpia y canalización, de los ríos navegables de la República”. El impuesto se reglamentó de tal manera que no se cobraba sino en el litoral atlántico para las mercancías destinadas a traficar por el río Magdalena y sus afluentes navegables. Todo esto demuestra que el antiguo impuesto de canalización era una contribución que el Estado percibía por la limpia y canalización de los ríos navegables a fin de que las compañías interesadas los pudieran traficar cómodamente.

Esta confusión en la terminología técnica fiscal no es exclusiva de la legislación colombiana. Lo mismo sucede por ejemplo en Francia. El profesor Laferrière en su curso de legislación financiera pronunciado en la facultad de París en el presente año de 1946, dice:

“En el lenguaje corriente tasa e impuesto son dos términos equivalentes.

“En Francia, los textos legislativos emplean indiferentemente estas palabras: impuesto, tasa, derecho, contribución.

“Conviene emplear aquellas dos palabras distintamente porque si bien es cierto que la una y la otra se aplican a recaudos pecuniarios exigidos a las personas, se tiene en realidad que se trata de dos institucio-

nes fiscales que no corresponden a la misma idea y que no obedecen a las mismas reglas". (Laferrière: *Cours de Legislation Financière*, 1946, página 55).

De conformidad con las anotaciones que preceden debe sentarse la tesis que para analizar jurisprudencialmente las leyes y reglamentos sobre exacciones debe procederse a interpretarlas de conformidad con las normas generales trazadas por la doctrina fiscal tratando de examinar exactamente cuál ha sido el sentido de la norma positiva de derecho.

Con este criterio se procederá a estudiar el caso presente comenzando por discriminar ante todo, desde el punto de vista teórico, la diferencia entre las exacciones, esto es, entre el impuesto, la contribución, la tasa y el precio de venta de artículos fabricados o comerciados por la administración pública.

El profesor alemán K. Th. von Eneberg define y describe las exacciones en la siguiente forma:

"Entendemos por exacciones aquellas prestaciones monetarias o de cosas valorables en dinero que perciben las comunidades de derecho público de los particulares o asociaciones a quienes se refiere la ley. Tienen un carácter obligatorio y se determinan de una manera unilateral. Las necesidades de las corporaciones públicas señalan los límites de las cuotas a percibir. Sirven para cubrir aquellos gastos que no se pueden enjugar con los ingresos de economía privada ni con los procedentes de otras fuentes de ingresos. Por eso, se denominan también ingresos subsidiarios; aun cuando sobrepasan casi siempre a los primarios por razón de su cuantía. Las exacciones son generales o especiales. Generales, cuando se destinan a cubrir aquellos servicios cuyo costo para los particulares no se puede calcular. Especiales, cuando es posible este cálculo y las exacciones sirven para cubrir los gastos que ocasionan determinados servicios o instalaciones administrativas. Las primeras, se denominan impuestos; las segundas, tasas o contribuciones especiales. Las multas no son exacciones, en este sentido, aun cuando se perciban de una manera coactiva e ingresen en las cajas públicas. Pues su finalidad consiste en penar la infracción y no en obtener un ingreso".

Los tratadistas franceses a veces asimilan la tasa a la contribución, pero los alemanes, como se ve por la transcripción que se acaba de hacer, se cuidan bastante en diferenciar todas estas variedades de la exacción fiscal. En la legislación colombiana existen los impuestos, las tasas, las contribuciones y los precios de artículos fabricados o vendidos por el Estado sin que aparezca en los textos positivos una definición de cada una de esas exacciones. Para distinguir el matiz de estas diversas fuentes fiscales es necesario recurrir a examinar el origen, las modalidades y el fin de cada una de esas exacciones, con el objeto de confrontarlas y clasificarlas con la teoría general, de la ciencia financiera.

A. — *Los Impuestos*. Los tratadistas de hacienda pública suelen definir el impuesto como una exacción exigida obligatoriamente de conformidad con la capacidad contributiva de los individuos o personas jurídicas y fijadas unilateralmente por el Estado según leyes generales, pagada en dinero sin contraprestación concreta con el objeto de atender al funcionamiento del gobierno, de los servicios públicos y demás necesidades de interés general propias de la vida en sociedad. De conformidad con esta concepción teórica el impuesto se caracteriza principalmente por su ausencia de contraprestación concreta por parte del Estado. Se

paga el impuesto por la razón política de vincularse el individuo o la persona jurídica a una sociedad determinada y no como retribución de un servicio concreto de la administración pública. La noción de *do ut des* está ausente de la teoría del impuesto. Desde este punto de vista pueden clasificarse como impuestos, de conformidad con las leyes colombianas, entre otros, los siguientes: el impuesto sobre la renta en su forma trifásica que grava la renta propiamente dicha, el patrimonio y el exceso de utilidades, el impuesto sobre la masa global hereditaria y sobre las asignaciones y donaciones, el impuesto sobre los artículos importados y exportados (aduanas), el impuesto sobre consumo de gasolina, sobre el consumo de llantas y de fósforos y naipes, el impuesto sobre encendedores automáticos, sobre los aparatos telefónicos, sobre los espectáculos públicos, sobre consumo de grasas y lubricantes, etc.

Todos estos impuestos recaen sobre situaciones económicas, se exigen imperativamente por el Estado, en virtud de leyes especiales, y se destinan para atender la marcha del gobierno y de los servicios públicos en general. Las características del impuesto aparecen pues en estos gravámenes.

B. — *Las tasas.* “Las tasas son prestaciones especiales que pagan las personas que promueven o suscitan con sus actos la actividad de las autoridades administrativas o que aprovechan dicha actividad en beneficio propio”. (Von Eneberg, Compendio de Hacienda Pública, pág. 71). Puede definirse también la tasa como “la suma de dinero que se le exige a un individuo con motivo y en razón de un servicio determinado que el Estado le presta”. (Laferrière, o. c., página 59). De conformidad con todas estas definiciones el elemento esencial que caracteriza la tasa es la noción de contraprestación, de *do ut des*. El individuo entrega dinero a la administración pública y en cambio recibe una compensación concreta, un servicio determinado. Existe en este fenómeno fiscal una especie de equilibrio de contraprestaciones entre el Estado y el individuo. Quien pone un telegrama o envía una carta por el correo, está pagando al Estado un servicio que éste le presta. Esta noción de *do ut des* está configurada sobre un criterio de equidad y de equivalencia. Lo que el individuo paga al Estado debe ser justamente el precio del servicio. Si la administración pública, por las condiciones ventajosas en que se encuentra con respecto a los particulares, exige una remuneración exorbitante por los servicios que presta, se tendría que junto a la tasa, superpuesta a ella, vendría a existir un impuesto. Por esta razón la caracterización de la tasa exige en cada caso particular una confrontación de contraprestaciones para poder descubrirla y graduarla. Si con cinco centavos se atiende justamente a la prestación del servicio de correos se tiene que el pago en estampillas que se hace con ocasión de ese servicio es una tasa. Si sucede lo contrario, si lo exigido es superior a los gastos de prestación del servicio, se está ante un fenómeno fiscal en que a la tasa se superpone un impuesto. Así, por ejemplo, el servicio de correos le produce al Estado anualmente en la actualidad un poco más de millón y medio de pesos y los gastos de la sección de correos del Ministerio del Ramo suman más o menos esa cantidad. La equivalencia entre el pago y el costo del servicio que caracteriza la tasa aparece aquí con toda claridad. En el ramo de telégrafos sucede que lo pagado por el público no llega a dos millones y medio de pesos en tanto que la prestación del servicio le vale al gobierno un poco más de cinco millones de pesos. Se está

aquí ante el fenómeno fiscal de una tasa en que lo pagado por el público no alcanza a cubrir el costo del servicio.

Podría decirse que en el impuesto aparece una relación política entre el Estado y el contribuyente comoquiera que no está subordinado a una contraprestación determinada en tanto que en la tasa domina una relación de carácter económico expresada en el pago por el usuario del costo de un servicio concreto que presta el Estado.

C. — *Las contribuciones.* Se caracterizan las contribuciones por su configuración fiscal concreta en relación con determinadas obras públicas que benefician de manera especial a ciertas propiedades y consecuentemente a sus propietarios. Von Eheberg define la contribución así:

“... Se conciben como exacciones que pagan los vecinos con ocasión de la realización de obras de interés público que los benefician de una manera particular. Se asemejan mucho a las tasas y, a veces, se confunden con ellas; pero se diferencian fundamentalmente, porque las contribuciones *se concretan* a aquellas obras que afectan a la propiedad raíz y a determinadas personas (propietarios, industriales). Otra característica la encontramos en que la tasa es la contraprestación que se paga por servicio rendido, mientras que la contribución especial puede servir para enjugar el costo de una obra futura. Aparecen principalmente con ocasión de la apertura y mejora de calles y plazas, canalizaciones, obras de irrigación y desagüe, alumbrado, construcción de muelles, astilleros, etc. Se perciben de los colindantes o de los interesados, con arreglo a normas de carácter general o en virtud de acuerdos especiales. Al lado de las contribuciones especiales, que se pagan de una sola vez para contribuir a la construcción de las obras, aparecen contribuciones permanentes, que se perciben para la conservación de los servicios, y que suelen denominarse tasas, aun cuando estrictamente no lo sean (derechos que se devengan por la limpieza de las calles o canales, etc.).”

Se ha visto que en el impuesto predomina una relación política que se expresa en la vinculación del individuo a una sociedad organizada y que en la tasa existe una relación económica consistente en el pago de un servicio que presta la administración pública. En la contribución existe también una relación económica pero no se trata de pagar el precio por la utilización de un servicio que viene funcionando con anterioridad. La contribución es una cuota de los particulares para cubrir el costo de una obra concreta que les beneficia en su calidad jurídica de propietarios de determinados bienes. La tasa presupone un servicio público en actividad. El usuario únicamente paga la utilización del servicio. Con la contribución el individuo participa en la construcción de una obra suministrando la parte proporcional que le pueda corresponder. El ejemplo más característico de contribución en la legislación colombiana es el mal llamado impuesto de valorización, conocido en Norteamérica con el nombre de *special assessments*. Sobre el carácter de esta contribución y su evolución dijo el Consejo de Estado en sentencia de 26 de junio de 1945, de la cual fue ponente el mismo magistrado que redacta este fallo, lo siguiente:

“El impuesto de valorización fue creado por la primera vez en Colombia, por medio de la Ley 25 de 1921, “consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que se benefician con la ejecución de obras de interés público local, como limpia y canalización de ríos, cons-

trucción de diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas". La enumeración que el artículo trae indica que se trata de obras vinculadas con la agricultura, especialmente al régimen, en cuanto a aguas se refiere. El mismo artículo especificó que la contribución o impuesto de valorización debía ser exclusivamente destinado a atender los gastos que demandaran dichas obras de interés público local. Los términos de la ley entrañan una limitación del impuesto en cuanto a su cuantía, pues no debería exceder el valor de las obras, o, mejor dicho, el costo de la construcción de esas obras. Este criterio opera un equilibrio exacto entre lo que pagan los contribuyentes afectados y lo que cuesta la obra. El Fisco no recibe ningún beneficio suplementario.

"Los tratadistas de finanzas conciben la contribución como el pago por los contribuyentes de una obra de interés público, sin que las cuotas puedan exceder el costo de la obra. De conformidad con este criterio, el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 creó propiamente una contribución de valorización con relación a las obras de interés público local. Una contribución de esta naturaleza se diferencia del impuesto en que este último es cobrado a los particulares sin relación ninguna con un beneficio particular que les proporcione la Administración. La fórmula del *do ut des* no tiene aplicación en materia de impuestos. El individuo lo debe pagar únicamente —como dice Jéze— por hacer parte de una comunidad política organizada. La ausencia de contraprestación es la característica fundamental que diferencia el uno de la otra.

"La contribución de valorización de la Ley 25 de 1921 ha sufrido un proceso de evolución dentro de la legislación colombiana.

"La ley 113 de 1937 dispuso, en su artículo 7º, lo siguiente:

"El impuesto directo de valorización, de que trata el artículo 3º de la Ley 25 de 1921, comprende también el mayor valor que adquieran las propiedades raíces urbanas con la pavimentación de las calles, ya sea que la obra la realice el Municipio de fondos propios o con auxilios de la Nación o del Departamento".

"Esta ley modifica el sentido de la Ley 25 de 1921. El primitivo impuesto de valorización, en el cual las cuotas de los contribuyentes no podían exceder el valor de la obra, es ampliado por la ley de 1937, que lo sitúa en equidistancia de la contribución y del impuesto propiamente dichos. Ya no se trata solamente de exigir cuotas que cubran el costo de las obras sino de extenderlo también al mayor valor que adquieran las propiedades raíces urbanas con la pavimentación de las calles. Es bien sabido que el valor de una cosa es siempre mayor al costo de los materiales y servicios empleados en ella, y de la misma manera la valorización de las propiedades raíces no es igual sino mayor al costo de la pavimentación de sus calles. Sobre este mayor valor se extiende también, según la Ley de 1937, la obligación del contribuyente para con el Fisco.

"Posteriormente, en el año de 1943, por la Ley 1ª de ese año se sentó y perfeccionó más el carácter de la contribución de valorización. Según esa ley, los Municipios de las capitales de los Departamentos y los de aquellas ciudades que tengan una población mayor de veinticinco mil habitantes, podrán exigir el impuesto de valorización establecido por las Leyes 25 de 1921 y 195 de 1936, teniendo en cuenta el mayor valor que reciban los predios favorecidos con las obras de servicio público "y sin considerar para ello el costo de las mismas". Esta ley ha acentuado, pues,

la desvinculación entre el costo de las obras y el monto del impuesto de valorización. Antes el costo determinaba el monto de la contribución. Hoy día el monto de la contribución es determinado por la valorización del inmueble.

“Pero nada impide que un Municipio realice el cobro del impuesto de valorización involucrando en dos etapas diferentes los métodos de fijación de la contribución de valorización que existe en nuestras leyes. La valorización es un excedente sobre el costo de la obra, y por lo tanto el impuesto puede desdoblarse en dos facetas: 1) Puede crearse la contribución para el pago de la obra; 2) Puede crearse el impuesto de valorización incluyendo solamente el exceso entre el costo de la obra y la valorización, o, en otros términos, descontando siempre lo que se haya pagado por cuotas para construcción de la obra.

“Lo que no sería impermissible porque entrañaría una doble imposición, sería lo de crear una contribución para el pago del costo de la obra y un impuesto de valorización del cual no se dedujera lo ya pagado por dicho costo.

“El carácter muy especial de lo llamado en nuestra legislación fiscal “impuesto de valorización” ha contribuido a que en otros países se recurra a términos nuevos para distinguirlo. En la legislación fiscal americana se le denomina *special assessments*, y es definido por Alfred G. Buehler, por ejemplo, como un gravamen obligatorio sobre determinadas propiedades por mejoras o servicios que se presume benefician a los propietarios al mismo tiempo que se emprenden en interés del público. (Buehler, Alfred G.: *Public Finance*, página 598, edición 1940)”.

Se observa, al través del análisis precedente del impuesto de valorización, que se trata de una exacción de carácter híbrido. En su etapa primitiva, de conformidad con la Ley 25 de 1921, dicho impuesto de valorización era una contribución en su forma fiscal pura puesto que las cuotas de los particulares debían coincidir y jamás sobrepasar el costo de las obras. En su forma reciente, sobre la primitiva contribución ha venido a superponerse un impuesto que tiene como base la valorización propiamente dicha o sea el mayor valor o *plus valía* que por causas sociales adquieren las propiedades afectadas favorablemente con la construcción de ciertas obras públicas.

D. — *Precios comerciales.* A medida que se incrementan las formas de intervencionismo de Estado, la administración pública desborda su actividad sobre zonas que antes estaban absolutamente reservadas a la iniciativa de carácter privado. El Estado organiza empresas de economía mixta y se vincula al proceso económico de manera directa. Tradicionalmente han existido en Colombia algunos monopolios como el de producción y venta de licores destilados. En la actualidad casi todos los departamentos colombianos tienen fábricas de su propiedad para producir esas bebidas que venden en el mercado bajo su exclusivo control. Las ganancias de esta actividad industrial constituyen una importante renta departamental. Estas ganancias no pueden considerarse como provenientes de un impuesto exclusivamente, ni como una tasa, ni como una contribución. Se trata del precio de un artículo que el Estado produce y vende. Si este precio se fija de manera normal, sometido a las fluctuaciones que la ley económica de la oferta y la demanda imprime a los precios sobre la base del valor, se tiene que la ganancia del Estado es simplemente equitativa. Al costo de producción de cada unidad se agregará

la ganancia media corriente en el mercado en situaciones económicas dadas. En este caso el Estado realiza un beneficio de carácter industrial y comercial. Pero cuando a esta situación se agrega la existencia de un monopolio en provecho del Estado, el precio puede llegar a fijarse por encima de la ganancia media sobrepasando en grandes proporciones los costos de producción aunque su determinación está sometida de todas maneras a ciertas leyes económicas. En este caso, dentro del precio de venta de los productos, precisa distinguir la ganancia normal y el beneficio exorbitante proveniente del monopolio que viene a tener más bien un carácter de impuesto como en algunas ocasiones lo ha señalado el profesor Jéze.

Todo esto demuestra que los fenómenos fiscales, como los fenómenos de carácter social en general, no siempre se presentan en estado puro sino confundidos dialécticamente con otras formas similares o antagónicas. Así, en ciertas tasas excesivas pueden existir elementos propios del impuesto y en el *special assessments* colombiano, por ejemplo, hay que distinguir dentro de su unidad dos factores diversos: una contribución propiamente dicha para cubrir el costo de la obra y el otro un impuesto independiente que recae sobre la valorización que sobrepasa dichos costos. En los precios de artículos vendidos por el Estado bajo el sistema de monopolio se puede aislar también lo que corresponde a una ganancia normal y lo que se deriva del monopolio como una especie de impuesto. En consecuencia para clasificar cada exacción es necesario verificar un examen concreto, singular y general al mismo tiempo, para poder distinguir sus modalidades predominantes y desintegrar, para distinguirlos, los diversos factores que la constituyen.

- VI -

Clasificación fiscal de los derechos de muelle

En armonía con el esquema general que se acaba de trazar sobre naturaleza y clasificación de las diferentes exacciones que exige el Estado, se procederá a analizar el carácter del llamado impuesto de muelle, o de derechos de muelle

El decreto orgánico de dicho impuesto es el número 2217 de 1934 complementado por los decretos 2223 de 1938, 1056 de 1939, 802 de 1940 y 1635 de 1941. El primero de estos decretos, que es el fundamental, emplea una terminología exacta, denominando dicha exacción como "*derechos por el servicio de muelles fluviales, del Gobierno Nacional, en los puertos del río Magdalena, por el atraque de embarcaciones en tales muelles y por el cargue o embarque de mercancías o ganados*". De conformidad con este artículo dicha exacción es un derecho por el servicio de muelles que presta el Estado. No se le cobra sino a los usuarios y sus productos no figuran en el presupuesto de rentas en el capítulo 3º relativo a impuestos sino en el capítulo 2º bajo la denominación "*servicios nacionales*". Se observa, pues, que el decreto reglamentario y el presupuesto nacional, de manera constante, consideran la exacción de derechos por el servicio de muelles como una tasa y no como un impuesto.

Varios de los decretos citados como el de 1939, se refiere a la misma exacción denominándola impuesto al través de todos los nueve artículos de dicho estatuto. Esta confusión de terminología refuerza la tesis de

que en las leyes y decretos colombianos se suelen barajar las denominaciones fiscales de manera antitécnica siendo necesario en cada caso particular efectuar un análisis de fondo para caracterizar y clasificar cada exacción por su naturaleza exacta y no por el apelativo que al azar le hubiere dado el legislador. Tiene por lo tanto razón el abogado doctor Trujillo Gómez cuando dice que lo que se llama impuesto de muelles no es un impuesto sino una tasa. Esta apreciación se corrobora, además, con toda la reglamentación que le dan los decretos a esa exacción. Ya se transcribió el texto en que se dice que se trata de derechos por el servicio de muelles. Se citan, para ilustrar esta afirmación los siguientes artículos del decreto 2217 de 1934:

“Artículo 3° Toda embarcación que atraque en los puertos de primera categoría pagará un derecho de diez centavos por cada metro de longitud de la misma, por el primer día o fracción de él.

“Los planchones o bongos, y en general, las embarcaciones que se muevan con el auxilio de otras, sólo pagarán cinco centavos por cada metro de longitud, por el primer día o fracción.

“Las canoas y botes de remo y las embarcaciones de capacidad inferior a cinco toneladas no pagarán derecho de atraque, pero estarán obligadas a atracar en los sitios que les señale el Administrador del Puerto o Inspector Fluvial.

“Artículo 8° Si por estar ocupados los muelles, por no corresponder el calado del barco al canal de atraque, o porque vengan a bordo explosivos o cargamentos que puedan sufrir o causar avería, tuviere que atracar o permanecer la embarcación a distancia del muelle o atracadero, sólo habrá lugar al cobro de la mitad de los derechos de atraque. En los demás casos se cobrará tarifa completa. Pero cuando una embarcación que haya atracado a distancia del muelle por haberse demorado o por las causas primeramente enumeradas en este artículo, resolviera después atracar en el muelle, se considerará para los efectos de la liquidación de los derechos que el atraque se ha hecho en el muelle desde la hora en que fondeó o atracó en otro sitio.

“Artículo 12. La liquidación y recaudo de los derechos a que se refiere el presente decreto, se hará por el empleado de la oficina administradora del puerto que indique el Gobierno, mediante la prestación de una caución de manejo, y debiendo rendir sus cuentas a la Contraloría General de la República, entidad que impartirá las instrucciones del caso a fin de que los recaudos sean consignados diariamente en la Recaudación de Hacienda Nacional del respectivo lugar”.

Las citas precedentes demuestran que los derechos de muelle se cobran por el uso de esos bienes del Estado, por el servicio que ellos prestan a los particulares siendo por lo tanto una tasa y no un impuesto.

Establecida esta premisa, debe resolverse en el caso concreto que se estudia, si la Compañía Nacional de Navegación está exonerada del pago de dicha tasa o si su situación privilegiada ante el fisco se refiere exclusivamente a los impuestos y a las contribuciones.

Se repite que la Compañía Nacional de Navegación, según el análisis hecho en la primera parte de esta sentencia, es un establecimiento público, y sobre este aspecto debe analizarse su situación fiscal puesto que la regla general es la de que dichas entidades están exoneradas de toda exacción porque a pesar de constituir mecanismos descentralizados son órganos oficiales al través de los cuales el Estado cumple sus funcio-

nes y presta a la población ciertos servicios públicos. Esta norma general debe servir de instrumento de interpretación del texto legal a que se contrae la demanda. Se repite que la ley 20 de 1944 en su artículo 7º dice así:

“Artículo 7º Tanto la Compañía como las acciones, bonos, etc., que emita y las operaciones que ejecute, estarán exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales y de toda clase de contribuciones.

“Además, gozará de todas las ventajas que concede la ley a las instituciones de utilidad pública”.

El texto legal emplea claramente las expresiones impuesto y contribuciones, pero no de una manera limitativa sino diciendo “de toda clase de contribuciones”. El legislador dentro de una técnica fraseológica impropia ha querido expresar su deseo de que dicha compañía, como todo establecimiento público, esté exonerada del pago de toda clase de exacciones. Se ha visto, por razonamientos anteriores, que existe la tendencia a emplear en las leyes y decretos las palabras impuesto y contribución como genéricas y no para designar lo que realmente debería llevar esas denominaciones. Así, por ejemplo, a la contribución de valorización se le llama impuesto, a la tasa de muelles fluviales se le llama impuesto, etc. La constitución, por su parte, en el artículo 204 tiende a identificar la “contribución indirecta” con el impuesto indirecto.

El doctor Esteban Jaramillo, cuyos conocimientos de Hacienda Pública han tenido tanta influencia en la legislación fiscal de las últimas décadas, clasifica todas las contribuciones y tasas bajo la rúbrica de “Impuestos Especiales”. En el capítulo XXI de la última edición de su obra dice el profesor Esteban Jaramillo:

“Bajo esta denominación comprendemos aquellos tributos en los cuales va envuelta una idea, más o menos precisa, de compensación o retribución dada por los contribuyentes al Estado, en razón de los servicios que éste presta al individuo o a una clase o grupo de individuos. Ya hemos visto que en los impuestos de carácter general tal idea no existe.

“Estos impuestos especiales pueden clasificarse así:

“1º Gravámenes especiales, propiamente dichos;

“2º Tasación especial (*spécial assessment*) o impuesto de valorización;

“3º Honorarios o derechos, y

“4º Impuesto militar”.

Las citas del profesor Esteban Jaramillo contribuyen a demostrar que la palabra impuesto suele ser empleada como equivalente del término técnico y general de exacción. Dentro de ese vocablo se suelen clasificar, equivocadamente, las tasas y las contribuciones.

En el texto legal transcrito que se está analizando se ve que el legislador quiso establecer una exoneración general de exacciones. Si este estudio jurídico se acogiera torpemente a los términos se podría resolver sencillamente el problema sobre la base de que hay decretos ejecutivos donde se emplea el vocablo de “impuesto de muelles”; pero parece más jurídico hacer todo el análisis que precede para examinar la situación fiscal de la Compañía Nacional de Navegación de una manera general, teniendo en cuenta su objeto, el propósito de la ley, y el carácter fiscal de tasa que tienen los derechos de muelle. Dentro de su actividad regular las exacciones más frecuentes que pueden recaer sobre la Compañía

ña Nacional de Navegación no son las contribuciones, sino los impuestos y las tasas; sería por lo tanto inexplicable que el legislador hubiera insistido en decir que esa entidad está "exenta de toda clase de contribuciones", dándole al vocablo un carácter restrictivo y no general.

A. — *Conclusión parcial*

Sobre la base de los razonamientos anteriores se concluye sobre el primer problema jurídico lo siguiente:

1º Que la Compañía Nacional de Navegación es un establecimiento público, cuya situación frente al fisco debe analizarse dentro de la regla general de que dichas instituciones, por ser desdoblamientos orgánicos del Estado para la prestación de los servicios públicos, están exonerados del pago de toda clase de exacciones;

2º Que la terminología legal y reglamentaria colombiana emplea de manera antitécnica, confundiéndolos, los términos de impuesto, contribución y tasa pero con la tendencia de asignarle al primero, al impuesto, un carácter genérico que cubre todo lo demás;

3º Que en estas condiciones corresponde a la jurisprudencia, con aplicación de los postulados de la ciencia fiscal, clasificar las exacciones atendiendo no a su denominación legal sino a lo que realmente representan dentro de la organización tributaria del país;

4º Que de la aplicación de estos principios al problema actual parece que dado el carácter de establecimiento público que tiene la Compañía Nacional de Navegación, el legislador quiso exonerarla de toda clase de exacciones, comprendido el impuesto, la tasa y la contribución, y de manera especial las dos primeras que son más frecuentes dentro de las actividades de la empresa, ya que la última no tiene aplicación por el momento y sólo está sujeta a cuestiones eventuales futuras.

5º Por lo tanto las solicitudes del demandante deben ser negadas en cuanto a su petición encaminada a que se declare que el artículo 7º de la Ley 20 de 1944 no exonera a la Compañía Nacional de Navegación del pago de las exacciones denominadas tasas en la ciencia fiscal.

- VI -

Excepciones de turno obligatorio

El segundo punto que plantea la demanda que se estudia se refiere al contenido de la resolución número 149 de 1945 originaria del Ministerio de Obras Públicas y según la cual se incluyó en las excepciones del turno obligatorio a los buques de la Compañía Nacional de Navegación. El actor considera que esta resolución es violatoria del artículo 31 de la Constitución Nacional que somete la creación de los monopolios a determinadas condiciones restrictivas y del artículo 6º de la ley 27 de 1888 que prohíbe la fundación de sociedades anónimas que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de la industria.

La disposición sobre turnos que rige la materia dice lo siguiente:

"6. Turnos. La Intendencia Fluvial de Barranquilla y la Oficina Fluvial de Cartagena someterán a turno riguroso la salida de las embarcaciones de los puertos referidos, siguiendo para dicho turno el mismo orden en que los barcos lleguen a esos puertos. Las mencionadas ofi-

cinas fluviales llevarán los libros que sean necesarios para registrar las embarcaciones en el orden de su llegada al puerto, y los cargamentos en el orden en que sean entregados en las bodegas para su transporte.

"Igualmente, las Inspecciones Fluviales de La Dorada, Puerto Salgar y Puerto Berrio, someterán a turno la salida de las embarcaciones en los puertos referidos, siguiendo para dicho turno el mismo orden en que los barcos lleguen a tales puertos. Estas Inspecciones Fluviales llevarán los libros necesarios para registrar los buques en el orden de su llegada al puerto, y los cargamentos en el orden en que sean entregados en las bodegas para su transporte, controlando el orden que debe observarse en el embarque y transporte de los cargamentos de bajada del río Magdalena, todo de acuerdo con la reglamentación establecida por las disposiciones legales vigentes.

"Se exceptúan del turno obligatorio los vapores expresos, que deben salir en las fechas fijadas por sus itinerarios, los buques del Gobierno y los buques que viajan hasta Gamarra".

La resolución que el actor acusa incluye dentro de estas últimas excepciones de turno a la Compañía Nacional de Navegación. El demandante estimó que además de ser violatoria de la Constitución en su artículo 31 y de la ley 27 de 1888 en su artículo 6º, dicho acto era contrario a los artículos 4º y 5º de la ley 4ª de 1920, que dicen así:

"Artículo 4º Autorízase asimismo al Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias que estime convenientes a fin de obtener que las empresas públicas de transportes efectúen éste por turno riguroso entre los distintos interesados y para imponer las sanciones en que incurran tales empresas en los casos de infracción, sanciones que serán las establecidas en el artículo anterior.

"Artículo 5º Las empresas públicas de conducciones que transporten carga de su propiedad o que les esté consignada, están obligadas a cumplir respecto de esta carga disposiciones de la ley y los reglamentos y órdenes del Gobierno sobre turnos, como si se tratara de carga perteneciente a otras personas o entidades".

El fiscal observa con justa razón que los artículos que se acaban de citar versan sobre el turno con que hay que embarcar la carga que presentan los particulares para ser transportada en tanto que la resolución del ministerio se refiere a los turnos de los barcos en su llegada y salida de los puertos. Es improcedente por lo tanto la acusación que el actor formula contra la resolución del ministerio de obras públicas desde el punto de vista que se acaba de analizar en relación con la ley 4ª de 1920. Subsiste tan sólo la posibilidad de que hayan violado los artículos constitucionales a que se ha hecho referencia y algunas disposiciones de la ley 27 de 1888 que dicen así:

a) "Artículo 31. Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley.

"Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles, y a vías de comunicación. (Artículo 4º del acto legislativo número 3 de 1910).

b) "Artículo 6º Se prohíbe la fundación de sociedades anónimas contrarias a las buenas costumbres, al orden público y a las prescripciones legales; así como aquellas que no versen sobre un objeto real y de lícita negociación, o que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de industria".

La tradición constitucional colombiana ha permitido la existencia de los monopolios pero con un criterio restrictivo sujeto a determinadas condiciones, y lo mismo en relación con los privilegios. La Carta Constitucional garantiza la libertad de industria. En el río Magdalena existen compañías privadas que prestan el servicio de transporte de carga y de pasajeros y las cuales han venido funcionando desde hace mucho tiempo. Pero ese transporte se ve encauzado dentro de una reglamentación minuciosa por parte del gobierno en cuanto concierne a la prestación del servicio y sus condiciones económicas de funcionamiento. El régimen de convenciones colectivas de trabajo entre los empleados y obreros de una parte y las empresas de la otra ha venido acentuando el carácter especial en que se encuentran esas compañías hasta el punto de que el gobierno ha considerado su actividad, para varios efectos, como servicios públicos prestados por corporaciones privadas. En todo caso, esas compañías, bajo el control de Estado, prestan al público el servicio de transporte y derivan ganancias de esa gestión. Ahora, paralelamente a esas empresas, la Compañía Nacional de Navegación, como establecimiento público, viene movilizandó carga del gobierno y eventualmente carga de los particulares. En atención a este transporte mixto, se tiene en el hecho, qué la Compañía queda en una situación privilegiada de competencia frente a la empresa privada respecto del uso de los muelles sin que la ley expresamente hubiera establecido a su favor una ventaja de tal naturaleza. El transporte en el río Magdalena tiende sin duda a transformarse en un servicio público prestado directamente por el Estado o mediante empresas de economía mixta pero en su etapa actual de transición en que la iniciativa particular se ve encauzada por una reglamentación gubernamental, no sería jurídico que sin un texto expreso de la ley se creara un privilegio en favor de una compañía que aunque sea del gobierno está prestando en la actualidad una actividad paralela a la de las empresas privadas.

El gobierno disfruta de las prerrogativas que los tratadistas designan bajo la denominación de garantías exorbitantes de la administración pública. Para realizar los fines sociales que la colectividad le asigna, el Estado tiene que recurrir a una serie de medidas de dirección y orientación y de actividades urgentes que deben encontrar para su desarrollo una vía desbrozada, sin obstáculos perjudiciales. Por esta razón, es natural que los buques del gobierno, y en este caso, los buques de un establecimiento público como la Compañía Nacional de Navegación, gocen de una serie de prerrogativas, como la exoneración de toda clase de exacciones, mediante expresa autorización legal. Y en ciertas circunstancias, cuando los barcos transporten exclusivamente carga del gobierno o se hallen en una situación de urgencia, es comprensible que en virtud de las prerrogativas exorbitantes de la administración pública, el gobierno pueda disponer, por orden concreta para un caso determinado, que no se les sujete a los turnos obligatorios. Pero tomar una decisión de esta naturaleza, transformando lo que debería ser de emergencia en una reglamentación permanente, significa, dada la carencia de autorización legal,

establecer para la Compañía Nacional una situación excepcional que la pone en condiciones de competir muy ventajosa y desproporcionadamente con empresas privadas en la rama del transporte donde la iniciativa privada todavía subsiste dentro de ciertos causes reglamentados con minuciosidad por el gobierno. Toda modificación de este estado de cosas sobre cuya conveniencia no se pronuncia el Consejo, requiere una autorización legal clara y expresa.

Dentro de la política general del gobierno colombiano en materia de orientación económica debe destacarse el intervencionismo de Estado que autorizan nuevos preceptos constitucionales. Desde el punto de vista práctico del desarrollo del mandato constitucional, debe decirse que el Estado colombiano viene adoptando principios de economía mixta dentro de una orientación general de intervenir donde la iniciativa privada no esté presente o donde sus actividades sean débiles y lentas. Así por ejemplo, varios artículos del decreto 1157 de 1940, orgánico del instituto de fomento industrial, dicen lo siguiente al respecto:

"Artículo 30. Con el fin de promover la fundación de empresas que se dediquen a la explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales, que la iniciativa y el capital particulares no hayan podido por sí solos desarrollar satisfactoriamente, créase por el presente Decreto una institución que se denominará Instituto de Fomento Industrial."

"El Gobierno podrá directamente aportar capital para el establecimiento o ensanche de industrias de interés nacional; pero tales aportes se efectuarán por intermedio del Instituto de Fomento Industrial, al cual entregará el Gobierno los fondos correspondientes."

"Artículo 31. Previos los estudios técnicos del caso, el Instituto de Fomento Industrial podrá suscribir hasta el 51% del capital de las empresas que reúnan las características que señala el artículo anterior."

"Las acciones que adquiera en tales empresas el Instituto de Fomento Industrial, podrán ser vendidas cuando considere que tal venta puede realizarse sin afectar los fines para los cuales había efectuado la inversión, y no haya motivos de interés público que hagan inconveniente la enajenación, a juicio del Gobierno."

El Estado colombiano opera, pues, para el desarrollo de las actividades industriales, superponiéndose a la iniciativa privada donde ella sea deficiente y en todo caso orientándola con reglamentaciones de intervencionismo gubernamental, por esta razón recurre en ocasiones a la organización de empresas de economía mixta pero respetando el ejercicio legítimo de actividades económicas particulares amparadas por la constitución y la ley. En el caso concreto que se estudia se repite que la exoneración de la compañía nacional de navegación por vía general y permanente de los turnos obligatorios para el uso de los muelles y llegada y salida en los puertos del río Magdalena, sólo podría hacerse en virtud de una autorización legal expresa, la cual no aparece en el texto de la ley orgánica de dicho establecimiento público que no está operando sólo en la gran arteria fluvial colombiana sino paralelamente a empresas privadas establecidas allí desde hace mucho tiempo al amparo de la constitución y de las leyes del país.

Por estas consideraciones la resolución número 149 del 23 de julio de 1945, originaria del Ministerio de Obras Públicas, no encuentra base jurídica en la ley 20 de 1944 y por lo tanto debe ser anulada.

Fallo :

En virtud de los razonamientos anteriores y en desacuerdo parcial con el fiscal de la corporación, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *Resuelve:*

Primero: Declarar que no es nulo el acto administrativo que contiene el telegrama dirigido por el Ministerio de Obras Públicas el día 27 de julio de 1945, a las intendencias fluviales del río Magdalena referente a la situación fiscal de la Compañía Nacional de Navegación;

Segundo: Declarar la nulidad de la resolución número 149 del 23 de julio de 1945 originaria del Director Nacional de Transportes y Tarifas y aprobada por el Ministro de Obras Públicas.

Notifíquese, cópiese, comuníquese y archívese.

Carlos Rivadaneira G.—Guillermo Hernández Rodríguez — Gonzalo Gaitán—Jorge Lamus Girón—Guillermo Neira Matéus—Gustavo A. Valbuena—Justo Franco V.—Luis E. García V., Srio.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez)

Consejo de Estado. — Bogotá, diecinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

En libelo repartido en esta Corporación el día 24 de enero de 1945, el señor Personero del Municipio de Copacabana, en el Departamento de Antioquia, debidamente autorizado por el Cabildo de ese Municipio, formuló ante el Consejo de Estado las siguientes peticiones:

1º Que se declare nula la Resolución número siete (7) de diecisiete (17) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) del Ministerio de la Economía Nacional;

2º Que se declare igualmente nula la Resolución número ochenta y cinco (85) de veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) emanada del mismo Despacho, en cuanto no la revoca la anterior y por el contrario la confirma;

3º Que con el fin de restablecer los derechos violados, el Municipio de Copacabana, y el de Medellín deben quedar con relación a las aguas de las quebradas Piedras Blancas y Chorrillos, en el estado en que se encontraban antes de dictarse por el Ministerio de la Economía Nacional las Resoluciones objeto de la acusación.

Primera parte

Planteamiento general de la demanda

Para estudiar ordenadamente la demanda precisa presentar por separado las tres partes de que consta, consistentes, (1) en los hechos, (2) en los actos acusados, y (3) en los fundamentos jurídicos que se invocan. Se agregará en esta parte el concepto del fiscal de la corporación.

- I -

Hechos

Los hechos de la acción están relatados en la demanda como sigue: "Primero. Copacabana fue fundada mucho antes del año de 1670, según la autorizada opinión del doctor Manuel Uribe Angel, consignada en su importante obra "Geografía General y Compendio Histórico del Estado de Antioquia en Colombia", editada en París, en el año de 1885, conforme al aparte que por incidir con toda propiedad en el problema que esta acción plantea, me permito transcribir:

"*Copacabana.*—Llámase esta población en un principio y conservó su nombre hasta mediados del presente siglo, San Juan de la Tasajera. Su primer caserío no estaba en donde hoy está, sino un poco más abajo, sobre la orilla derecha del río Medellín, en las vegas del riachuelo del Chuscal y sobre terrenos pertenecientes a doña Ana de Castrillón, la más opulenta propietaria en aquellos tiempos.

"El sitio de San Juan de Tasajera, colocado en donde hemos dicho, es, sin duda alguna, después de las antiguas poblaciones de Maritúé, San Jerónimo del Monte, Ituango a Rodas, Antioquia, Santiago de Arma, Cáceres, Remedios y Caramanga, una de las más antiguas del Estado.

"

"Sea como fuere, sabemos que ya en el año de 1670 el maestro Tomás Francisco de Arnedo, cura de almas en aquella población, encabezó el primer libro de bautismo, y que desde entonces se hizo la traslación del lugar al punto en que hoy existe sobre la margen derecha del río Medellín, que hasta allí lleva dirección próximamente norte.

"En una especie de recodo que forma el río cuando se une con el torrente de Piedrasblancas, y en su ángulo norte, está la cabecera de este Distrito, pequeño hoy, pero muy grande en la antigüedad, puesto que a él pertenecían los terrenos que son ahora de Belmira, San Pedro, Entre-Ríos, Azuero, Barbosa, Jiradota y parte de Santo Domingo.

"Los edificios de Copacabana son de tapias y tejas, y las calles regulares y empedradas en su mayor parte. Tiene un bonito templo católico, una plaza bien dispuesta, agua excelente; pero su temperatura un poco elevada y su cercanía a la vega del río, hacen que dominen en él con alguna frecuencia, las fiebres intermitentes.

Segundo. Desde su primera fundación Copacabana tomó para los menesteres de sus habitantes el caudal de la corriente de Piedrasblancas, arroyo éste que luego de juntarse con el de Chorrillos, desciende de la cordillera al valle en jurisdicción de dicho Municipio de Copacabana y al pie de la población desemboca en el río Medellín.

"Los geógrafos y sociólogos en Antioquia al investigar la causa del tránsito de la población de su primitivo lugar al que hoy ocupa, en condiciones climáticas e higiénicas más precaria, han convenido, como es lo evidente, que ello no tiene otra razón que la de poder disfrutar de la corriente de Piedrasblancas, que al menos ofrecían agua pura y abundante para sus menesteres. Fue pues el estímulo aglutinante de las aguas de Piedrasblancas la razón de ser de esta población y la explicación del cambio de lugar operado en 1670, para proporcionarse el disfrute de esta corriente.

"Tercero. Próximamente desde el año de 1914 el Municipio de Medellín, fundado en 1675, no obstante contar con agua suficiente para sus servicios, previendo su extraordinario desarrollo urbano e industrial, pretendió tomar las aguas del arroyo de Piedras Blancas, con la inicial protesta de Copacabana, quien acudió a todos los medios conciliatorios oficiales que estaban a su alcance, hasta que en el año de 1915 hubo de promover demanda judicial para que se declara, entre otras cosas, que el Municipio de Copacabana tenía mejor derecho que el de Medellín al uso de las aguas de Piedras Blancas. Este juicio se adelantó en primera instancia pero al tramitarse la segunda instancia fue suspendido por arreglo celebrado entre las partes, convenio de que da cuenta el contrato de 28 de agosto de 1923, el que fue debidamente aprobado por los Cabildos de ambos distritos, mediante el Actuerdo número 124 de 1923 del Concejo de Medellín y de los Acuerdos números 28 y 29 del de Copacabana. En el contrato de arreglo se acordó someter el punto especial del mejor derecho sobre las aguas de Piedras Blancas a la decisión de un Tribunal de arbitramento que funcionaría y decidiría en la forma en él prevista.

"Tramitado el arbitraje, los jueces llegaron a las siguientes conclusiones en el punto sometido a su decisión:

"Entran ahora, como resultado de su trabajo y estudio, a pronunciar el presente fallo".

"Declaran en primer término, que proceden como amigables componedores, al tenor del convenio pactado entre los Distritos, y que su decisión la van a proferir de conformidad con los dictados de la equidad o justicia natural, sin que esto signifique que hayan prescindido de principios de justicia legal aplicables al caso.

"Si bien es cierto que el arroyo de Piedras Blancas en su parte más alta corre por territorios de Guarne y Medellín, ya al comenzar su descenso de la cordillera al valle entra en territorio de Copacabana y por éste continúa hasta llegar al río, beneficiando a su paso numerosas propiedades particulares y a la población misma.

"Del arroyo pueden servirse los propietarios riberaños, a condición de hacer volver los sobrantes al acostumbrado cauce; de donde se deduce que la población de Copacabana tiene derecho de que a ella llegue aquel arroyo, aunque con las mermas producidas por el uso legítimo de tales riberaños, o de personas que tengan títulos con otro amparo legal suficiente. (Legislación anterior, etc.).

"Copacabana se ha servido de las aguas del arroyo, para el abasto público y para los menesteres domésticos de los habitantes, desde tiempos antiguos, que bien pueden remontarse a la época en que la población se trasladó al lugar en donde hoy existe, lo cual acaeció, según la Geografía del doctor Manuel Uribe Angel, en el año de 1670. En cambio, la Villa de Medellín sólo fue originada por Real Cédula expedida en 1675 y el Municipio de este nombre no ha venido a aprovecharse de las aguas de Piedras Blancas sino en los últimos años.

"Si el Municipio de Medellín, como persona de derecho privado, es riberaño del arroyo de Piedras Blancas, por haber comprado predios aledaños a dicho arroyo, está sujeto, en cuanto al uso de las aguas, a la limitación legal de hacer volver el sobrante al cauce; como también lo estaban las personas que le vendieron derechos en esas aguas.

"Por otra parte, no se ha probado que el Municipio de que se trata, obrando como persona de derecho público, o sea como entidad política, y considerando que el arroyo baña una parte de su territorio, hubiera promovido el juicio respectivo, con el fin de conseguir parte de las aguas para los menesteres domésticos de los habitantes de la ciudad.

"De las anteriores consideraciones se saca la consecuencia de que Copacabana tiene un derecho preferente al que pudiera invocar Medellín, para servirse de las aguas del riachuelo que llegan a la población, sujetándose solamente a las normas legítimas que quedan referidas; y he aquí por qué, en estricta equidad o justicia natural, puede el mentado Municipio de Copacabana exigirle al de Medellín una suma de dinero para desistirse de sus pretensiones a la totalidad de las aguas de Piedras Blancas, entendida esta totalidad en el sentido que se deja explicado".

"El día 9 de mayo de 1931 se renovó el contrato de 1923, el que luego quedó modificado por convenio de 8 de octubre del mismo año, convenio que después de ser legalmente refrenado por los respectivos concejos municipales, se elevó a escritura pública bajo el número 2156 de 6 de noviembre de 1931, de la Notaría Tercera del Circuito de Medellín. En este nuevo arreglo además de otras prestaciones se pactó en síntesis: que Copacabana permitiera un mayor uso de aguas por parte de Medellín, obligándose éste, por su parte, a proporcionar energía al municipio propietario o principal usufructuario de la corriente de "Piedras Blancas", al

vencerse este contrato revivirían las obligaciones y prestaciones consignadas en las cláusulas del primitivo contrato de 1923.

"4°—Durante los años de 1940, 1941 y 1942, ante el vencimiento del último contrato celebrado por los dos municipios en el año de 1931, se iniciaron conversaciones de arreglo entre sus representantes, en forma amistosa y cordial y con la mayor buena fe por parte de los representantes del Municipio de Copacabana, en términos tales que se negaron éstos a enajenar las aguas o el derecho de usarlas, propuesto por Medellín, a cambio de prestaciones en dinero o a la construcción de una planta para energía eléctrica de la población.

"Por su parte el Municipio de Medellín, no obstante tales propuestas y el adelantamiento de las conversaciones y gestiones para concertar un nuevo contrato con el Distrito de Copacabana, obrando a espaldas de éste y con la mayor cautela, por memorial de 10 de noviembre de 1942, se presentó al Ministerio de la Economía Nacional a solicitar legalización del uso de las aguas y a recabar de esa Superioridad administrativa dizque merced de la corriente, para uso de sus habitantes, sin hacer manifestación alguna sobre los lazos jurídicos que lo ataban al Distrito de Copacabana en virtud de los contratos celebrados y sin hacer la elemental declaración de que el uso que hacía de la corriente, lo ejercía en nombre del Municipio de Copacabana, quien entonces disfrutaba de ella por intermedio de Medellín, el que como contraprestación, le proporcionaba energía para sus menesteres. Ni siquiera hizo alusión al derecho que sobre las aguas reconocía en cabeza de Copacabana, base de todos los contratos, definición hecha por el Tribunal de Arbitramento y soporte de las conversaciones y arreglos que entonces estaba celebrando con el otro Municipio contratante.

"5°—Fue cuando trató de practicar una inspección ocular la Sección de Minas y Baldíos de la Gobernación de Antioquia, la que actuaba investida de Comisión Especial de Aguas, en virtud del Decreto número 343 de 10 de febrero de 1942, cuando el Municipio de Copacabana se dio cuenta del festinado procedimiento seguido por Medellín para arrebararle el uso de las aguas que siempre le ha reconocido; y entonces por medio de apoderados, presentó formal oposición a la merced solicitada por Medellín con el derecho que le consagran el artículo 25 de los Decretos 1381 y 1382 de 1940, y con fundamento en las siguientes razones: a) **En que al Municipio de Copacabana corresponde el uso de las aguas de la quebrada Piedras Blancas;** b) **En que el Municipio de Copacabana tiene derecho preferente a la concesión de aguas de Piedras Blancas, a cualquier persona o entidad que las pretenda;** y c) **En que el Municipio de Medellín está incapacitado jurídicamente para solicitar merced de aguas sobre la corriente de Piedras Blancas.**

"A su vez el Municipio de Copacabana obrando en nombre propio y para salvaguardia de sus derechos en escrito de 25 de noviembre de 1943, se dirigió al Ministerio de la Economía Nacional, por conducto de funcionarios de esa dependencia, para solicitar legalización del uso de las aguas del arroyo de Piedras Blancas, tanto de las que directamente percibía como de las que disfrutaba a su nombre el Municipio de Medellín prestándole en cambio servicios de energía.

"Sustentó esta solicitud el Personero de Copacabana en los siguientes términos:

"1°—Desde tiempo inmemorial, por menos desde el año de 1670, fecha ésta en que fue trasladado el Municipio que representó al lugar que

hoy ocupa, este Distrito viene haciendo uso de las aguas de "Chorillos" y "Piedras Blancas", para los menesteres domésticos de sus habitantes, lo mismo que posteriormente para el servicio de varias industrias establecidas en jurisdicción del Municipio".

"2º—Copacabana ha hecho uso de esas aguas, pero de 1923 en adelante, en virtud de contrato celebrado con el Municipio de Medellín, se convino en que éste utilizaría parte de ellas, en cambio de una prestación de dinero, punto que fue decidido por arbitradores, según se estipuló en el mismo contrato. Posteriormente en virtud de contrato que ha venido renovándose sucesivamente, Medellín ha utilizado parte de las aguas que corresponden a Copacabana, aparte de las que usa a nombre propio, como contraprestación al suministro de energía eléctrica, que Medellín ha venido haciendo a Copacabana. El último contrato a pesar de estar vencido y no haber sido revocado, de hecho se ha seguido cumpliendo por ambos Municipios, mientras se decide si hay lugar o no a renovarlo".

.....
"4º—Como se ha expresado, esta agua se destina:

"a) Parte de ella actualmente se usa para el servicio de acueducto;

"b) Para energía eléctrica, toda vez que habiendo vencido el término de los contratos celebrados con Medellín, Copacabana con las aguas que a nombre de ella usa Medellín y que deberán volver a su poder, atenderá el servicio de alumbrado para los habitantes de la población; y

"c) Al servicio de energía para las varias empresas industriales que actualmente tienen establecidas sus factorías en jurisdicción del Distrito, tales como las fábricas de "Sedeco e "Imusa".

.....
"6º—El acueducto está actualmente en funcionamiento, y la planta eléctrica se planeará y establecerá una vez fenezcan de hecho y definitivamente los contratos celebrados con Medellín, sobre el suministro de energía para Copacabana".

.....
"Sexto.—El Ministerio de la Economía Nacional, por medio de Resolución No. 7 de 17 de enero de 1944, consideró la petición de Medellín así como la oposición formulada por Copacabana, lo mismo que la solicitud de merced de aguas de ésta para decidir en una sola providencia:

"1º—Legalizar en favor de Medellín el uso de las aguas de la quebrada "Piedras Blancas" en un 85.07% del caudal total;

"2º—Legalizar en favor de Copacabana, el uso de las mismas aguas, en un 14.93% del mismo caudal total;

3º (4º, 5º, 6º, 7º y 8º) Señalar término de las legalizaciones; indicar condiciones de servicio; ordenar la presentación para la aprobación de las tarifas de los servicios de acueducto ante el Ministerio de Obras Públicas; señalar condiciones legales de la merced; ordenar la publicación y notificación de la providencia; e indicar los recursos administrativos contra ella.

"Con esta Resolución se vulneraron los derechos del Municipio de Copacabana, ya que se desestimó su posición de hecho y de derecho ante los problemas por ella considerados; se negó virtualmente la oposición que se había fundado en derechos ciertos y en clarísimas disposiciones legales, se desconoció la vigencia de contratos libre y válidamente celebrados por los Municipios; se privó prácticamente al de Copacabana del servicio de energía; y se le arrebató el uso ejercido por ella sobre las aguas desde

tiempo inmemorial y en todo caso mucho antes de la fundación de Medellín, el que sólo en los últimos años ha pretendido tal corriente.

“Séptimo.—Con base en estas razones por medio de apoderados y según escrito registrado en el Ministerio de la Economía Nacional el 19 de febrero de 1944, el Municipio de Copacabana solicitó reposición de la Resolución No. 7 de 17 de enero de 1944, para que en su lugar se consideraran y resolvieran favorablemente sus peticiones establecidas bajo las circunstancias de hecho y de derecho alegadas por el Municipio recurrente y que no fueron consideradas ni decididas en la providencia ministerial; para que se apreciara el dominio que sobre las aguas ejerce Copacabana o en su defecto su derecho exclusivo al uso de la corriente, por razón de la prioridad en usarlas; y para que se consideraran las cuestiones jurídicas propuestas sobre sentencia arbitral, validez de las convenciones celebradas por los dos Distritos y demás cuestiones formuladas en virtud de razonamientos catalogados dentro de los siguientes presupuestos: a) La cuestión de hecho; b) La cuestión jurídica; c) Cuestiones jurídicas no consideradas por el Ministerio, y d) Conclusiones.

“Octavo.—Por Resolución No. 85 de 21 de septiembre del presente año de 1944, el Ministerio de la Economía Nacional, desató el recurso interpuesto absteniéndose de reformar y revocar la Resolución No. 7, de 17 de enero del mismo año y confirmado en todas sus partes dicha providencia. Ambas resoluciones han sido notificadas y publicadas en la forma legal y contra ellas no queda ningún recurso de carácter administrativo.

“Noveno.—Con la notificación y ejecución de esta providencia ha sobrevenido enorme perjuicio al Municipio de Copacabana, toda vez que el de Medellín se ha sentido desligado de los compromisos por él contraídos y con fecha 16 de octubre de este año, por medio de la Gerencia de la Segunda Sección de Empresas Públicas Municipales, ha notificado al Municipio que represento en el sentido de que no le prestará más energía para sus servicios, en atención a la legalización del uso de las aguas de Piedras Blancas, decretada a su favor por el Gobierno.

“En virtud pues de esta providencia administrativa se le han arrebatado a Copacabana las aguas de Piedras Blancas **que le pertenecían** o se le ha privado del uso a que legítimamente tiene derecho; se le ha desconocido el derecho adquirido sobre las aguas o sobre su uso; se ha violado una sentencia ejecutoriada dictada en su favor; se han desconocido contratos celebrados entre personas capaces, por autoridad distinta del Órgano Judicial, único competente para invalidarlos; se le ha privado de sus derechos sin haber sido oída y vencida en juicio propio y ante las autoridades competentes, por dos simples Resoluciones de la administración”.

— II —

Actos acusados

En las Resoluciones acusadas hace el Ministerio de la Economía Nacional interesantes consideraciones jurídicas en relación con el problema en estudio que luego se analizarán. Por ahora se transcribe el texto de su parte resolutive:

a) Resolución número 7 de 17 de enero de 1944:

“Artículo 1º—Legalizar el uso que el Municipio de Medellín ha venido haciendo de las aguas de uso público de la quebrada “Piedras Blan-

cas", con destino al servicio de su acueducto urbano, hasta el 85.07% del caudal total de la corriente en todo tiempo, equivalente a 114 litros por segundo, cuando el dicho caudal sea de 134 litros por segundo, calculado como mínimo.

Artículo 2º—Legalizar el uso que el Municipio de Copacabana ha venido haciendo de las aguas de uso público de la quebrada de "Piedras Blancas", con destino al servicio de su acueducto urbano, hasta el 14.93% del caudal total de la corriente en todo tiempo, equivalente a 20 litros por segundo, cuando el dicho caudal sea de 134 litros por segundo calculado como mínimo.

Artículo 3º—Las anteriores legalizaciones comprenden un término de veinte años, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, término que puede ser prorrogado durante el año anterior de su vencimiento.

Artículo 4º—La captación y conducción de las aguas las harán los municipios nombrados en la forma y condiciones en que lo han venido haciendo hasta ahora, de manera tal que el servicio se preste con la regularidad, continuidad y eficacia que determine el Ministerio de Obras Públicas por intermedio del Departamento de Servicios Públicos.

Artículo 5º—Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto por la ley 109 de 1936, las tarifas y reglamentos de las dos empresas de acueducto, deberán ser aprobados por el Ministerio de Obras Públicas, por intermedio del Departamento dicho, e igualmente, el citado Ministerio concederá los permisos necesarios para ocupar los bienes nacionales de uso público, como calles, plazas, etc., con las redes y tuberías correspondientes.

Artículo 6º—De conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 del Decreto 1382 de 1940, las condiciones señaladas en sus Capítulos III, IV y V, se entenderán incorporadas en esta providencia.

Artículo 7º—Esta Resolución deberá publicarse en el Diario Oficial en la forma indicada por el artículo 35 del citado decreto 1382 de 1940, sin causar por ello costo alguno, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución número 2 de 1935, originaria del Ministerio de Gobierno.

Artículo 8º—Contra esta providencia sólo procede por la vía gubernativa el recurso de reposición, para que se aclare, modifique o revoque, recurso que debe interponerse dentro de los diez (10) días últimos a partir de la notificación personal, o dentro de los treinta siguientes a la fecha de la publicación del respectivo edicto en el Diario Oficial. La Secretaría, en el acto de la notificación deberá dejar constancia expresa de esta circunstancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

El Ministro de la Economía Nacional, (Fdo.) Moisés Prieto. — El Secretario General del Ministerio, (Fdo.) Jorge Merchán.

b) Resolución número 85 de 21 de septiembre de 1944:

"Por las anteriores consideraciones, que confirman en un todo las expuestas como fundamento de providencia recurrida, el Ministro de la Economía Nacional, **Resuelve:** Artículo Unico.—Confirmar en todas sus partes la Resolución número 7 de 17 de enero de 1944 originaria de este Despacho. Por estar agotada la vía gubernativa, contra esta Resolución no es procedente recurso alguno.

"Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

"El Ministro de la Economía Nacional, (Fdo.) Carlos Sanz de Santamaría. — El Secretario General del Ministerio (Fdo.), Ignacio Alvarez Aguiar".

Por medio de auto de fecha 30 de enero de 1945 el Consejero sustanciador admitió la demanda y ordenó su notificación al Personero Municipal de Medellín, para cuyo efecto comisionó al señor Presidente del Tribunal Contencioso Administrativo de aquella ciudad. Como en la demanda se solicitaba la suspensión provisional de los actos acusados, el Sustanciador resolvió tal solicitud en forma negativa por considerar que se trataba de cuestiones de doctrina y de fondo que no eran propias de un incidente de suspensión. Recurrido este auto en súplica, la Sala de Decisión la confirmó en providencia de fecha 8 de junio de 1945.

El doctor León Cruz Santos actuó en el juicio como apoderado del Municipio de Copacabana y el doctor Gilberto Moreno T. llevó la representación del Municipio de Medellín.

Por petición de éste último se trajo a los autos el expediente contenido de las Resoluciones acusadas con todos sus antecedentes.

En el juicio se practicó por toda la Sala una inspección ocular sobre las materias del litigio, con intervención de peritos, con los resultados de que adelante se hablará.

Como el proceso se halla tramitado en la forma ordenada por la ley se procede a presentar los problemas jurídicos que en él se plantean para estudiarlos y resolverlos.

— III —

Fundamentos jurídicos de la demanda

La acción de los representantes de Copacabana está confirmada jurídicamente sobre la base de que dicho Municipio tiene un derecho preferencial al uso de las aguas de la quebrada de Piedras Blancas como quiera que así lo derivó de la legislación española bajo el período colonial y lo ratificó bajo la república mediante el ejercicio tradicional de su carácter de usuario de dichas aguas. Con base en este principio esencial el demandante señala como violadas las disposiciones superiores que cita en los apartes del libelo que en seguida se transcriben:

"...Las resoluciones mencionadas violan entre otras disposiciones las siguientes:

"Artículo 26 y 182 de la Constitución Nacional; 28 y 322 de la ley 153 de 1887; 669 a 684 y 2683 del C. C.

"Al desconocer el Ministerio de la Economía Nacional por medio de sus resoluciones los derechos de Copacabana, que en virtud de la legislación española ostenta sobre la propiedad de las aguas del arroyo de Piedras Blancas, viola el precepto constitucional que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, las cuales no pueden ser desconocidas ni vulneradas por leyes posteriores, ya que los bienes y rentas de los Departamento, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares a la luz del artículo 182 de la actual codificación constitucional.

"Al aplicar el Ministerio leyes posteriores a la Constitución de los derechos de Copacabana, además de torturar las disposiciones constitucionales citadas, viola los artículos 28 y 322 de la ley 153 de 1887 que los desarrollan, ya que éstos reconocen la subsistencia de los derechos adquiridos bajo el imperio de anterior legislación, lo mismo que el artículo 2683 del C. C. que ordena que las cuestiones anteriores a su vigencia "se deci-

dirán con arreglo a las leyes sustantivas que estaban vigentes cuando se ejecutó el auto, se adquirió el derecho, se contrajo la obligación o celebró el contrato” y el artículo 684 de la misma obra fue especialmente en lo referente al dominio de la Unión sobre las aguas, expresa que subsistirán en ellas los derechos adquiridos por particulares de acuerdo con la legislación anterior al Código, fuera del artículo 669 que define el dominio, como derecho real de naturaleza exclusiva, no reconocido como tal por el Ministerio ya que hace, por medio de sus resoluciones, que el Municipio de Copacabana comparta con Medellín el disfrute de las aguas en situación de completa inferioridad para el primero.

.....
“Por las razones expuestas en este capítulo, resultan violadas fuera de los citados, los siguientes preceptos: Artículos 16, 22, 52, 53, 55, 57 de la Constitución; 2º de la ley 50 de 1936, numeral 1º; 142, 143, 466, 468, 473, 474 del C. J.; los artículos 1602, 1494, 1495, 1502 y siguientes del C. C., en cuanto se desconoce la libertad contractual y la firmeza de convenciones garantizadas por ellos, siendo así que los contratos versaron sobre materia lícita, a la luz de las disposiciones citadas en otro capítulo de esta demanda.

“Aún aceptando la virtual nulidad de los contratos celebrados, las Resoluciones infringen los principios sobre nulidad que debe “ser declarada por el juez”, según los artículos 1743 del C. C. y 2º de la ley 50 de 1936; nulidad que “pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”, conforme el artículo 1746 del C. C.

“Como las Resoluciones hacen caso omiso del contrato de 1923, viola el artículo 2469 sobre transacción; y como niegan la eficacia de la sentencia arbitral, atentan contra la autoridad de la cosa juzgada, mandada respetar por los artículos 473 y 474 del C. J. que resultan igualmente vulnerados ya que tal sentencia se ajusta a las pautas de los artículos 466, numeral 1º y 468 del C. J.

“En cuanto Copacabana aparece condenada pretermitiendo la propiedad del juicio y la certeza procesal, violan las Resoluciones del Ministerio, el artículo 22 de la Carta sobre fuero procesal, en concordancia con el artículo 16 de la misma, ya que las Resoluciones acusadas invaden órbita de otro Organó del Poder Público, cuyo reglamento está establecido en la ley; resultan infringidos el artículo 57 de la Carta y los artículos 52, 53 y 55, sobre separación e independencia de los Organos Públicos, fuera de las siguientes disposiciones del C. J.: 109 numeral 1º, que fija la competencia del Juez de Circuito, en controversias en que sea parte un Municipio; el 142 del mismo Código de C. J., que define la jurisdicción y competencia”.

— IV —

Concepto del Fiscal

El señor Fiscal de la corporación emitió concepto de fondo sobre este negocio en los siguientes términos:

“Los fundamentos de la acusación consisten, en resumen, en que las providencias querelladas desconocen la propiedad del Municipio de Copacabana sobre las aguas de Piedras Blancas, adquirida de conformidad con

la legislación española vigente en el tiempo de su fundación; que vulneran, al menos, su derecho adquiridó al disfrute o uso de la mayor parte de tales aguas, de acuerdo con las leyes actuales; que ignoran la validez de convenciones lícitas, celebradas entre Medellín y Copacabana sobre aprovechamiento de la corriente de Piedras Blancas, lo mismo que la sentencia arbitral que zanjó sus diferencias al respecto; y que en último término, si el fallo y los contratos mencionados son nulos, Copacabana tiene derecho a que se restituyan las cosas al estado anterior, o a que sea el Organo Judicial el que defina los derechos de ambos distritos.

“Como puede observarse, se plantean aquí cuestiones jurídicas de enorme trascendencia, referentes al régimen legal de las aguas de uso público, a la naturaleza de los derechos que sobre esos bienes puedan adquirir los particulares (pues como tales han de tenerse ahora las entidades en pugna), a la competencia de la Administración para decidir las controversias que se suscitan, etc. Pero ha de anotarse, que cualesquiera que sean las soluciones doctrinales que se acojan sobre estos problemas de puro derecho, de todas maneras en el presente juicio el material probatorio allegado es insuficiente a sustentar una declaración de nulidad de los actos acusados. En efecto: “como antes se ha visto, uno de los hechos básicos alegados por la parte demandante, es el uso de la totalidad de las aguas de Piedras Blancas desde tiempo inmemorial, en el cual se pretende fundar un derecho, si no al dominio absoluto, por lo menos a la utilización preferente de la mayor parte de la corriente susodicha. Pero es el caso que tales afirmaciones no aparecen debidamente demostradas, en forma que permita deducir de modo incuestionable que la distribución efectuada por el Municipio es manifiestamente inequitativa y desfavorable al Municipio de Copacabana.

“Por otra parte, debiendo aceptarse que, en principio, al Gobierno como supremo administrador de los bienes de uso público corresponda la facultad de reglamentar su aprovechamiento por los particulares; teniendo en cuenta que los Decretos números 1381 y 1382 de 1940, que regulan esta doble actividad de la Administración y de los gobernados en materia de aguas, fueron analizados y encontrados ceñidos a las normas superiores por la Corte Suprema de Justicia; considerando finalmente que, en el presente caso, a las resoluciones querelladas precedió un estudio cuidadoso de la situación jurídica y de las necesidades de los distritos en pugna, lo que refuerza la presunción de legalidad que acompaña a los actos de los funcionarios públicos, ha de concluirse que en el estado actual del proceso las providencias acusadas del Ministerio de la Economía Nacional deben tenerse como ajustadas a derecho”.

Segunda parte

Estudio de los argumentos jurídicos de la demanda

La tesis fundamental del actor está configurada sobre la base de que el Código Civil colombiano amparó los derechos adquiridos bajo el imperio de la legislación anterior y como quiera que a Copacabana pertenecían las aguas de Piedras Blancas de conformidad con las ordenanzas españolas para las Indias, esta situación secular debe ser respetada. El demandante desenvuelve esta doctrina jurídica en los siguientes términos:

“Pero hay que tener en cuenta que el Código Civil no sólo hizo general reserva en su artículo 2683 de la legislación anterior, sino que especialmente sobre las aguas estatuyó por medio del artículo 684 lo siguiente:

"No obstante lo prevenido en este Capítulo y en el de la **accesión**, relativamente al dominio de la unión sobre los ríos, lagos e islas, subsistirán en ellos los derechos adquiridos por particulares, de acuerdo con la legislación anterior a este Código".

"Este principio de respeto sobre lo adquirido que al sancionarse el Código era una consonancia con el artículo 31 de la Carta de 1886, es al mismo propugnado por la moderna legislación sobre aguas, así: Parágrafo 1° del artículo 3° de la ley 113 de 1928; inciso tercero del artículo 7° del Decreto-ley 1381 de 1940; e inciso tercero del artículo 7° del Decreto Reglamentario 1382 de 1940, propiciado todo ello por el artículo 26 de nuestra actual codificación constitucional.

"Este principio tradicional de nuestras instituciones y pauta universal del Decreto ha sido siempre reconocido en nuestra legislación; basta citar la Constitución anterior, la de 1863, la que en su artículo 24 reconocía la irretroactividad de las leyes; y de ahí hacia atrás las demás leyes fundamentales de Colombia han prohiado este concepto tutelar de los derechos y elemental presupuesto de la vida jurídica.

"Por tanto, de acuerdo con una sana hermenéutica, sabiamente establecida en la ley 153 de 1887, necesidad hay de ir hasta los actos iniciales para apreciar las consecuencias jurídicas y la concreción de los derechos, para poder llamarlos adquiridos. Para el caso en estudio se requiere investigar la legislación existente con anterioridad al año de 1670, época de la nueva fundación o traslado al lugar que hoy ocupa el Municipio de Copacabana, para estudiar a la luz de ella los derechos que este antiguo Distrito puede invocar sobre las aguas de Piedras Blancas; todo bajo el demostrado antecedente de que precisamente para servirse de esas aguas que fue para lo que se hizo el traslado a la actual localidad en el año de 1670. Este punto fue luminosamente estudiado por el ilustre civilista antioqueño doctor Agustín Villegas, ante el Tribunal de Arbitramento que decidió el punto, en el año de 1924. Me permito transcribir lo pertinente que reza:

"La Nación Española al conquistar estas tierras, nos impuso su religión, su idioma, sus costumbres y sus leyes. Cuando se verificó el descubrimiento de América, en el siglo XV, regían en España en materia civil, las leyes de Partidas que entraron en vigor en aquella Nación en el siglo XII y extendieron su fuerza obligatoria a las colonias españolas de América al descubrirse estos mundos. En la ley 11 de la Partida tercera, se hace la clasificación de los bienes por razón del dominio que en ellos se tiene. Según esa división unos de esos bienes pertenecen no sólo al hombre sino a las demás criaturas vivientes; *otros que pertenecen a determinada Villa o Aldea como las fuentes*; otros a personas particulares, y otros que no pertenecen a señorío de ningún hombre. Concretándome a la última rama de la división, dice dicha ley:

"Los ríos, o los puentes, o los caminos públicos pertenecen a todos los omes comunalmente; en tal manera que también pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que moran o viven en aquella tierra do son".

"Mucius Scaevola (sic) notable comentador del derecho civil español moderno observa, con razón, lo siguiente: "La legislación patria de aguas es modernísima, hija exclusivamente de nuestro siglo. El Fuero Juzgo, el Fuero Viejo, y las Partidas ofrecen algunos preceptos sobre esta materia, pero escasos, sueltos, sin obedecer a noción alguna sobre especialidad del dominio de las aguas". Y es que, las Partidas en esta materia tie-

nen una concisión rayana en deficiencia. De allí que los dos escoliadores más notables de las Partidas, Antonio Gómez y Gregorio López, hubieran comentado la disposición acotada con una autoridad semejante a la empleada por Papiniano, Cayo, Paulo, Ulpiano y Modestino en la legislación romana, y decidieron, y así lo aceptaron los Magistrados y Jueces de aquende y allende el mar, que los ríos de que habla esa disposición, son solamente aquellos **que desaguaban al mar y los demás ríos pertenecían al primero que los ocupara.** (Véase Escrich. Aguas. Pág. 110)".

"Puedo aseguráros, señores árbitros, que en las demás disposiciones de las leyes de Partidas, ni en aquel cuerpo de leyes expedido posteriormente que se denominó "nueva recopilación", existe sobre aguas nada fuera de lo dicho. Y no menciono la "Novísima Recopilación", porque ésta no rigió entre nosotros porque cuando fue sancionada ya las colonias habían proclamado su independencia y desconocido el Gobierno Español".

"En un cuerpo de leyes expedido en España y que había de regir no como las anteriores en aquella Nación y en sus colonias americanas, sino únicamente en éstas y que por eso se denominó "Recopilación de Indias", encuentro una disposición que tiene mucho que ver con el asunto sometido a vuestra decisión. En efecto en la ley IV, Tít. VII, de allí, se dice: "Ordenamos que el terreno y cercanías que se ha de poblar, se fije en todo lo posible el más fértil, abundante de pastos, leña, madera, metales, **aguas dulces,** etc.". Si se prescribió por medio de una disposición legal que se fundaran las poblaciones donde hubiera aguas abundantes, naturalmente para que disfrutaran de esas aguas, no implicará esa obligación a la vez, el derecho de usar de esas aguas, y el de impedir que otra entidad semejante arrebate ese uso?".

"Las colecciones que he citado, en lo tocante a la legislación civil, estuvieron rigiendo después de la independencia hasta que en virtud del restablecimiento del régimen federal, implantado por la Constitución de 1853, cada Estado se dio su propia legislación civil, fuera de un Código que se llamó de la Unión.

"En el Código Civil antioqueño, que empezó a regir el primero de Enero de 1865, se dice en el artículo 697: "Los bienes son de propiedad pública o de propiedad particular. Los primeros son o de la Unión, del Estado, del común de una ciudad, etc.". El artículo 699 dice que los bienes pertenecientes a la Unión, son objeto de la legislación de la misma Unión. Por eso durante la vigencia de la Legislación Civil antioqueña los ríos eran de propiedad de la Unión, en fuerza del artículo 677 del Código Nacional hoy vigente que es el mismo de la Unión". (Estudio del doctor Agustín Villegas de 19 de febrero de 1924). He subrayado. "En consecuencia: si la legislación aplicable, la que puede predicarse sobre el dominio de aguas poseídas desde tiempo inmemorial es la española; si ésta atribuía la propiedad de las fuentes a las Villas y Aldeas, reservando sólo como comunales los ríos que desembocan al mar; si ordenaba la fundación de tales Villas y Aldeas aledañas a fuentes de agua dulce; si la apropiación hecha inicialmente por Copacabana de la corriente de Piedras Blancas, que no confluye al mar, se hizo conforme a derecho; si por tal acto la población tomó para sí estas aguas, las que desde entonces ha poseído en forma quieta y pacífica con reconocimiento unánime de su derecho por parte de personas y entidades, es forzoso concluir que tal corriente, como la Nación no podía hacerla de su reserva, no es de su propiedad y sí pertenece a título de dominio al Municipio de Copacabana".



Capítulo I

La Legislación de Indias sobre aguas y la teoría de los derechos adquiridos

De conformidad con la parte transcrita los argumentos jurídicos del demandante se respaldan de manera fundamental en el respeto que debe tenerse a los derechos adquiridos por el Municipio de Copacabana al amparo de la legislación de Indias y posteriormente bajo el período republicano. A pesar de haber establecido el artículo 677 del Código Civil que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes del estado, de uso público en los respectivos territorios, se dispuso en el artículo posterior número 684 que subsistirían sobre esas aguas los derechos adquiridos por los particulares, de acuerdo con la legislación anterior al Código Civil. Otras disposiciones como las que en seguida se transcriben, parecen reforzar esta tesis:

a) Decreto número 616 de 1902.

“Artículo 1º—Ninguna entidad o corporación tiene facultad legal para privar del uso de las aguas a los predios o heredades por donde ellas corran sino en el caso y con las formalidades que señala el inciso 3º del artículo 893 del Código Civil, o cuando por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se les haya reconocido el derecho de hacerlo.

b) Código Civil.

“Artículo 918. Las mercedes de agua que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas”.

Antes de analizar la vigencia y eficacia actuales que puedan tener las disposiciones transcritas sobre derechos adquiridos, se examinará el argumento principal de la demanda que presenta la petición de Copacabana como amparada por la legislación española para las Indias.

Sección 1 — Ubicación jurídica de las aguas en el Derecho Indiano

Como quiera que la legislación de Indias no significó un simple trasplante del derecho castellano, que apenas rigió en las colonias españolas de América con un carácter supletorio, sino que fundamentalmente fue una elaboración de síntesis entre las concepciones jurídicas peninsulares, las costumbres indígenas y las necesidades de las nuevas colonias, se hace indispensable una breve alusión a estas fuentes que configuraron el derecho indiano.

1º—Antiguo derecho español

El derecho español antiguo, especialmente el contenido en las famosas Siete Partidas estuvo impregnado, respecto de las aguas, de un criterio público que vinculaba su uso a la comunidad. Dentro de las pocas disposiciones sobre el particular contenidas en las Siete Partidas, se destacan las siguientes:

a) Partida 3ª, Título 28, Ley 6ª: “Los ríos, y los puertos y los caminos públicos pertenecen a todos los *omes comunalmente*, en tal manera que también pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña como los que moran y viven en aquella tierra do son”.

b) La ley XV del Título V de la Partida 5ª, decía: “El hombre libre o la cosa sagrada, o religiosa, o santa, o lugar público, así como las playas, y los caminos, y los ríos, y los puentes que son del Rey o del común de algún Consejo, no se pueden vender, ni enajenar”.

c) La ley III, Título XXVIII, Partida 3ª, dice: "Cuales son las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas.

"Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo son estas: El aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera; cualquier criatura que viva puede usar de cada una de estas cosas según que le fuere menester...."

Este carácter común que tenían las aguas en las Siete Partidas no se pierde sino que por el contrario se afianza con el descubrimiento del Nuevo Mundo, su conquista y su colonización. Como quiera que las causas que determinan el reforzamiento del carácter común de las aguas se explicarán un poco más adelante, basta para ahora confrontar el texto de las Siete Partidas, con otros textos de la legislación de Indias, como por ejemplo, con la ley VII del Título XVII del Libro 4º que dice así:

"Ley VII.—Que los montes y pastos de las tierras de señorío sean también bienes comunes. (El Emperador D. Carlos y la Emperatriz Gobernadora, año 1533).

"Los montes, pastos, y aguas de los lugares, y montes contenidos en las mercedes, que estuvieren hechas, o hiciéramos de señoríos en las Indias, deben ser comunes a los españoles e Indios. Y así mandamos a los Virreyes, y Audiencias, que lo hagan guardar, y cumplir".

Las citas anteriores demuestran que el viejo derecho peninsular estaba saturado de principios comunitarios habiendo comprendido los ríos y las aguas en general dentro de los bienes que pertenecen a todos los individuos que integran la sociedad sin que nadie pueda alegar sobre ellos dominio particular y exclusivo. Esta característica tradicional no chocaba con las prácticas indígenas que encontraron los castellanos en el nuevo continente. Por el contrario, aquí en América predominaban sociedades bárbaras de un pujante sentido comunitario en su organización. Dentro de ese ámbito propicio la vieja legislación española se renovaba revitalizando sus principios seculares sobre la existencia de ciertos bienes que pertenecen comunemente a todos. Estos bienes comunes se adscribían a la Corona y su propiedad se personificaba en el príncipe. Sobre el particular el profesor español Sabino Álvarez-Gendin, en su Manual de Derecho Administrativo dice:

"Nuestro Vázquez Menchaca, al escribir de los bienes de la Corona que se personificaban en el Príncipe alude a la doctrina que se inicia en los siglos XII y XIII; dice que estos bienes pertenecían al patrimonio público, como eran las ciudades, las murallas, las carreteras, los puentes, etc. Las aguas y los ríos eran considerados también como insusceptibles de enajenación, pero por su naturaleza y no por su destino".

2º—Costumbres indígenas.

Los estudios históricos sociológicos contemporáneos sobre las principales culturas indígenas de América demuestran que estaban constituidas sobre base de clanes, o sea de grupos consanguíneos, frecuentemente de carácter cognaticio y exogámico, con un derecho comunitario sobre la tierra. Estos clanes se denominaron *ayllus* entre los incas y *calpullis* entre los aztecas y existieron entre los chibchas sin que conozcamos la palabra indígena que los singularizaba. El derecho colectivo de propiedad sobre la tierra en cuanto respecta a los indígenas que poblaban el territorio de Colombia se demuestra entre otros motivos por el surgimiento de los resguardos bajo la organización colonial y su prolongación dentro de la república hasta la actualidad. El resguardo, desde el punto de vista

que interesa para este estudio, es un grupo social indígena, probablemente un antiguo clan o una tribu, al cual la legislación de Indias y posteriormente la legislación republicana le reconocieron el derecho colectivo de propiedad sobre las tierras que ocupaba. Una práctica indígena comunitaria fue así verificada y reconocida por las legislaciones colonial y republicana. El disfrute de la tierra por el grupo indígena en una forma colectiva implica necesariamente el uso de las aguas con el mismo sentido comunitario. La persistencia y el reconocimiento de estas prácticas colectivas sobre las aguas, pastos y montes en la organización colonial hispanoamericana lo explica el profesor José María Ost Capdequi, en su libro "El estado español en las Indias", en los siguientes términos:

"Desde los tiempos mismos de los primeros descubrimientos se ve a los legisladores españoles preocupados por mantener y fomentar en las Indias la existencia de bienes comunales. Fue este principio uno de los que más persistentemente influenciaron toda la política colonizadora del Estado español en estos territorios. La experiencia, varias veces secular, adquirida en la Metrópoli en las luchas por la reconquista nacional, había puesto de relieve la importancia económica de la existencia de bienes de aprovechamiento común —montes, pastos y aguas—, para conseguir la repoblación de las comarcas ganadas a los árabes.

"Por eso, tanto en las capitulaciones como en las Reales Cédulas y Ordenanzas de Felipe II de 1573 se ha de señalar ejido "en tan competente cantidad, que aunque la población vaya en mucho crecimiento siempre quede bastante espacio a donde la gente se pueda salir a recrear y salir los ganados sin que hagan daño"; confinando con los ejidos se habían de señalar dehesas "para los bueyes de la labor y para los caballos, y para los ganados de la carnicería, y para el número ordinario de ganados que los pobladores por ordenanza han de tener, y en alguna cantidad más para que se cojan para propios del Consejo".

La práctica del uso comunitario de las aguas por parte de los indígenas a que hace alusión el profesor Cat en el texto citado, adquiere forma legal en la legislación para las Indias donde se consagran aquellas tradiciones tanto para los españoles como para los indios. En efecto, la ley XI, sobre el riego de tierras dice así:

"Ley XI, Título XVII, Libro IV, (El Emperador D. Carlos y la Emperatriz Gobernadora en Valladolid a 20 de noviembre de 1536).

"Ordenamos que la misma orden que los indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervingan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo, con cuyo parecer sean legadas, y se dé a cada uno el agua, que debe tener, sucesivamente de uno en otro, para que al que quisiera preferir, y la tomare, y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada, hasta que todos los inferiores a él rieguen las tierras, que tuvieren señaladas".

3º—Carácter común de las aguas en el derecho indiano.

La legislación de algunas prácticas aborígenes se hace presente en todas las Ordenanzas para las Indias, como puede observarse en los textos que a continuación se citan, tomados de la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, edición facsimilar de la cuarta impresión hecha en Madrid en el año de 1791:

"Ley V, Título III, Libro IV, (El Emperador D. Carlos, y el Cardenal Tabera Gobernador en Talavera a 15 de abril, y en Fuesalida a 18 de

octubre de 1541. La Emperatriz Gobernadora en Valladolid a 8 de diciembre de 1550. D. Carlos II y la Reina Gobernadora).

"Nos hemos ordenado, que los pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias, y algunas personas sin título nuestro tienen ocupada muy grande parte de término, y tierras en que no consienten que ninguno ponga corral, ni buhio, ni traigan allí su ganado:

"Mandamos que el uso de todos los pastos, montes, y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueren para que los puedan gozar libremente, y hacer junto a cualquier buhio sus cabañas, traer allí los ganados, juntos, o apartados, como quisieren, sin embargo de cualesquier ordenanzas, que si necesario es para en cuanto a esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningún valor y efecto. Y ordenamos a todos los Concejos, Justicias y Regidores, que guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir lo contenido en esta nuestra ley, y cualquier persona que lo estorbase, incurra en pena de cinco mil pesos de oro, que sea ejecutada en su persona y bienes para nuestra Cámara...."

Al lado de esta disposición de carácter general existen en las Leyes de Indias otras relaciones especialmente con el reparto de agua a los indios. Tal, por ejemplo, la ley LXIII relativa a la forma de nombrar jueces de aguas, y ejecución de sus sentencias que dice así:

"Ley LXIII, Título II, Libro III, (D. Felipe II Ordenanza 78 de Audiencias de 1563. D. Felipe IV en Madrid a 5 de febrero de 1631, y 16 de abril de 1636).

"Ordenamos que los Acuerdos de las Audiencias nombren Jueces si no estuviere en costumbre, que nombre el Virrey, o Presidente, Ciudad y Cabildo, que repartan las aguas a los indios, para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras, abrevén los ganados, los cuales sean tales, que no les hagan agravio, y repartan las que hubieren menester; y hecho el repartimiento, den cuenta al Virrey, o Presidente, que nos le darán con relación de la forma en que han procedido. Y mandamos que estos Jueces no vayan a costa de los indios, y en las causas de que conocieren, si se apelare, sin embargo de suplicación por la brevedad que requieren estas causas; y si executado suplicaren las partes, los admita la Audiencia en grado de revista, y determine lo que fuere justicia".

Toda esta legislación tiene como origen unitario el criterio de que las aguas son bienes comunes que deben repartirse en beneficio de la colectividad. El representante de esa colectividad, de conformidad con el derecho indiano era la autoridad española. Por estas circunstancias las disposiciones que se han transcrito de las Leyes de Indias se basan en que las aguas deben ser comunes a los españoles e indios y su uso reglamentado por acuerdo de las audiencias y con nombramientos de jueces especiales para el efecto. El estado español está omnipresente en todos los aspectos de la vida jurídica de las nuevas colonias y jamás hizo delegación de jurisdicciones dejando todo en sus posesiones de América bajo el imperio exclusivo y unificador de la corona. No surgieron feudos ni marquesados ni hubo parcelación de la soberanía estatal. Por esta circunstancia, y dentro de este marco que regía el desarrollo de las colonias, debe considerarse que los derechos de la comunidad a que se refieren las leyes de indias, estaban tutelados por el estado español como representante de la sociedad que los amparaba reglamentándolos por medio de sus autoridades gubernamentales competentes. No es posible por lo tanto inferir, como se hace en el libelo de la demanda, que las fuentes pertenecieran a determinadas villas

o aldeas. Este derecho de propiedad sobre las aguas a beneficio de particulares o de villas o aldeas no pudo existir bajo el régimen colonial cuyas leyes sobre la materia estaban configuradas sobre la estructura de que las aguas deberían ser comunes. Dentro de este concepto las villas y las aldeas gozaron de aguas y se les fundó cerca a las fuentes para que abastecieran sus necesidades como conglomerados humanos integrantes de la colectividad. Pero del uso de las aguas por parte de villas y aldeas no se puede derivar un derecho de propiedad eterno. Es sabido que las poblaciones españolas, de la primera época colonial, hostilizadas por las necesidades y desbastadas por los asaltos de los indios, llevaron una vida nómada que las hacía trasladarse de un sitio a otro. Tal sucedió, por ejemplo, en Cundinamarca con La Palma y Tocaima y en Antioquia, en el caso concreto de autos, con la población de Copacabana. Al trasiarse ciudades enteras, es obvio que no conservaban derecho de propiedad sobre las aguas existentes en su antigua ubicación geográfica las cuales, según las leyes de indias, que se han transcrito, quedaban a disposición de los cultivadores de la tierra entre quienes deberían ser repartidas por los jueces de aguas. Un derecho que se pierde por el trasplante de la población de un lugar a otro, no puede considerarse como dominio o derecho de propiedad, sino simplemente como un derecho al uso de las aguas dentro del criterio general de beneficio de las mismas por parte de toda la colectividad.

De este derecho supremo de propiedad del Estado español sobre las aguas se derivó el derecho de reglamentación que imperó bajo el régimen colonial. Refiriéndose a este aspecto del problema dice el doctor Valerio Botero Isaza:

“Partiendo del principio de que la propiedad correspondía a la Corona y el uso se reservaba a los particulares, entraron las Leyes de Indias a reglamentar ese uso. . . . “En las Leyes de Indias se autorizaban las mercedes para los siguientes:

“a) Menesteres domésticos y abrevaderos. (Ley V, Título XII, Libro IV; Ley LXIII, Título II, Libro III).

“b) Para ingenios. (Ley VIII, Título XII, Libro IV).

“c) Para riegos. (Ley LXIII, Título II, Libro III).

“Las mercedes eran revocables. Tenemos por bien y mandamos ---decía la Novísima Recopilación--- que las mercedes que se hicieran por sola voluntad de los reyes que se puedan del todo revocar. (Ley X, Título V, Libro III).

“Fue posiblemente fundándose en esta disposición, que en todo caso ya no regía, que el Concejo Municipal de Bogotá dictó el Acuerdo número 15 de 1900, que dice: “Revócase la concesión que hizo el Cabildo de Santa Fe de Bogotá, el 13 de octubre de 1580, de una merced de agua limpia a favor de don Juan de Albiz.

“En las leyes de Indias no se dice si las aguas se pueden o no adquirir por prescripción; pero habiéndose establecido una comunidad en el uso del agua, con eso sólo quedó excluida la prescripción como medio de adquirir el dominio de las corrientes de agua, porque el dominio es un derecho absoluto y exclusivo, y lo absoluto y exclusivo se opone a la comunidad. Quien es dueño puede impedir que el otro use, y cuando un bien es común, de él pueden hacer uso todas las personas. Estos, como se ve, son términos que se excluyen”.

De toda esta situación se desprende que el carácter de bienes comunes que tenían las aguas bajo la legislación de Indias como una función de principios semejantes españoles y de costumbres indígenas, se expre-

saba en su propiedad por el estado y conducía a la reglamentación de su uso por la administración para beneficio de todos como sociedad excluyendo por lo tanto la prescripción para uso o abuso de un individuo o grupo de individuos en detrimento de los intereses de la comunidad en su conjunto general.

4^o—Primera conclusión.

Dentro de este principio de que las aguas son comunes puede consistir un derecho a su uso pero no de carácter absoluto, sino simplemente subordinado al derecho superior de toda la colectividad y afectado por lo tanto con las necesidades ajenas que puedan contraerse o dilatarse según el ritmo económico y el desarrollo de la población. No se puede, pues, dentro del criterio de las leyes de Indias que hicieron de las aguas bienes de carácter común injertar un principio extraño como el de derechos adquiridos en tránsito de confundirse con el dominio o propiedad. Lo que dentro de la legislación de Indias fue común y sometido a una reglamentación de las autoridades administrativas de la época, equivale justamente, de acuerdo con su función social, a lo que se llama hoy bienes públicos o de uso público.

Sobre este primer problema jurídico propuesto se concluye que bajo la legislación para las Indias imperó el criterio, de que las aguas eran bienes comunes a los españoles e indios y distribuidos por las autoridades mediante jueces especiales sin que pueda por lo tanto decirse fundadamente que existen derechos perpetuos adquiridos en relación con las aguas de uso público bajo las antiguas leyes españolas.

Capítulo II

Teoría general de los derechos adquiridos en relación con el derecho público

Establecido el carácter común de las aguas en el derecho indiano no puede hablarse de derechos exclusivos y particulares nacidos al amparo de esa legislación. Pero aunque fuese discutible este principio en las ordenanzas españolas para la América, se tiene que la teoría de los derechos adquiridos no alcanza en derecho público las repercusiones que presenta en derecho privado.

Se desenvolverá esta tesis en el presente capítulo estudiando sus diversos aspectos en tres secciones, a saber: 1.—El ámbito delimitado de aplicación de la teoría de los derechos adquiridos; 2.—Las aguas como bienes del Estado de uso público; 3.—Naturaleza jurídica no patrimonial del derecho preferencial de los riberanos al uso de las aguas y se concluirá confrontando la jurisprudencia con la doctrina de los tratadistas.

Sección I — Ámbito delimitado de aplicación de la teoría de los derechos adquiridos

En derecho positivo colombiano la teoría de los derechos adquiridos tiene su fuente constitucional en el artículo 30 de la Carta que dice así:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

“La propiedad es una función social que implica obligaciones.

“Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

“Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (Artículo 10 del Acto Legislativo número 1º de 1936)”.

El texto anterior fija el criterio del constituyente sobre el derecho de propiedad que no tiene en nuestra legislación el carácter absoluto que le atribuyeron los romanos. La Carta reconoce de manera rotunda el derecho de propiedad que lo concibe como una función social sujeta al interés colectivo. En caso de colisión entre el interés privado y el público o social, la constitución establece que el primero debe subordinarse al segundo, sin duda con las compensaciones o indemnizaciones a que pueda haber lugar. Este criterio es común a la Carta de 1886 y a las reformas constitucionales de los últimos quince años. Todo se sucede dentro de una parábola de exaltación, en el orden jurídico, de los derechos de conjunto de la colectividad. La necesidad social así configurada impera de manera general y sólo puede oponérsele el simple derecho a indemnización cuando avasalla una situación individual, legítima y permanente, que entra en pugna con los intereses de la sociedad representada por el Estado.

Dentro de la norma constitucional precisa distinguir las relaciones de propiedad entre los particulares de una parte y entre éstos y el Estado. Se dice que la propiedad es un derecho real porque versa sobre las cosas; pero en el fondo se trata de un derecho social porque lo ejerce un individuo o grupo de individuos en frente a los demás miembros de la colectividad, bajo el amparo del Estado. En estas relaciones de propiedad entre los particulares, de persona a persona, se aplica plenamente la norma constitucional que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. La situación de un propietario con respecto a otro y en razón del derecho de dominio, no puede ser desconocida por ley posterior. No sucede lo mismo en las relaciones de los particulares frente al Estado puesto que la norma constitucional establece una especie de excepción cuando los derechos de dominio individual entran en conflicto con el interés público o social. En este caso la norma posterior puede vulnerar derechos adquiridos con arreglo a las leyes preexistentes pero el Estado estará en la obligación de sufragar las indemnizaciones a que hubiere lugar por quebrantar en beneficio de todos una situación individual legítima. Esta norma tiene su explicación inmediata en el carácter social del derecho de propiedad. No es posible imaginar derechos insulares de propiedad de Robinson Crusoe. La propiedad individual es una delimitación con respecto a los demás hombres y por esta razón está impregnada de un carácter social que le es superior y al cual, a veces, de acuerdo con la constitución y con las leyes debe ceder bajo compensaciones de indemnización. Estas normas acentúan notoriamente su carácter cuando desbordan sobre el derecho público donde la retroactividad de la ley, como dice Fritz Fleiner, tiene una extensión mucho menor que en el Derecho privado.

El texto constitucional que sirve de argamaza a la teoría de los derechos adquiridos se refiere restrictivamente a los derechos civiles, y como ejemplo de ellos destaca el relativo a la propiedad privada. Los derechos

civiles, dentro de su ordenación clásica, son los derechos de familia y los derechos patrimoniales, subdividiéndose estos últimos en obligaciones, derechos reales y propiedad incorporal. Se observa que el constituyente colombiano se refirió de manera exclusiva a todos estos derechos civiles y se cuidó al respecto de emplear términos generales. Por esta razón, los tratadistas colombianos, han solido precisar que la teoría de los derechos adquiridos no tiene aplicación en derecho público. Don Fernando Vélez, por ejemplo, afirma que "respecto de los bienes de uso público no puede haber derechos adquiridos por los particulares pues la ley va dando el uso de esos bienes como lo tiene por conveniente".

Continuando esta tradición de la doctrina, el Consejo de Estado, ha mantenido una constante jurisprudencia tendiente a establecer que la teoría de los derechos adquiridos no tiene aplicación sino en materia civil. (Sentencias de 20 de abril de 1937, A. XIX, T. XXX, Nos. 251 a 254, pág. 359; de 26 de mayo de 1937, Nos. 255 a 256, pág. 453; de 16 de julio de 1937, Nos. 257 a 262, pág. 741; de 28 de junio de 1941, A. XXII, 302 a 304, pág. 546; de 15 de septiembre de 1938, A. XX, Nos. 272 a 274, pág. 313).

La Corte Suprema de Justicia por su parte considera también que en aquel artículo constitucional se refiere a determinados derechos civiles, cuando dice en la sentencia del 2 de marzo de 1918 que "en último análisis los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones". La Corte delimitó el ámbito de aplicación de este artículo a los derechos patrimoniales.

Establecido pues que dicha teoría tiene una aplicación limitada a materias civiles, se procede a estudiar la situación jurídica de las aguas en legislación colombiana, para fijar su ubicación dentro de las ramas del derecho, esto es, para saber si se trata de bienes que son objeto de derechos civiles o de bienes que están sujetos a relaciones de derecho público.

Sección II — Las aguas como bienes del Estado de uso público o social

Los textos fundamentales sobre esta materia son el artículo 4º de la Constitución Nacional y el 674 del C. C.

El precepto constitucional dice:

"El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación".

El artículo 674 del C. C., indica y clasifica los bienes que pertenecen al Estado, en los siguientes términos:

"Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

"Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión, o bienes fiscales".

De conformidad con los textos transcritos los bienes del Estado, como representante de la colectividad se subdividen en razón del uso que sobre ellos puedan tener los habitantes del país, así:

a) **Bienes públicos o de uso público.** Son aquellos que pertenecen únicamente a la nación y cuyo uso corresponde a todos los habitantes de un territorio;

b) **Bienes fiscales.** Son aquellos que siendo del Estado su uso no pertenece a los habitantes;

c) **Bienes del Estado de uso social.** Por aplicación del concepto constitucional colombiano relativo a la utilidad pública y a la utilidad social puede considerarse que dentro de los bienes del Estado existen algunos cuyo uso no está destinado al público en general sino a ciertos sectores de la población. Estos bienes podrían denominarse bienes del Estado de uso social.

1.—Las aguas públicas en el Código Civil.

Los tratadistas de derecho administrativo discrepan en cuanto a la definición doctrinaria del dominio público del Estado. Haurion caracteriza los bienes del dominio público como aquellos afectados a un servicio público. Restringiendo un poco esta concepción demasiado elástica el profesor Jézé considera que hacen parte del dominio público aquellos bienes que desempeñan una función esencial en la marcha de los servicios públicos. Frente a estas concepciones el profesor Waline en su curso de "Derecho administrativo" dictada en la Universidad de París en 1946, hace al respecto la siguiente precisión: "Es indispensable distinguir, dice Waline, entre los bienes afectados a un servicio público y aquellos cuya posesión es necesariamente indispensable a la administración". Esta concepción se sitúa en un punto equidistante entre las tesis de Haurion y de Jézé, distinguiendo el bien público en relación con un servicio prestado por la administración pero considerando como tales aún aquellos que tienen al respecto un papel esencial y determinado.

Trasladando las clasificaciones positivas del derecho colombiano, sin olvidar la doctrina de los tratadistas, al régimen de aguas, se tiene que en Colombia existe sobre el particular un texto preciso, desbroza las dudas que pudieran presentarse sobre el particular. Se trata del artículo 677 del C. C. que dice así:

"Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

"Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad; su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños".

Este texto es fundamental sobre la materia y reafirma el criterio tradicional en la legislación española para las Indias que no fue quebrantado por la revolución de independencia. De acuerdo con este texto pueden deducirse los siguientes principios:

a) Como tesis general el Estado tiene la propiedad de las aguas que circulan por el territorio nacional.

b) El derecho de propiedad privada sobre las aguas sólo existe como excepción, para aquellas que nacen y mueren dentro de una misma heredad.

El criterio establecido en el artículo 677 se vincula como queda dicho a la Legislación de Indias y se aparta del Código Civil francés que en su artículo 558 consideró como dependientes del dominio público tan solo a los ríos navegables y flotables dejando los demás como de propiedad de los particulares. No obstante, la legislación francesa ha evolucionado aproximándose a la colombiana. La ley del 8 de abril de 1898 estableció una serie de principios que limitan el derecho de propiedad sobre las aguas, desarrollando un texto de la Revolución. De conformidad con dicha ley la administración tiene en Francia la supervigilancia policiva sobre los ríos no navegables y flontantes, con derecho a reglamentar la distribución de sus aguas.

No obstante existir en Francia como en Colombia los reglamentos de aguas, los unos y los otros se diferencian en que en el primer país versan sobre la reglamentación de un derecho patrimonial que pertenecen a los riberanos, en tanto que en Colombia se reglamentan tan sólo el derecho al uso de las aguas que pertenecen al Estado. Esta distinción es fundamental para no trasladar sobre los textos positivos colombianos la jurisprudencia francesa que en materia de aguas tiene una base y una tradición distintas.

Como el propósito de suplir la ausencia de textos precisos en el Código Civil sobre reglamentación del uso de las aguas, hubo que establecer en dicho estatuto ciertas normas para impedir el abuso de unos riberanos con otros. El artículo principal sobre el particular sí se inspira en un texto francés y dice así:

“Artículo 892.—El dueño de una heredad puede hacer, de las aguas que corran naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a su molinos u otras máquinas y abreviar sus animales.

“Pero aunque el dueño pueda servirse de dichas aguas, deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salida del fundo”.

De conformidad con este texto, el derecho preferencial al uso de las aguas por parte de los dueños de los predios donde ellas corren, está condicionado a su devolución al cauce natural para beneficio de los propietarios de los fundos inferiores.

Todas estas observaciones permiten concluir que dentro de la legislación colombiana las aguas que corren por diversas heredades son propiedad del Estado pero que sobre ellas existe un derecho preferencial precario de uso en beneficio de los predios por donde corren, siempre que el dueño de ellos las haga volver a su cauce natural a la salida del fundo.

2.—Los nuevos estatutos sobre aguas públicas.

Establecidos estos principios tradicionales en la legislación colombiana sobre aguas, se procede a examinar su situación con respecto a las nuevas disposiciones sobre la materia contenidas en el decreto 1381 de 1940.

El Código Civil, desarrollando el principio de que las aguas que atraviesan distintas heredades son de propiedad del Estado, reservó, dentro de un criterio lógico el derecho de la Nación para someter el uso y goce de esas aguas a las disposiciones posteriores que pudieran expedirse. Dicho artículo del Código Civil dice así:

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

El artículo es perfectamente lógico con el criterio de que las aguas son bienes del Estado, de uso público o social no susceptibles por lo tanto de derechos adquiridos que entraban la acción del gobierno sobre su distribución.

Este artículo sirve de basamento a las disposiciones nuevas contenidas en el decreto número 1381 de 1940.

Dicho estatuto refuerza el criterio de que a los particulares sólo les corresponde el uso y goce en las aguas del Estado, pero bajo el control o

superintendencia del gobierno nacional. Después de reafirmar el criterio de que "se reputan bienes de uso público, de propiedad del Estado, los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales que no nacen ni mueren dentro de una misma heredad" el decreto les afianza otros postulados de la legislación anterior y trae algunas disposiciones que implican un criterio nuevo sobre la reglamentación del uso de las aguas, dentro del marco constitucional que da al Estado el derecho de regular la marcha económica de la nación. Las principales disposiciones pueden sintetizarse y ordenarse así:

a) **Reglamentación por el gobierno.** De conformidad con el artículo 15 del decreto, el gobierno, en su carácter de supremo administrador de los bienes nacionales de uso público, reglamentará, cuando lo estime conveniente, de oficio o a petición de parte interesada, el aprovechamiento de cualquier corriente o depósito de aguas nacionales, así como las derivaciones que beneficien varios predios y empresas industriales.

"Cualquier reglamentación de aguas de uso público podrá ser revisado y variado por el Gobierno, a petición de parte interesada o de oficio, cuando a su juicio se encontrare que han cambiado las condiciones o circunstancias que se tuvieron en cuenta para autorizarla".

b) **El uso de las aguas.** De conformidad con el decreto, el uso de las aguas presenta las siguientes modalidades:

Los dueños de predios riberaños no necesitan permiso especial del gobierno para aprovechar aguas de uso público.

c) **Los dueños de heredades no riberañas necesitan permiso para utilizar las aguas de uso público.** Las mercedes de aguas se otorgarán en favor del pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de sus habitantes; en favor de la heredad que carezca de las aguas necesarias para el servicio doméstico, abrevaderos, o para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos; en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas y en todos los demás casos en que se estime conveniente por parte del Gobierno. Estas licencias no serán obstáculo alguno para que el gobierno, con posterioridad, regule la distribución de las aguas entre los propietarios riberaños y no riberaños.

d) **Carácter precario de las mercedes de agua.** Las licencias que pueda conceder el Gobierno para el aprovechamiento de las aguas de uso público no se oponen para que con posterioridad se regule de otra manera la distribución de las aguas entre propietarios riberaños o no riberaños. Además, cuando por causas de utilidad pública o interés social, el Gobierno estimare conveniente dar una concesión de aguas, está facultado para hacerlo, mediante providencia debidamente fundamentada.

De conformidad con todos los preceptos anteriormente transcritos, aparece que, sin apartarse de las tradiciones del país en materia relativa al uso de las aguas, el decreto hace una serie de precisiones y aclaraciones y reajusta la materia con las normas constitucionales nuevas que establecen el intervencionismo del Estado en la regularización de la economía nacional y obliga al interés privado a ceder ante el interés público o social cuando la aplicación de una ley expedida por tales motivos resultare en conflicto con los derechos de los particulares. Este reajuste ha sido indispensable y según él se le da pleno desarrollo al criterio de que las aguas que corren por diversas heredades pertenecen al Estado con destino al uso del público. La precisión de conceptos es particularmente importante en la relevación del principio de que los riberaños tienen tan solo un derecho preferencial para el uso de las aguas y que los no riberaños en virtud de

las necesidades de desarrollo de la economía nacional, tienen también derecho a que se les otorgue licencias para utilizar aguas de uso público.

Sintetizando todas las normas del decreto podría decirse que en principio los dueños de los predios riberaños pueden disponer racionalmente de las aguas de uso público y por su propia iniciativa, mientras el Gobierno no entre a dictar un reglamento general del uso que deba dársele a esas fuentes. El gobierno como administrador de los bienes nacionales, puede dictar reglamentos de aguas distribuyéndolas en una región según las necesidades de la economía nacional. Esta facultad reglamentaria solo tiene una limitación consistente en la necesidad de respetar la condición preferencial en que se encuentran los riberaños.

Pero el derecho de estos últimos no es de tal naturaleza que pueda trabar la acción reglamentaria de la administración pública. Si el interés público o social resulta en conflicto con los derechos particulares de los riberaños, éstos deben ceder, con derecho a las indemnizaciones a que pudiera dar origen, esté simple derecho preferencial.

Sección III — Naturaleza-jurídica no patrimonial del derecho preferencial de los riberaños al uso de las aguas

Debe establecerse para las finalidades de este estudio si el derecho preferencial al uso de las aguas públicas por parte de los riberaños es un derecho patrimonial o no. Capitant, por oposición a los derechos de familia, define los derechos patrimoniales como el conjunto de relaciones de derecho, apreciables en dinero, que tienen por sujeto activo o pasivo, a una misma persona. "El patrimonio comprende pues todos los derechos que tengan un valor pecuniario y pertenezcan a un hombre y todas las obligaciones que lo comprometen con respecto a otro y que representen también un valor pecuniario. Los derechos son el activo y las deudas el pasivo del patrimonio". (Colin et Capitant: Cours élémentaire de Droit Civil Français, Tomo I, página 109).

Esta concepción de los derechos patrimoniales está íntimamente vinculada a la noción económica de su representación en dinero, por medio de un precio. Desdó este punto de vista lo que no tenga precio directamente no es un bien patrimonial. El aire es útil pero no tiene precio. No basta con que al derecho, o a la cosa susceptible de ser el objeto de ese derecho, se le pueda asignar un precio, es además indispensable que ese precio sea practicablemente realizable al través de la venta. Un bien patrimonial se expresa en un precio susceptible de ser realizado al través de la venta. Las cosas del patrimonio pueden dejar de serlo por la evolución histórica. El esclavo fue en Roma un bien patrimonial, una cosa. En la sociedad contemporánea el hombre no es objeto de apropiación y no puede ser un bien patrimonial.

Con respecto al uso de los bienes públicos se plantean importantes problemas en relación con el patrimonio. Todos tienen derecho de transitar por las plazas y calles. La importancia de la arteria de tráfico puede determinar mayor precio de las propiedades adyacentes. Pero el derecho de uso de la calle y de la plaza no es un bien patrimonial para ninguna persona. Cuando se habla de precio se trata de la expresión monetaria del valor de una cosa sobre la cual se ejerce un derecho consistente en poder disponer de ella por medio de la venta o de la cesión de un derecho real accesorio como el de hipoteca, etc. Pero como el derecho de transitar por una calle, a usar de ella no es vendible ni cesible, se tiene que no se trata de un bien patrimonial con respecto al individuo. A la calle se le podría

asignar hipotéticamente un precio de acuerdo con el que tengan comercialmente las propiedades que están a sus lados. Pero la calle como bien público no está en el comercio y no es un bien patrimonial en relación con el derecho de uso de los transeúntes.

Sobre las aguas que atraviesan distintas propiedades y que son bienes de la nación y de uso público, no existen derechos patrimoniales de los particulares. Como se verá en un capítulo posterior de esta sentencia las convenciones pasadas entre particulares pueden tener ciertos efectos entre ellos mismos pero en ningún caso entran la acción del Estado que como supremo administrador de los bienes nacionales puede dictar reglamentos sobre distribución de las aguas haciendo abstracción de los convenios entre los particulares. Las aguas públicas, no son, pues, bienes patrimoniales de los particulares. Los riberanos tienen sobre ellas, como se insistirá explicativamente en otro lugar, un simple derecho preferencial que se les tenga en cuenta, antes que a otros, en los reglamentos de aguas de la administración pública. Los bienes patrimoniales, entre otras características, tienen la de moverse independientemente en la órbita de la vida económica y comercial. El propietario puede vender su terreno, o parte de su terreno, o vender la nuda propiedad, o vender el usufructo de ella. Los derechos reales se ejercen sobre las cosas y son susceptibles de ser aislados unos de otros. Con las aguas no sucede tal cosa. El derecho preferencial al uso dice en relación con el predio riberano y su propietario no puede vender este último reservándose aquel derecho, ni al contrario. Su situación frente al uso de las aguas no es de carácter subjetivo sino reglamentario dentro de las instituciones de derecho público. Por eso dice Fleiner que "en general, la facultad para ser admitido en el uso público no tiene en Alemania las características de un derecho subjetivo. No es otra cosa que el derecho general de los vecinos de un país, respecto de un objeto concreto, a ser admitidos a las instituciones públicas de aprovechamiento general, y a utilizar sus cualidades de interés individual. (Fleiner, Fritz: Instituciones de Derecho Administrativo, página 301).

Sin ser un derecho subjetivo de carácter patrimonial, el derecho preferencial al uso de las aguas le produce a los riberanos ventajas concretas económicas expresadas en el mayor precio de sus tierras pero mediante un proceso de repercusión como el que opera la valorización por la apertura de comunicación. El derecho al uso de la calle, se repite, no es un bien patrimonial de los particulares, pero determina el aumento de precio de las propiedades vecinas.

Por esta razón el derecho preferencial al uso de las aguas que los tratadistas suelen analizar como un derecho real subjetivo (imre) tienen en realidad otro carácter, muy distinto y sui generis, porque el individuo que lo ejerce no se encuentra en una situación de derecho privado sino en una relación reglamentaria de derecho público. Los derechos reales implican una relación directa entre el sujeto activo del derecho y el objeto del derecho con exclusión de toda otra persona. Los usuarios de las aguas no están en una situación semejante. En los dos casos se trata de utilizar una cosa material pero en el primero hay una relación directa de derecho privado y en la segunda el individuo tiene el simple carácter de usuario sometido a los reglamentos de la administración. Su relación con la cosa no es directa sino sometida a reglamentos administrativos que emanan del Estado como propietario de las aguas.

Conclusiones parciales

Todas las consideraciones que se acaban de hacer en este capítulo demuestran que las aguas que atraviesan distintas heredades son bienes del Estado de uso público o social, no susceptibles de ser incorporadas a los patrimonios individuales ya que sobre ellas los riberanos no tienen sino un derecho precario al uso, conservando el Estado su carácter de supremo propietario, administrador y distribuidor de esas aguas para beneficio del público y de la economía nacional en general. Dada su naturaleza de bienes públicos o de uso público no se puede invocar en materia de aguas la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos la cual impera exclusivamente en asuntos civiles, órbita dentro de la cual no caben las aguas por no ser bienes patrimoniales de los individuos y pertenecer al Estado.

Algunos aspectos de esta tesis no han sido extraños a viejos fallos del Consejo de Estado. En efecto, esta corporación dijo en 1929:

"En nuestro derecho, el régimen de las aguas de uso público es materia, ya del derecho administrativo, ya del derecho civil....

"Las aguas que constituyen un *res comunie*, y que son la materia del presente juicio, no son en nuestro derecho, susceptibles de propiedad particular y exclusiva. Nadie puede adquirir sobre ellas derechos de dominio, ni alegar prescripción, ni fundar derecho alguno alegando posesión inmemorial. Lo que la Nación otorga a los particulares sobre las mismas es el derecho de uso y goce, pero siempre con sujeción a los términos de la ley, según el artículo 678 de la obra citada".

En algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia se esbozan también varios principios que se relacionan con la tesis que se acaba de desarrollar. Dijo la Corte:

"....Al Gobierno Nacional corresponde la facultad reglamentaria respecto del uso y distribución de las aguas de uso público y así se lo ha otorgado de manera expresa el artículo 9° de la referida ley 113 de 1928,

"Se concluye de lo dicho someramente en este capítulo que las aguas nacionales de uso público, constituyen una *res comunis* y nadie puede adquirir sobre ellas derechos absolutos de dominio, ni alegar prescripción, ni fundar derecho sostenido en posesión inmemorial. Así lo ha entendido esta Corte de Casación en numerosos fallos (julio 11 de 1935, Tomo XLII; marzo 25 de 1936, Tomo XLIII; y agosto 10 de 1937, Tomo XLV". (Casación, 20 de octubre 1941. G. J. No. 1980, página 587).

Estas teorías jurisprudenciales se conectan con las tesis sostenidas por algunos tratadistas colombianos. El doctor Valerio Botero Isaza, al exponer la teoría de Roubier sobre los derechos adquiridos en materia de aguas, dice:

"No está por demás recordar aquí que de acuerdo con la disposición citada, no se prescribe ni el dominio ni ninguno de los derechos derivados de él: el usufructo, uso, habitación, servidumbre activa, ya que los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso, lo que se obtiene por medio de la prescripción, una vez consumada, no es más que un derecho preferente al uso del agua, que adquiere un riberano sobre otro riberano. Por lo tanto, no obstante haberse consumado una prescripción, la nueva ley puede reglar la distribución de las aguas entre los propietarios riberanos como a bien tenga, otra cosa es que en ciertos casos al llegar a las relaciones entre el riberano que haya obtenido el uso preferente y aquel que lo haya perdido por prescripción, el juez no puede menos de aplicar la

ley antigua, pero sólo en lo referente a las relaciones jurídicas de los dos ribeños....

"No queda la menor duda de que la nueva ley (o la nueva ordenanza) puede reglar la distribución de las aguas entre los propietarios ribeños, hayan ellos prescrito o no el derecho preferente. Esa prescripción no limita las facultades del legislador, porque no se ha consumado la prescripción contra la Nación a quien corresponde el dominio de la corriente, o que al menos tiene sobre ella esa especie de superintendencia de que habla Ducrocq, ni se ha consumado tampoco la prescripción contra todos los ribeños. No, la prescripción se consuma contra aquél o aquéllos de los ribeños en cuyos predios se hacen las obras aparentes, los otros ribeños son ajenos a esos vínculos jurídicos. Por estas dos razones el legislador conserva su libertad de reglar la distribución del agua entre todos los ribeños". (Botero Isaza, Valerio: Régimen legal de aguas en Colombia, Tomo II, páginas 69, 70 y 71).

Otro tratadista, doctor Hernando Devis Echandía, se expresa en su libro "El Régimen de las aguas en derecho colombiano", así:

"Luego no hay duda de que los "bienes públicos" son los bienes de uso público. Ahora bien, las aguas nacionales son bienes de uso público, de acuerdo con su naturaleza o mejor con el fin propio que les corresponde, como se dejó estudiado, y con la expresa manifestación del legislador consignada en el artículo 677 del mismo Código citado: "Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios". Luego no existe duda alguna acerca de que el texto constitucional transcrito se aplica a las aguas nacionales, las cuales, por consiguiente, pertenecen única y exclusivamente al Estado....

"De la anterior conclusión se deduce, lógicamente, que las aguas nacionales, como todos los bienes de uso público, están fuera del comercio; sobre ellas los particulares no pueden adquirir dominio por ningún modo y a ningún título, ni siquiera por disposición de una ley ordinaria, pues sería inconstitucional, ni pueden ejercitar actos de disposición tales como ventas, cesiones o transacciones, ni los derechos que la ley les otorgue sobre ellas pueden ser objeto de esta clase de actos. Sobre las dos primeras afirmaciones existe acuerdo general de los tratadistas y de la jurisprudencia, con excepción de la interpretación del artículo 895, del C. C. pues se ha sostenido que otorga el dominio de las aguas que corren por cauces artificiales. Pero sobre lo último no sucede lo mismo. Algunas sentencias de la Corte Suprema y algunos autores han sostenido la tesis de la enajenabilidad o cesibilidad de los derechos que la ley otorga sobre las aguas a los propietarios ribeños....". (Devis Echandía, Hernando: El Régimen de las aguas en derecho colombiano, páginas 31 y 32).

Por las citas que preceden se comprende que ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina, ha estado ausente la tesis de que las aguas que corren por distintas heredades son bienes públicos o de uso público, que pertenecen al Estado con exclusión de derechos perpetuos adquiridos sobre ellos por los particulares. De este principio esencial hay que sacar la totalidad de las conclusiones que de él se derivan sobre la situación de los particulares frente a las aguas públicas en armonía con las últimas reformas constitucionales sobre intervencionismo del Estado que, sin modificar explícitamente una serie de textos, repercuten sobre ellos como normas supremas a las cuales debe someterse el criterio jurisprudencial para interpretar las leyes anteriores. Así se viene haciendo en esta sentencia en armonía con las reformas constitucionales y con el último decreto-ley sobre

aguas. La legislación colombiana sobre esta materia, que tiene los brillantes antecedentes de las leyes españolas para las Indias, ha venido reforzando el criterio de que las aguas son bienes de uso público que pertenecen al Estado.

Dentro de la evolución de estos principios puede decirse hoy día que el derecho preferencial al uso de las aguas por parte de los propietarios de los predios riberaños, no es un bien patrimonial particular ya que el Estado puede ejercer sobre todas las aguas públicas su derecho soberano de supremo administrador y distribuidor de ellas en beneficio de la economía nacional.

Capítulo III

Valor de los contratos entre los particulares sobre aguas públicas

Sobre el valor que puedan tener las convenciones pasadas entre particulares con respecto al uso de las aguas, es necesario destacar, de una parte, la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema de Justicia, y, de otra, las disposiciones del decreto 1381 de 1940.

1.—Tesis de la Corte sobre el valor de los contratos sobre aguas.

En 1918 la Corte había establecido la siguiente jurisprudencia:

“Las convenciones celebradas por particulares respecto del uso de aguas de arroyos que atraviesan o limitan sus heredades, son válidas aunque el dominio de estas aguas sea de la Nación. Por tanto, bien puede el dueño de un predio renunciar al uso de las aguas de esos arroyos sin que esa renuncia sea contraria al derecho público de la Nación”. (Casación, 10 de diciembre de 1918, Tomo XXVII, página 140).

2.—Tesis de los nuevos decretos.

De conformidad con el decreto-ley de 1940 y con la legislación vigente no se pueden constituir derechos sobre las aguas de uso público independientemente al fundo para cuyo beneficio se derivan.

“Por consiguiente, es nula toda cesión o transacción hecha por los propietarios riberaños de las aguas que puedan derivar en conformidad a las leyes”.

A primera vista parece que existiera una contradicción flagrante entre la vieja tesis de la Corte Suprema de Justicia y las disposiciones del nuevo decreto. Pero si se analiza el fondo del problema se encontrará que entre la jurisprudencia y el texto legal, aunque aparentemente contradictorios, se mantiene en perfecto equilibrio dialéctico.

Sección 1 — Dualidad de los contratos frente al Estado y frente a los particulares

Los bienes del Estado de uso público son inalienables e imprescriptibles y como quiera que pertenecen al Estado es claro que los particulares no pueden entrar a contratar sobre ellos con la pretensión de oponer esos contratos al Estado. Las convenciones pasadas por los particulares respecto del uso de las aguas deben analizarse desde dos puntos de vista. El primero, respecto del valor de esas convenciones en relación con el Estado, y el segundo en lo referente al valor de esas convenciones entre los contratantes particulares.

Siendo los bienes de uso público del Estado, no es posible concebir jurídicamente que las convenciones de los particulares sobre ellos puedan

tener alguna repercusión que entrase al acción administrativa. Ya se ha visto que los particulares solamente tienen derecho al uso de las aguas y no tanto como particulares sino como miembros de una comunidad política y económica que necesitan de una adecuada distribución de ese elemento. No hay derecho singular de un particular al uso de las aguas, sino el derecho de todos los particulares, esto es, de la comunidad al aprovechamiento de las corrientes de agua. El Estado como representante de esa comunidad es propietario de las aguas y en consecuencia conserva un derecho de reglamentación para distribuirlas económica y racionalmente sin que esta facultad pueda ser entrabada en ninguna forma por los contratos entre particulares. Todos los habitantes de un territorio tienen derecho a usar de las calles y plazas públicas sobre las cuales el Estado reglamenta el tránsito sin que una convención entre los particulares pueda modificar sus resoluciones y alterar las rutas, por ejemplo.

Si las convenciones comentadas no pueden imponerse al Estado ni tienen ninguna relación con él, en cambio mantienen cierto valor entre los particulares contratantes. Mientras el Estado no haga uso de su derecho a reglamentar el beneficio de las aguas de los particulares riberaños **pueden utilizarlas con exclusión de los no riberaños**. Mientras exista esta situación de disfrute de las aguas en ausencia de reglamento administrativo, de una manera neutral y espontánea, las convenciones entre los particulares conservan cierto valor. Pero la validez de esta convención es precaria porque ella no se puede imponer al Estado que no tiene obligación de tenerla en cuenta en el momento de entrar a reglamentar el uso de las aguas. Esas convenciones cuyos efectos se liquidan y destruyen con la intervención del Estado para reglamentar el uso que la colectividad debe hacer de las aguas, tiene pues una existencia limitada en el tiempo, de carácter precario, solo válida entre los contratantes con las consecuencias jurídicas de las indemnizaciones que pueden haber sido previstas. La nulidad de que habla el artículo 4° del decreto 1381 de 1940 tiene relación con el Estado puesto que esos contratos sobre aguas son nulos, más aún, inexistentes frente a la administración pública. Y en este caso la tesis de la inexistencia, tan ampliamente desarrollada en la jurisprudencia francesa, tendría una aplicación exacta puesto que la nulidad requiere siempre que sea declarada por la justicia. En este caso la administración pública no tiene ninguna obligación de declarar la nulidad, sino que entra directamente a operar, a dictar sus reglamentos de aguas haciendo abstracción de esos contratos que desde ese punto de vista, frente al Estado, no pueden tener existencia.

Con respecto de los particulares la situación es otra porque esos contratos que han podido tener una aplicación en el tiempo antes de dictarse el reglamento de la administración pública son susceptibles de acarrear indemnizaciones entre los particulares. Sin recurrir a ejemplos extraños bastaría citar el caso de antes. La administración pública ha reglamentado el uso de las aguas de la quebrada de "Piedras Blancas", haciendo totalmente abstracción de la situación contractual existente entre Medellín y Copacabana. La administración tenía derecho a hacerlo en virtud de las tesis que se vienen exponiendo. Y para hacer esa reglamentación el Estado tuvo en cuenta las necesidades actuales del Municipio de Copacabana. Según el dictamen de los peritos concorde con los estudios de los técnicos del Ministerio de la Economía Nacional, las necesidades de agua de Copacabana para veinte años, serán satisfechas con veinte litros de agua por segundo, que fue lo que se le otorgó en el reglamento ministerial.

Pero acontece que Copacabana tenía antiguamente un servicio de energía eléctrica generada por una planta de su propiedad movida por aguas de "Piedras Blancas". Esa planta dejó de funcionar en virtud de los contratos que se pactaron con Medellín pues este Municipio se comprometió, en cambio de la ampliación de sus derechos al uso de las aguas, a suministrarle a Copacabana una determinada cantidad de energía eléctrica lo que hizo innecesario que su planta siguiera funcionando. Si estos contratos no hubieran existido, Copacabana habría conservado posiblemente su planta eléctrica, y el Gobierno al reglamentar el uso de las aguas de "Piedras Blancas", hubiera tenido que tener en cuenta, además del acueducto de que se sirve la población, las necesidades de agua para mover la planta eléctrica. En estas circunstancias el cupo de agua para Copacabana hubiera debido ser aumentado pero no lo fue simplemente por los efectos que tuvieron los contratos pasados con Medellín los cuales carecen de valor ante el Estado pero producen ciertos efectos entre los particulares. En virtud de ellos, Copacabana liquidó su planta eléctrica y las necesidades de esta industria ya inexistente no pudieron ser tenidas en cuenta en la reglamentación administrativa.

Al través de todas estas consideraciones se ha destacado que la facultad de la administración pública para dictar los reglamentos de aguas que pertenecen al Estado, debe inspirarse en las necesidades de la economía nacional y con un profundo sentido de equidad. La administración no puede ser arbitraria en la distribución de las aguas y a los particulares les es dable alegar con eficacia contra esos reglamentos y hacerlos cambiar si prueban por su condición de riberaños o vecinos y por la clase de trabajo en que están empeñados, que podrían con una distinta distribución de aguas, darle un mejor rendimiento a la economía colombiana ya que dentro de la organización contemporánea la prosperidad nacional se integra por el conjunto armónico del bienestar de todos los particulares.

Habiendo sido analizado el valor que puedan tener los contratos celebrados entre particulares o entidades secundarias de derecho administrativo, con relación al uso de las aguas públicas se concluye que frente al Estado no pueden tener ningún valor por ser esta entidad la propietaria de las aguas con destino a distribuir las racionalmente entre los particulares. Dichos contratos sólo pueden tener algún efecto en las relaciones de los particulares entre ellos mismos y según las modalidades de sus cláusulas.

Sección II — Aplicación de la tesis jurídica a los contratos entre Medellín y Copacabana

De conformidad con las conclusiones teóricas que preceden en el caso de autos Copacabana no puede ampararse en los contratos que celebró con Medellín para deducir de ellos su derecho absoluto sobre las aguas en contraposición con los reglamentos y distribuciones que acaba de dictar la administración pública. El gobierno no se halla sofrenado por esos contratos en su carácter de propietario de las aguas y supremo administrador de las mismas para distribuir las racionalmente entre los particulares a fin de incrementar el desarrollo de la economía nacional.

Como quiera que la celebración de esos contratos determinó que Copacabana clausurara su empresa de energía eléctrica, sucedió que al hacerse la actual reglamentación sobre uso de las aguas, la Administración no tuvo, ni podía tener en cuenta, esa circunstancia. En cambio, si la planta estuviera funcionando, los técnicos del gobierno habrían estado en la

obligación de atender a las necesidades de agua de la empresa lo que habría variado, parcialmente, la actual distribución. Desde este punto vista, en las relaciones contractuales entre Copacabana y Medellín, se creó una situación de hecho que determinó que en la reglamentación de aguas no se tuvieran en cuenta las necesidades eventuales de aquel municipio para sostener su propia planta. En efecto, con relación a este punto dice el dictamen parcial, así: Este perjuicio indirecto que Copacabana recibe por la ejecución de esos contratos, no puede ser subsanado sino manteniendo para dicho municipio el statu-quo relativo al suministro gratuito por parte de Medellín de la cantidad de kilowatios prevista en el contrato....

Capítulo IV

Análisis por los peritos de la repartición gubernamental de las aguas

Dentro de la configuración jurisprudencial de esta sentencia, debe estudiarse la prueba principal producida en el curso del juicio y consistente en la inspección ocular practicada por el Consejo de Estado en la región geográfica donde se sitúan los hechos enumerados en la demanda. Se ha sostenido antes que la función social del derecho de propiedad también se aplica al Estado. Este es el propietario de las aguas pero las amplísimas facultades de que goza para reglamentar su uso no pueden ser ejercitadas de manera caprichosa y arbitraria. En el caso de autos se está ante dos personas de derecho administrativo muy diferente en su situación fiscal. Medellín es uno de los municipios más prósperos, más industrializados que existen en Colombia. Copacabana es un municipio de escaso presupuesto, de cuatro mil habitantes en la actualidad y Medellín es una floreciente y rica ciudad con cerca de doscientos mil habitantes. Los cálculos técnicos de los peritos asignan a Copacabana para 1966 una población de diez y siete mil cuatrocientos cincuenta (17.450) habitantes; para Medellín cuatrocientos diez y seis mil ciento cincuenta (416.150). Esto determina que Medellín sea un municipio con recursos para poder afrontar mucho mejor que Copacabana los problemas que se le plantean en la búsqueda de agua suficiente y buena para servicio de acueducto. Por esta razón de hecho, vinculada a un criterio de equidad, el Ministerio de la Economía Nacional procedió antes que todo a determinar cual era el caudal suficiente para el servicio de Copacabana y dejar luego el resto de la fuente de Piedras Blancas al Municipio de Medellín. Se trata en el fondo de este litigio de establecer si evidentemente se le ha dejado a Copacabana una cantidad de agua suficiente para satisfacer sus necesidades actuales y las del crecimiento de su población en veinte años. Sobre el particular se les planteó una pregunta concreta a los peritos, quienes la absolvieron en los términos que en seguida se insertan:

“Al literal d): “Si con el reparto hecho en las Resoluciones acusadas se garantiza suficientemente el aprovechamiento que hacen los Municipios de Medellín y Copacabana para las instalaciones de sus acueductos y los menesteres de sus habitantes, tenida en cuenta su población actual y su crecimiento probable en veinte años”. Con el reparto efectuado en las Resoluciones acusadas, emanadas del Ministerio de la Economía Nacional, se garantiza el aprovechamiento que hace el municipio de Copacabana para el abastecimiento de las instalaciones de acueductos, menesteres de sus habitantes, tales como servicios domésticos, (exceptuando la generación de energía eléctrica), siendo evidente que con ese reparto queda garantizado el aprovechamiento de la nombrada cabecera para su actual población, y para los habitantes que pueda tener en veinte años contados del

31 de marzo último en adelante, no obstante haberse dictado la Resolución en 17 de enero de 1944. Por lo que a Medellín atañe, conceptuamos que con el reparto hecho por el Ministerio en la misma Resolución No. 7 de 17 de enero de 1944, y su confirmatoria No. 85 de 21 de septiembre del mismo año, no se garantiza suficiente agua para sus necesidades, porque esa fuente no es capaz de abastecer a Medellín ni con la totalidad de su caudal. Según los aforos practicados, hasta hoy, la totalidad de las aguas de "Piedras Blancas" y "Chorrillos", en las épocas de máxima sequía, tienen una capacidad de abastecimiento limitado a una ciudad de cincuenta y un mil habitantes....".

"Por consiguiente el caudal de agua necesario para abastecer la población de Copacabana el 31 de marzo de 1966, será de veinte litros por segundo, que coincide justamente con la asignación que le hizo el Ministerio de la Economía Nacional, con fecha 17 de enero de 1944".

De conformidad con la parte transcrita del concepto de los peritos la distribución de agua hecha por la administración pública se ajusta a la ley y a la equidad y satisface las necesidades actuales del Municipio de Copacabana.

Sección I.—La distribución en la práctica

La distribución hecha por el Ministerio de la Economía Nacional tiene un carácter teórico en el sentido de que se limita a hacer la distribución de porcentajes que en números absolutos se concretan en veinte litros por segundo para Copacabana. Pero esta distribución teórica está sujeta a su aplicación práctica en el sentido de que las obras de captación y distribución deben hacerse en forma tal que aseguren en todo momento una distribución de las aguas que corresponda a las cuotas asignadas a los dos municipios. Para ilustrar este punto se transcribe a continuación el dictamen acorde de los peritos:

Al responder al interrogatorio formulado el 3 de marzo por el señor Personero Municipal de Copacabana en el curso de la inspección ocular, dicen los peritos a los puntos 2º y 5º así:

"Al punto 2º.—Si a poca distancia de la confluencia del arroyo de "Chorrillos" en la corriente de "Piedras Blancas" existe una represa que copa totalmente ambas corrientes en toda la extensión del cauce. Que se verifiquen las condiciones de esta represa para concluir si solamente el rebose de ella permite la conducción en condiciones normales de las aguas que han de continuar por el lecho natural de la corriente, que son las que proveen de agua al Municipio de Copacabana. Si dadas las condiciones de la represa, las obras adicionales y la actual organización de la administración de ella, el control absoluto de distribución de aguas lo tiene el Municipio de Medellín. Es verdad que, a corta distancia de la confluencia de "Piedras Blancas" y "Chorrillos", existe una represa que copa toda la sección transversal del cauce de la quebrada "Piedras Blancas", la que en esta parte corre sumada con la quebrada "Chorrillos". Verificadas, que han sido, las condiciones de este represa conceptuamos: Que solamente el rebase de ella y las probadas filtraciones integran el agua que se conduce para el abastecimiento de Copacabana. Dadas las actuales condiciones de organización y distribución, el control completo de la división de las aguas lo tiene el Municipio de Medellín".

"Al punto 5º.—Que se establezca la actual cantidad de agua que llega a la población de Copacabana; si este volumen es suficiente para el abasto de la población en servicio de acueducto; si tal cantidad es suficiente

no solo para el servicio de acueducto sino para generar energía suficiente para el servicio de la población y sus contornos, habida consideración a la existencia de fábricas industriales establecidas en el Municipio. Los peritos darán el dato de las necesidades de la población en cuanto a energía se refiere y establecerán el gasto actual y el probable en veinte años, de acuerdo con el crecimiento de la población y de las industrias. La actual cantidad de agua que llega a la población de Copacabana, y sus barrios, en épocas de invierno, y en la ocasión en que verificamos las visitas a su tanque de captación es suficiente para el abastecimiento de la población en lo relativo a acueducto, servicios domésticos, etc., tanto ahora, como veinte años adelante, según lo demostramos al dictaminar sobre el literal d) del cuestionario del H. Consejo de Estado. De modo que la cantidad de agua asignada por la Resolución del Ministerio de la Economía Nacional, varias veces aludida, es suficiente para el servicio de acueducto, y accesorios derivados de éste, de Copacabana. Pero en épocas de sequía, cuando el caudal de "Piedras Blancas" y "Chorrillos" es inferior al gasto de la tubería de Medellín, de una capacidad de 852 litros por segundo, en la forma actual de distribución de las corrientes, el agua que llega a Copacabana no es suficiente para su abastecimiento de acueducto por la razón que anotamos en la parte final correspondiente al numeral 2° de este cuestionario, y por la capacidad de la tubería de Medellín, que acabamos de relatar".

De conformidad con este dictamen pericial, verificado también por el Consejo en su inspección ocular a la región donde se captan las aguas de "Piedras Blancas" y de "Chorrillos", se requiere, para el buen cumplimiento de la distribución de las aguas sobre que versa la resolución acusada, que el Municipio de Medellín, proceda dentro de un plazo prudencial que pueda ser de seis (6) meses a iniciar y terminar las obras necesarias para asegurar el estricto cumplimiento de la disposición gubernativa que asignó a Copacabana un caudal de 20 litros de agua por segundo.

Sección II — Servicio de energía eléctrica

Respecto a lo relativo a las necesidades de Copacabana con relación a la energía eléctrica los peritos responden así:

"En lo que concierne a si la cantidad de agua que llega a la población de Copacabana es suficiente, además, para generar energía eléctrica bastante para el servicio de la población y sus barrios actualmente, y en un plazo de veinte años, habida consideración también a la existencia de fábricas, conceptuamos que no lo es. Los fundamentos de este dictamen negativo, en cuanto al punto relacionado con la energía, ha sido expuesto al dictaminar sobre el literal d), del cuestionario del H. Consejo de Estado, cuando demostramos que la cantidad de veinte litros por segundo es apenas lo bastante para los menesteres de acueducto y derivados suyos.

"Se puede asignar un consumo de energía de 30 W. para la población urbana por habitante, y de 15 W. por habitante para los barrios. Con estos fundamentos hacemos el cálculo de los habitantes de Copacabana, clasificados en parte urbana y barrios".

Después de hacer técnicamente los cálculos respectivos los peritos concluyen que el consumo de energía probable el 31 de marzo de 1966, incluyendo el servicio de fábricas, será de 210.89 K. W. Más adelante agregan los peritos que para Copacabana poder desarrollar esta energía necesitaría un aumento de 47.83 litros por segundo, a los 20 litros que ha menester para el servicio de su acueducto. Lo que da 67.83 litros por segundo.

Si esta cantidad de agua que eventualmente necesitaría Copacabana para mover plantas eléctricas, no ha sido computada en la reglamentación hecha por el Ministerio, ello se debe a que en la actualidad, como consecuencia de los contratos celebrados entre ese Municipio y el de Medellín, el suministro de energía lo está haciendo la última de las entidades nombradas. Copacabana eliminó su planta eléctrica como consecuencia de los contratos que celebró con Medellín. Esas convenciones, que no tiene valor ante el Estado como supremo administrador de las aguas de uso público, produjeron en la práctica una situación de hecho que debe ser apreciada con equidad, habida consideración de la diferencia de prosperidad económica entre esos dos Municipios.

La consideración de este aspecto del problema no extraña al Consejo de Estado como quiera que las cuestiones fundamentales de carácter administrativo suelen subordinar, como elementos accesorios, elementos de otra naturaleza. Además, aquí se trata de dos personas administrativas de derecho público que crearon una situación de hecho como consecuencia del cumplimiento y desarrollo de los compromisos contractuales que celebraron.

En consecuencia, la situación de hecho creada por las razones anteriores, debe implicar, por conexión con el artículo primero del contrato de 6 de noviembre de 1931, que Medellín le sigue suministrando a Copacabana, en esas mismas condiciones sesenta (60) K. W. de fuerza eléctrica continuamente, es decir, de día y de noche.

Fallo:

En virtud de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal y en parte de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1°—No son nulas las Resoluciones del Ministerio de la Economía Nacional, números 7 del 17 de enero de 1944 y 85 del 21 de septiembre de 1944;

2°—Dentro del término de seis meses a partir de la fecha de esta sentencia, el Municipio de Medellín procederá a iniciar y terminar las obras necesarias para asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones gubernativas indicadas en el numeral anterior por medio de las cuales se le asignó a Copacabana un caudal de 20 litros de agua por segundo en la quebrada de "Piedras Blancas";

3°—Medellín seguirá suministrando a Copacabana 60 K. W. de fuerza eléctrica en las condiciones previstas en el contrato celebrado por los dos Municipios el seis de noviembre de 1931.

Notifíquese, cópiese y archívese.

Guillermo Hernández Rodríguez—Jorge Lamus Girón—Carlos Rivadeneira G.—Jesús Estrada Monsalve—Pedro Gómez Parra.—Firmo con salvedades respecto de algunos conceptos en la parte motiva de la sentencia. Gonzalo Gaitán—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Secretario.

ELECTORALES

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

(Consejero Ponente: doctor Guillermo Hernández Rodríguez)

Contra los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Cauca, el día 10 de abril de 1947, con respecto a la elección de representantes y senadores, se han presentado ante el Consejo de Estado, dos demandas de nulidad, las cuales deberán ser falladas en una sola sentencia habiendo sido reunidos estos dos juicios. Correspondió al Consejero Guillermo Hernández Rodríguez la redacción de las sentencias.

Se procederá, en primer término a presentar los pedimentos y los hechos en que se basa cada una de las demandas propuestas.

— A —

Primera demanda del doctor Irigorri

El doctor Luis Carlos Irigorri presentó demanda de nulidad del escrutinio verificado por el Consejo Electoral del Cauca, el 10 de abril de 1947, referente a la elección de Senadores. Su pedimento está formulado en los términos siguientes:

“....Demando antes ustedes, muy respetuosamente, se sirvan declarar la nulidad del escrutinio verificado por el Consejo Electoral del Cauca, el diez de abril de 1947, referente a la elección de Senadores y como consecuencia de tal nulidad se sirvan disponer la rectificación de los escrutinios para que se declaren electos como Senadores del Cauca para el próximo periodo, por el partido conservador a los doctores Guillermo León Valencia y Fernando Londoño y Londoño, como principales y los doctores Francisco Angulo G. y Luis Carlos Irigorri como suplentes; y por el partido liberal el doctor Francisco José Chaux como principal y Guillermo Tello Rengifo como suplente”.

Los hechos principales en que basa sus peticiones el doctor Irigorri son los siguientes:

1º—El diez y seis de marzo último se verificaron las elecciones para Senadores, Representantes y Diputados, y en este Departamento del Cauca fueron inscritos de acuerdo con la ley, las siguientes listas por las cuales se sufragó:

PARA SENADORES PARTIDO CONSERVADOR

PRINCIPALES:

Guillermo León Valencia
Fernando Londoño y Londoño
Julio Garrido G.

SUPLENTE:

Francisco Angulo
Luis C. Irigorri
Carlos A. Hurtado

PARTIDO LIBERAL (Corriente Santista)

PRINCIPALES:

Antonio José Lemos Guzmán
Alejandro Gómez Muñoz

SUPLENTE:

Daniel Solarte H.
Gerardo Bonilla F.

PARTIDO LIBERAL (Corriente Gaitanista)

PRINCIPALES:

Francisco José Chaux
Simeón Villani Paz

SUPLENTE:

Guillermo Tello R.
Alfredo Muñoz Acosta

2º.—El día de ayer, diez de abril, se verificaron los escrutinios del Departamento, que arrojaron los siguientes resultados:

Por la lista conservadora del doctor Valencia	24.776 votos
Por la lista liberal del doctor Lemos Guzmán	15.564 votos
Por la lista liberal del doctor Chaux	19.407 votos
Suman	59.747 votos

que divididos por tres, número de Senadores que elige el Cauca, da un cociente de 19.915 y un medio cociente de 9.957.

3º.—El Consejo Electoral declaró electos como Senadores para el Cauca, para el próximo periodo, así:

PRINCIPALES:

Guillermo León Valencia
Francisco J. Chaux
Antonio José Lemos Guzmán

SUPLENTE:

Francisco Angulo C.
Guillermo Tello R.
Daniel Solarte

4º.—Según el artículo 204 de la Ley 167 de 1941, “es nula toda elección ya se haga popularmente o por una corporación pública cuando los votos emitidos en ella se computen con violación del sistema electoral adoptado por la ley”, y en el caso que se contempla el cómputo se ha hecho con violación del sistema del cociente electoral, tal como está adoptado en la Ley 39 de 1946.

8º.—Como se ve, del sistema de la Ley 67 a la Ley 39, la diferencia esencial consiste en que según aquella las listas cuyos votos no hubieren alcanzado a una cantidad por lo menos igual a la mitad del cociente, se eliminaban definitivamente en el escrutinio, mientras que hoy con la Ley 39 esas listas no excluyen del escrutinio pero sus votos se acumulan a la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aún cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos.

9º.—Conforme al actual sistema el Consejo Electoral tiene que limitarse a considerar las cantidades de las cuales puede deducirse cociente, y aquellas otras, que son necesariamente residuos, porque según la ley “cada una de las listas tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiese el cociente en el total de sus votos”, es decir que cualquier número de listas tiene que dividirse y si unas resultan con cociente, las otras que no han alcanzado a él, lógicamente tienen cero de cociente y un residuo equivalente a los votos alcanzados. En las matemáticas electorales, las cifras que resultan, o son cocientes o son residuos. Si son cocientes toda lista que alcance a él tiene derecho a tantos puestos cuantas veces quepa el cociente, y si son residuos tienen que sumarse forzosamente a la lista del partido que tenga mayor número de votos, o sea, que debe verificarse la acumulación de que habla la ley, y a esa suma de votos se adjudica un puesto para la lista que ha tenido el mayor número.

En el caso del Cauca la lista conservadora encabezada por el doctor Valencia tiene derecho a un Senador por cociente y le queda un residuo de 4.861 votos. Pero como las listas de los doctores Chaux y Lemos son indiscutiblemente residuos, tienen que sumarse o acumularse a la lista de Chaux, que obtuvo la cifra más alta, y es a esta lista a la que se adjudica por la suma de los residuos, un Senador. El otro, según la ley y el decreto tiene que adjudicarse “a la lista que siga a la anterior en suma

de votos", que es la conservadora, con el residuo sobrante después de haberse hecho la adjudicación del primer puesto, por cuociente.

10.—La ley tiene que aplicarse cualquiera que sea un resultado y por lo mismo es innecesario contemplar si un partido ha tenido más o menos votos.

Desde el instante en que se suman los votos o acumulan a la lista liberal del doctor Chaux, se produce su efecto, dicha suma obra instantáneamente, pero los votos de las dos listas no pueden obrar el milagro de servir a la vez de cuociente y de residuo: son una cosa u otra, pero no ambas. Ni la ley ni el decreto contemplan la posibilidad de que haya adjudicaciones para residuo de residuos. La lista que encabeza el doctor Chaux, con los votos acumulados del doctor Lemos forman según la ley y el decreto una lista a que tiene derecho a un puesto, y el otro corresponde al residuo que queda en la lista conservadora, que es la que sigue en votos.

Con el propósito de impugnar esta demanda se hizo parte en el juicio el doctor Daniel Solarte.

El Consejero doctor Carlos Rivadeneira a quien fue repartida la demanda, la admitió y dispuso se le diera la tramitación de rigor.

Los doctores Iragorri y Solarte presentaron sendos alegatos para sostener sus puntos de vista.

— B —

Segunda demanda del doctor Bonilla Gómez

El señor doctor Hermenegildo Bonilla Gómez presentó demanda de nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral Departamental del Cauca, el 10 de abril del año en curso, y formuló sus pedimentos así:

"1º—Son nulos los escrutinios que para elegir Senadores por el Círculo Electoral del Cauca, practicó el Consejo Electoral Departamental, por haber adoptado en el cómputo de los votos, un sistema electoral que no autorizan las leyes vigentes sobre esa materia.

"2º—Ordénese la práctica de un nuevo escrutinio, que debe verificar el Consejo de Estado, para lo cual debe pedirse al Consejo Electoral de Popayán, todos los elementos indispensables para verificarlo, extendiéndolo las credenciales a quienes resulten legalmente electos.

"3º—Es nula la elección hecha por el Consejo Electoral Departamental del Cauca, en la persona del señor Guillermo León Casas, como primer suplente de la lista que encabeza el señor Arquímedes Viveros, y en consecuencia, se declara cancelada la respectiva credencial.

"4º—Como los suplentes de los Representantes a la Cámara son numéricos, y no personales, procédase a escrutar al que sigue en turno, en orden descendente, de la lista de suplentes que encabeza el señor Guillermo León Casas, por cuanto de la misma lista, en calidad de principales, han sido escrutados legalmente dos ciudadanos".

Las razones de hecho de su pedimento las formuló el demandante en la siguiente forma:

"a) En el año de 1929, de conformidad con la facultad constitucional, se aprobó la Ley 31, tendiente a asegurar la representación proporcional de los partidos en los cuerpos colegiados, por medio del sistema del cuociente electoral limitado.

"b) En el año de 1932, se reformó el estatuto anteriormente citado, y, en consecuencia, se aprobó la Ley 7ª, que instituyó el sistema del cuociente electoral integral, o sea del máximun común divisor.

"c) Este sistema dio desastrosos resultados electorales, por cuanto que con él podía fácilmente un partido político, en determinada Circunscripción Electoral, quedarse sin representación, como ocurrió por aquella época en el Departamento de Bolívar.

"d) Los resultados de la ley últimamente citada, obligó al legislador de 1937, a volver al sistema instituido por la Ley 31 de 1929, o sea el del cuociente electoral limitado, y a tal fin aprobó la Ley 67 del dicho año de 1937.

"e) El legislador del año pasado (1946) complementó la Ley 67 de 1937, en el sentido de que se utilicen los saldos, pero de ninguna manera varió el sistema de cuociente electoral limitado. A tal fin aprobó la Ley 39 que se orienta a cumplir a cabalidad la determinación constitucional, o sea la de que la tendencia política más ponderable, tenga más ponderable representación en las corporaciones deliberantes.

"f) El artículo 65 de la Ley 6ª de 1945, vigente el día diez de abril en curso, fecha en que el Consejo Electoral Departamental del Cauca, verificó los escrutinios definitivos de las elecciones que tuvieron lugar el 16 de marzo pasado, determina que los Magistrados, los Jueces y los Inspectores del Trabajo no pueden ser elegidos para ningún cargo de representación popular, sino dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. Y agrega este precepto, que su infracción, vicia de nulidad la elección.

"g) El doctor Guillermo León Casas, elegido primer suplente, de la lista que para representantes, por el Círculo Electoral del Cauca, encabeza el señor Arquímedes Viveros, como principal, desempeñó el cargo de Inspector Nacional del Trabajo en el Cauca y a la fecha de su elección no habían transcurrido dos años.

"h) El Consejo Electoral del Departamento del Cauca, en su sesión del día diez (10) del presente mes de abril, al verificar los escrutinios de los votos emitidos en las elecciones del 16 de marzo pasado, y al computar los votos a favor del doctor Antonio José Lemos Guzmán, declarándolo electo Senador principal, con su suplente Daniel Solarte Hurtado, lo hizo con violación del sistema electoral adoptado por las Leyes 67 de 1937 y 39 de 1946.

"i) La Corporación Electoral escrutadora del Cauca, el 10 del presente mes, para Senadores, computó los siguientes votos:

Conservadores	24.776
Gaitanistas	19.407
Santistas	15.564
Total	59.747

"Como se trataba de elegir tres (3) Senadores, debió procederse conforme lo preceptúan las Leyes 67 de 1937 y 39 de 1946, o sea buscando primeramente el cuociente básico limitado, esta Corporación da el siguiente resultado:

57.747 : 3 = 19.915. Con este cuociente se procede a adjudicar los puestos, para lo cual se procede así:

Conservadores:	24.776 : 19.915 = 1 Senador, residuo: 4.861
Gaitanistas:	19.407 : 19.915 = 0 Senador, residuo: 19.407
Santistas:	15.564 : 19.915 = 0 Senador, residuo: 15.564

“Como quedan dos residuos, el mayor 19.407 arrastra al menor 15.564, y de su acumulación resultan 35.479 sufragios. Como se conoce el cuociente limitado, que es de 19.915, y los medios cuocientes, y los resultados mayores no sirven para adjudicar puestos, sino para descartar listas del escrutinio, entonces se repite la operación, o sea que los votos acumulados: 35.479 se dividen por el cuociente 19.915 y se obtiene un Senador, con un residuo de 15.564. Como este residuo es mayor que el de los conservadores que es de 4.861 votos, a los 15.564 se le adjudica el otro Senador, para cubrir los tres puestos del Cauca en la Alta Cámara. Así, pues, debió declararse electo el segundo renglón de la lista Gaitanista, y de ninguna manera el primer renglón de la lista Santista. Al procederse así, como es natural, se violó el sistema electoral adoptado, y que contemplan la Ley 39 de 1946 y el parágrafo 4º de la Ley 67 de 1937. Para que no se hubiera consumado la violación de los preceptos legales citados, debió declararse la elección de los siguientes ciudadanos, como Senadores del Cauca: Guillermo León Valencia, Francisco J. Chaux y Simeón Villani Paz, como principales, con sus suplentes respectivos.

Repartido el negocio el Consejero doctor Valbuena, dicho Magistrado admitió la demanda y ordenó que se decretaran las pruebas que se solicitaron dentro del juicio respectivo. El doctor Oswaldo Rengifo recibió poder del señor Guillermo León Casas y en tal virtud alegó de conclusión.

— C —

Concepto del Fiscal

Sobre los problemas planteados en las anteriores demandas, el señor Fiscal de la Corporación, emitió concepto en la siguiente forma:

“En el caso de autos tenemos que la lista conservadora del doctor Valencia obtuvo 24.776 votos; la lista liberal del doctor Francisco José Chaux 19.407, y la lista liberal encabeza por el doctor Lemos Guzmán 15.554 votos. El total de votos emitidos fue pues, de 59.747, que dividido por tres (3) que es el número de Senadores elegibles por el Departamento del Cauca, da un cuociente de 19.915 y un medio cuociente de 9.957 votos.

Como se ve, la única lista que obtuvo cuociente completo fue la encabezada por el doctor Guillermo León Valencia; las encabezadas por los doctores Chaux y Lemos Guzmán excedieron en mucho al medio cuociente, sin alcanzar al cuociente completo.

“Así pues, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transcrita de la Ley 39 del año pasado, el Consejo Electoral del Cauca adjudicó un renglón a la lista del doctor Valencia por haber llegado al cuociente electoral, y un renglón a cada una de las listas encabezadas por los doctores Chaux y Lemos Guzmán por haber obtenido cada una de ellas un número de votos al medio cuociente. La acumulación de votos en la forma que pretende el doctor Irigorri es legalmente imposible llevarla a efecto, pues de la letra y el espíritu de la mencionada ley resulta claramente que sólo las listas que no alcancen a la mitad del cuociente sus votos los absorbe la del mismo partido que haya alcanzado mayor número de votos, pero en ningún caso pueden ser absorbidos los votos de las listas que alcanzan o sobrepasen al medio cuociente, como ocurren en el caso que se estudia, como quiera que el medio cuociente, por su naturaleza, como factor que entra en el escrutinio, escapa a la absorción de la lista mayorista.

“Y es que el medio cuociente, como dice una autoridad en estas materias, “es un factor de escrutinio que en fuerza escrutadora sigue en turno al cuociente entero, con derecho a recibir casilla a título de medio

cuociente, sin que sea posible ni aceptable que se le asimile a residuo, cambiándosele la naturaleza con que entró al escrutinio; para que sus sufragios vayan a sumarse al residuo o fracción de otra lista, desde luego que a ello se opone la inarrastrabilidad que ampara al medio cuociente...".

En síntesis: los medios cuocientes tienen de acuerdo con la ley una categoría especial que les permite entrar al escrutinio conforme a su propia naturaleza, porque no son residuos ni sobrantes de nada, sino factores de escrutinio y por lo mismo de naturaleza distinta; en tal virtud no pueden confundirse con los residuos, que es lo que sobra después de haber hecho las adjudicaciones, ni sumarse con éstos porque sería una mezcla heterogénea que daría el más extravagante resultado desde el punto de vista de la representación proporcional de los partidos que consagra la Constitución Nacional.

"Por las consideraciones que preceden, soy de concepto que se NIEGUEN las súplicas de la demanda".

— D —

Planteamiento de la cuestión

Las dos demandas que se consideran versan sobre la interpretación que deba dársele a la Ley 39 de 1946 sobre cuociente electoral, en relación con el caso en concreto que se ha planteado en el Departamento del Cauca con motivo de los escrutinios de las últimas elecciones para Senadores de la República.

El doctor Hermenegildo Bonilla Gómez sostiene una tesis y el doctor Luis Carlos Iragorri otra distinta y las dos son diferentes a la aplicada por el Consejo Electoral del Cauca. La situación electoral de hecho que sirve de base a esta controversia es la siguiente:

El Departamento del Cauca elige tres Senadores y en las últimas elecciones los resultados fueron los siguientes:

Por la lista conservadora que encabeza el doctor Guillermo León Valencia	24.776 votos
Por la lista liberal encabezada por el doctor Francisco J. Chaux, llamada lista gaitanista	19.407 votos
Lista encabezada por el doctor Antonio José Lemos Guzmán, llamada lista santista	15.564 votos
Suman	59.747 votos

a) Método de escrutinio propuesto por el demandante doctor Iragorri. Sobre la base de estas cifras deben aplicarse las disposiciones electorales vigentes y en especial el nuevo estatuto sobre la materia contenido en la Ley 39 de 1946.

De conformidad con este texto, para el doctor Luis Carlos Iragorri, el escrutinio debe efectuarse de la siguiente manera:

El total de 59.747 votos se divide por tres que es el número de curules senatoriales que le corresponden al Departamento del Cauca. El cuociente que resulta de esta operación es la cifra de 19.916.

La segunda operación indicada por la ley, según el doctor Iragorri, consiste en dividir el número de votos obtenido por cada lista por el cuociente antes hallado. El resultado de esta operación sería el siguiente: .

Lista del doctor Valencia, un Senador y 4.871 votos de residuo.

Lista del doctor Chaux, cero Senadores y 19.407 votos de residuo.

Lista del doctor Lemos, cero Senadores y 15.564 votos de residuo.

La tercera operación consistirá, según el demandante, en acumular el residuo del doctor Lemos al mayor residuo de la lista del mismo partido, que lo es, en este caso, la del doctor Chaux. Los dos puestos por proveer se adjudicarán entonces, uno a la lista del doctor Chaux y otro a la lista del doctor Valencia. Sobre este aspecto del problema, el doctor Irragorri dice en su alegato:

"Como esa acumulación se hizo tiene que adjudicarse un puesto a quien tuvo mayor número de votos en ella. Y como la ley manda que se adjudiquen los puestos sobrantes a los **residuos en orden descendente y tan solo quedaban dos**: el de la lista liberal acumulada y el de la del doctor Valencia, que es el único residuo que no ha actuado, no hay posibilidad legal diferente de adjudicar el impuesto al doctor Chaux y el otro al doctor Fernando Londoño.

"Sería destruir la lógica interpretar esto de manera diferente, pues la ley no ha dicho en parte alguna que si la suma de los residuos acumulados de un saldo de votos superior al residuo que no ha actuado, el puesto se adjudicará a dicho saldo y no al residuo. Y llamo esto **saldo** en vez de residuo porque para esta operación **no se divide** el total de votos sumados por el cuociente, sino que se **aplica** un impuesto a esa suma que lo fue de residuos. La ley no habla de aplicación de puestos a los saldos de residuos o a los residuos de residuos, sino a los **"residuos en orden descendente"**, o sea en este caso, al acumulado de la lista liberal que corresponde al doctor Chaux y al de la lista conservadora que no había actuado y que corresponde al doctor Londoño.

"Hay otra consideración: Si las dos cantidades se suman (la de los votos de los doctores Chaux y Lemos), y obran para producir el triunfo del primero, ya esas cantidades **actuaron, produjeron su efecto y desaparecieron**. De ellas no puede sacarse más, porque sería ilógico y absurdo que obraran como **cuociente** y luego como **residuo**, habiendo otra cantidad, de verdadero residuo que no actuaba".

b) Sistema propuesto por el doctor Hermenegildo Bonilla Gómez. Sobre las cifras de hecho antes citadas, el demandante doctor Hermenegildo Bonilla Gómez conceptúa que se debe proceder a escrutar así:

A la lista conservadora se le adjudica un Senador por cuociente quedándole un residuo de 4.861 votos.

Como quiera que las listas gaitanistas y santistas no alcanzaron al cuociente completo sus cifras de votos sin residuos y procede por lo tanto la acumulación de que habla la Ley 39 de 1946. A la lista gaitanista que tiene un residuo de 19.407 debe acumulársele al residuo menor de la plancha santista que es de 15.564 votos lo cual arroja 34.971 sufragios. Esta cifra se divide por el cuociente limitado, que es de 19.915 y se obtiene un Senador con un residuo de 15.564. Como queda una curul por proveer se le debe adjudicar también a la plancha gaitanista que tiene un residuo de 15.564 votos superior al residuo de la lista conservadora que sólo ascendió a 4.861 votos. Este método de escrutinio da una curul en el Senado a la lista conservadora, descarta la plancha santista y da dos curules al gaitanismo.

c) Sistema aplicado por el Consejo Electoral Departamental del Cauca. esta Corporación escrutó en el sentido de adjudicar una curul en cada una de las tres listas que se presentaron al debate. En el acta respectiva no aparece una explicación pormenorizada del método de escrutinio que esa Corporación acogió pero todo indica que a la plancha conservadora le adjudicó una curul por cuociente y a la listas liberales, que tenían una cantidad de votos superior cada una al medio cuociente, y mayor cada una

que el residuo conservador, les adjudicó las dos curules restantes. El Consejo Electoral estimó pues, que los sufragios de las planchas con votación superior al medio cuociente no eran acumulables.

— E —

Estudio del problema jurídico de fondo

Electorales que cursan en la actualidad ante el Consejo de Estado, se plantea, en el fondo un problema de carácter jurídico, relativo a la interpretación que deba dársele a la última ley sobre cuociente electoral, la 39 de 1946, como en todo tránsito de legislación, sucede ahora que distinguidos abogados tienen criterios distintos y sostienen tesis contradictorias, sobre la manera de aplicar en la práctica el nuevo texto legal. Dentro de esta ubicación del problema conviene, ante todo, advertir que la interpretación de una ley no puede operarse aisladamente sino en relación con el contenido general de la legislación colombiana y principalmente bajo la enmarcadura general de la Constitución que como norma suprema indica, delimitándole, el campo de acción de la ley. Siguiendo este sistema se procederá a presentar en primer término, los textos constitucionales y legales sobre la materia, para interpretarlos luego en armonía con la orientación jurídica que ha prevalecido sobre el particular en la legislación colombiana de las últimas décadas.

a) El texto constitucional:

El artículo 172 de la Constitución, correspondiente al artículo 77 del Acto Legislativo número 1º de 1945, dice así:

“Cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral u otra cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho”.

b) La Ley 39 de 1946, en su artículo primero, dice así:

“En toda elección popular y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema del cuociente electoral en la forma siguiente:

“El total de votos válidos obtenidos en la Circunscripción Electoral o en la corporación pública que hace la elección, se divide por el número de individuos que deban elegirse y el resultado es el cuociente electoral. Las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, se excluirán del escrutinio, pero sus votos se acumularán a la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aun cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos.

“Cumplida la acumulación, cada una de las listas tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiese el cuociente en el total de sus votos, y si hecha la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán a los residuos en orden descendente, previa la acumulación al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido.

“En la adjudicación de los puestos que correspondan a cada lista se atenderá al orden de colocación de los nombres que en ella figuren, y que cuando se trate de elección popular debe ser el mismo de la regularmente inscrita. En todo empate decidirá la suerte”.

La evolución constitucional y legal sobre la materia en Colombia a partir de la organización unitaria de la República en 1886 se caracteriza por su tendencia democrática consistente en avanzar cada vez más en la

búsqueda de un sistema que asegure la representación proporcional de los partidos en consideración al número de electores que lleven a las urnas. Dentro de este ciclo evolutivo el país ha transitado por varios sistemas:

El título XVII de la Constitución de 1886, consagró un sistema mayoritario según el cual la lista que en una circunscripción ponía mayoría de votos, alcanzaba la totalidad de las plazas por elegir.

El sistema de representación de las minorías fue configurado por el artículo 4º del Acto Legislativo número 8 de 1905, que decía:

“En toda elección popular que tenga por objeto constituir corporaciones públicas, y en el nombramiento de Senadores, se reconoce el derecho de representación de las minorías, y la ley determinará la manera y términos de llevarlo a efecto”.

El sistema de representación proporcional de los partidos fue incorporado en el artículo 45 del Acto Legislativo número 3 de 1910, artículo 173 de la antigua numeración constitucional, que decía así:

“En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema del voto incompleto, o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho”.

Esta disposición constitucional fue desarrollada por la Ley 85 de 1916, la cual, entre los sistemas propuestos por la Carta, optó por el del voto incompleto, según el cual se sufragaba por las dos terceras partes de los candidatos que debían elegirse, correspondiente a la lista mayoritaria esta proporción y a la minoritaria, la tercera parte. Contra esta deformada representación de los partidos se vino a reaccionar, en 1929, por medio de la Ley 31 de ese año, que establecen un sistema de cuociente electoral mínimo encontrado mediante la división de los votos emitidos en cada elección popular por el número de individuos a elegir. Todo candidato de cualquiera de las listas inscritas que tuviera un número de votos igual o superior al cuociente mínimo, debería ser declarado electo. Ningún partido podía obtener más de las dos terceras partes de la respectiva representación.

Por medio de las Leyes 7ª de 1932 y 67 de 1937 se perfeccionó el sistema del cuociente electoral, siempre sobre la base de que al mayor número de votos de una lista correspondiera mayor número de curules.

Bajo el imperio de las leyes electorales de 1916 y de 1927, la legislación colombiana se preocupaba por organizar un sistema proporcionalista sobre la base de escrutar por nombres y no por planchas ni por partidos. Desde entonces la evolución legislativa sobre la materia se caracteriza por una persistente tendencia a sustituir a los nombres las listas y posteriormente a hacer primar sobre éstas a los partidos. Este criterio, que rige el desarrollo de las leyes electorales, se armoniza con el sentido general de la Constitución, que en su espíritu y sus términos da preeminencia a los partidos sobre los nombres y sobre las listas. Con base en el texto constitucional y en esta tradición legal colombiana, se procederá, para resolver el caso concreto, a plantear en tesis la interpretación de la Ley 39 de 1946, que está por primera vez en virtud de las últimas elecciones, al estudio del Consejo de Estado para fijar su alcance en la jurisprudencia.

— I —

El principio constitucional, consagrado en el artículo 172 de la Carta, es norma básica general en materias electorales a la cual debe estar su-

bordinada la interpretación de la ley para darle representación proporcional a los partidos en las corporaciones públicas, de tal manera que el número de plazas o curules que se les adjudique a los partidos guarde la misma correlación de fuerza que ellos hubieren tenido en las votaciones. A mayor número de sufragios debe corresponder mayor número de curules según el querer de la Constitución en armonía con la equidad y con la lógica. El método para hallar esta proporción ha sido señalado por la ley colombiana de manera clara y precisa. Entre los diversos sistemas a adoptar el legislador colombiano escogió el llamado del cuociente. El total de votos válidos consignados en las urnas, se divide por el número de individuos que deben elegirse y el resultado es el cuociente electoral. Cada partido tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiese el cuociente en el total de sus votos ya se trate de una sola lista o de varias del mismo partido, idealmente acumuladas. Si restaren puestos por proveer se adjudicarán a los partidos en el orden descendente de sus respectivos residuos.

Este principio general y de fondo debe tenerse en consideración en el desarrollo de todo el proceso del escrutinio. Para tener en cuenta la presencia de los partidos fraccionados en listas, el legislador recurrió para la adjudicación de curules a un procedimiento aritmético que debe considerarse como método adjetivo, como herramienta técnica para escrutar y no como factor sustancial que desplace los elementos cualitativos del proceso electoral según los cuales los votos son materialización de la voluntad de ciudadanos organizados en partidos políticos, que por mandato constitucional supremo deben estar representados en las corporaciones públicas en proporción a sus votos.

Este principio general normativo debe tenerse en cuenta en cada etapa parcial de aplicación de la ley para que los accidentes del escrutinio sean resueltos en armonía con la norma constitucional que se destaca y comenta. Así se engranan el texto constitucional y la Ley 39 de 1946 sobre cuociente electoral y se obedece al impulso del proceso evolutivo de la legislación electoral colombiana que ha buscado al través de diversas formas la representación proporcional de los partidos.

— II —

Del escrutinio por nombres la legislación electoral colombiana ha evolucionado de manera constante y firme hasta el escrutinio por listas y ahora al escrutinio por partidos teniendo en cuenta como base la fuerza proporcional de éstos últimos cualquiera que sea el número de listas en que se subdividan. A las personas y a las listas ha venido a sobreponérseles una entidad de mayor categoría, el partido político, reconocido por la Constitución y las leyes de la República como organización permanente al través de la cual se expresa la voluntad de los ciudadanos.

La Ley 39 de 1946 se distingue fundamentalmente de la Ley 67 de 1937 en que está configurada sobre la base de reconocer la representación proporcional de los partidos políticos considerando sus diversas listas de tal manera que ningún sufragio se pierde en el proceso eleccionario porque los votos por aquellas planchas que no alcancen a la mitad del cuociente se acumulan a los del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número de sufragios.

Por las circunstancias de la vida política presentan a los partidos en muchas ocasiones divididos internamente por discrepancias de matices ideológicos accidentales o por diferencias de carácter personal. La Ley 39 de 1946 tenía que tener en cuenta esta situación y combinar la norma

constitucional que dice relación con los partidos políticos, con la práctica electoral en que los partidos suelen dividirse en varias planchas.

De conformidad con la ley, existe una cifra, mínima, la mitad del cuociente, de enorme importancia y trascendencia en el proceso electoral para decidir la suerte de diversas listas. Las planchas que alcancen a esta cifra quedan con vocación para entrar en el escrutinio y las que no lleguen a ella se descartan en tanto que listas de individuos, pero conservan su valor como expresión de la voluntad de ciudadanos que pertenecen a un determinado partido político. En efecto, los votos emitidos por estas listas se acumulan a los de la plancha del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número de votos. La ley opera pues un desplazamiento de cantidades pero dentro de los cauces de cada partido político.

— III —

Dentro de la ley el medio cuociente que se acaba de mencionar es una cifra que juega doblemente en dos planos distintos en el proceso electoral. Por una parte sirve para descartar las listas de número de votos inferior a esa cifra y por otra parte consagra, dentro del respectivo partido, aquellas planchas que hubieren llegado o sobrepasado ese límite numérico sin llegar al cuociente completo. Dichas listas, en virtud de esa fuerza numérica relativa quedan con vocación para entrar al escrutinio por su derecho propio. La ley le infunde esta vitalidad peculiar al medio cuociente pero no dice en qué momento debe entrar a jugar en las diversas etapas del escrutinio. De conformidad con el principio general, antes enunciado, según el cual el sistema proporcional establecido por la Constitución implica que a mayoría de votos debe corresponder prelación en la distribución de curules, se tiene que la función de estos medios cuocientes y su derecho no puede ser otro que el entrar a competir, si los hubiere, con los residuos de otras listas que tengan su misma calidad, esto es, que sean superiores al medio cuociente.

La ley estableció un ordenamiento cualitativo de cifras electorales, a saber:

- 1.—Cuocientes completos.
- 2.—Medios cuocientes.
- 3.—Residuos.

Establecidas estas categorías por la ley, se omitió indicar en qué momento entran a operar los medios cuocientes. Señalar su ubicación cronológica no es difícil porque dado que se conocen los extremos constituidos por cuocientes completos y residuos, es claro que su sitio no puede ser otro que el intermedio entre estos dos factores.

— IV —

La creación de las tres categorías electorales que se acaban de mencionar, implica un sistema de escrutinio análogo en su ordenamiento en tres planos y etapas, así:

- 1º—Escrutinio por cuociente completo.
- 2º—Escrutinio por medios cuocientes.
- 3º—Escrutinio por residuos acumulados por partidos.

El cuociente, desde el punto de vista aritmético, es el resultado de una división. Pero desde el punto de vista jurídico-electoral el cuociente es también un divisor. Su función esencial consiste en servir de divisor con respecto al número de votos de cada lista el cual sirve de dividendo.

El cuociente cumple su función en la primera etapa del escrutinio y obra sobre las cifras más altas, sobre aquellas que sean iguales o superiores a él.

En la segunda etapa opera, como se ha dicho, el medio cuociente al cual la ley le ha asignado un valor cualitativo y cuantitativo solitario e independiente. Estos medios cuocientes están representados en cifras de votos, no entran en las primeras adjudicaciones por cuociente completo pero compiten, en una segunda etapa, con los residuos que ellas arrojen, pero no con todos los residuos sino con aquellos que tengan su misma naturaleza, esto es, que representen una cifra superior al medio cuociente.

De estas observaciones aparece que los medios cuocientes derivan su formación de dos factores distintos. Unos tienen una integración primaria original porque representan sufragios por una lista que, en la primera etapa del escrutinio, es relegada al segundo plano porque no alcanza al cuociente completo. Otros medios cuocientes aparecen una vez hechas las primeras adjudicaciones y están integrados por los grandes residuos de las listas mayores. Cuando estas cifras sobrepasan al medio cuociente no se les puede calificar como simples residuos. Su naturaleza, desde el punto de vista sustantivo es idéntica a los medios cuocientes originales, representan de manera cifrada, la voluntad de electores que son todos iguales ante la ley colombiana. En un segundo plano del escrutinio, se enfrentan pues, medios cuocientes originales o residuales.

Si verificada esta segunda operación quedaren puestos por proveer, se entrará al tercer plano del escrutinio que consiste en enfrentar residuos contra residuos de la misma naturaleza, previa la acumulación de los menores a la lista mayoritaria del mismo partido.

Desde el punto de vista jurídico, el residuo electoral no se confunde con el residuo aritmético. El residuo electoral es solamente aquel que es inferior al medio cuociente. Los residuos superiores a esta cifra son medios cuocientes, categoría especial creada por la ley independientemente de su calificativo aritmético.

La ordenación del escrutinio en los tres planos que acaban de enunciarse se ajusta estrictamente al espíritu de la ley y a las normas de la Constitución. Si la ley ha creado una entidad nueva, el medio cuociente, es necesario, para ser lógicos, señalarle un plano de acción propia dentro del escrutinio electoral.

En sus tres etapas el escrutinio se opera con cifras de la misma naturaleza sin que sea dable romper esta homogeneidad para enfrentar cantidades heterogéneas. La justicia democrática del escrutinio conduce pues a una ordenación en las tres etapas indicadas.

- 1.—Escrutinio por cuocientes completos.
- 2.—Escrutinio por medios cuocientes.
- 3.—Escrutinio por residuos.

Todas estas operaciones en función de las listas, deben estar subordinadas al principio general normativo de la representación proporcional de los partidos consagrados por la Constitución, o sea, que en primer término, y como cuestión fundamental dentro de todo el proceso electoral, debe procederse teniendo en cuenta el número de curules que le corresponde a cada partido, según la confrontación de los totales de votos de cada uno, sumados los sufragios por las distintas listas en que se hubieren dividido, mediante el cálculo legal de dividir esas sumas globales por el cuociente completo. El resultado final de todo escrutinio debe ajustarse a este principio general que sirve para verificar su conformidad con la Constitución.

— F —

Aplicación de la teoría jurisprudencial al caso concreto

Las votaciones para Senadores por el departamento del Cauca dieron el siguiente resultado:

Por la lista conservadora del doctor Valencia	24.776 votos
Por la lista liberal del doctor Lemos Guzmán	15.564 votos
Por la lista liberal del doctor Chaux	19.407 votos
Suman	59.747 votos

Desde el punto de vista de la composición político-partidista y el partido liberal con 34.971 votos distribuidos en dos planchas, la una la del doctor Lemos Guzmán llamada santista, y la otra, la del doctor Chaux llamada gaitanista.

Para hallar el cuociente en esta elección se procede a dividir el total de votos que arroja la cifra de 59.747 por el número de Senadores que corresponde al Departamento del Cauca lo cual da un cuociente de 19.915 y un medio cuociente de 9.957.

Conocida esta situación y aquellas cifras normativas se procede a señalar indiciariamente el número de curules que le corresponde a cada partido:

Partido conservador: 24.776 votos : 19.915 = un Senador, residuo 4.861
 Partido liberal: 34.971 votos : 19.915 = un Senador, residuo 15.056

Conocido el resultado indiciario, que puede necesitarse para cualquier reajuste eventual, se procede a hacer el escrutinio por listas siguiendo el procedimiento de tres etapas a que se ha hecho alusión en la primera parte de esta sentencia.

I — Escrutinio por cuociente

Como la única lista que obtuvo cuociente completo fue la lista conservadora del doctor Guillermo León Valencia se procede a presentar la operación correspondiente.

Lista de Guillermo León Valencia: 24.776 votos divididos por el cuociente de 19.915, de un Senador y un residuo de 4.861 votos.

II — Escrutinio por medios cuocientes

Como quiera que el residuo de la lista conservadora del doctor Guillermo León Valencia no alcanzó al medio cuociente no entra en esta segunda etapa del escrutinio.

Las listas liberales de los doctores Chaux y Lemos Guzmán tienen cada una un número superior al medio cuociente y por lo tanto entran en esta segunda etapa del escrutinio así:

La lista liberal del doctor Francisco J. Chaux, con 19.407 votos en función de un medio cuociente de 5.564 votos, obtiene una curul de Senador.

Lista liberal del doctor Antonio José Lemos Guzmán, con 15.564 votos en función de un medio cuociente de 15.564 votos, obtiene una curul de Senador.

III — Escrutinios por residuos

El único residuo que aparece en este escrutinio es el de 4.861 votos de la lista conservadora del doctor Guillermo León Valencia a la cual le correspondería un puesto si restaren curules que proveer, lo cual no es el caso presente.

Se observa que la adjudicación por listas se armoniza con la operación preliminar indiciaria según la cual corresponde una curul al partido conservador y dos al partido liberal.

— G —

Confrontación

Si se confrontan los resultados de este sistema de escrutinios con los que arrojó el método que aplicó el Jurado Electoral del Cauca, se encuentra que son idénticos. Por lo tanto no es el caso de decretar la nulidad y rectificación del escrutinio y deben negarse las súplicas de las demandas que se consideran.

La tesis sostenida por el otro demandante doctor Bonilla Gómez no es menos absurda. Se considera también que son residuos los medios cuocientes de los doctores Chaux y Lemos debiéndose por lo tanto acumular los votos de este último a los del primero. Luego se aplica el cuociente y el resultado general da una curul al partido conservador y dos a la lista liberal del doctor Chaux con exclusión de la lista del doctor Lemos Guzmán. Dentro del mismo razonamiento se puede argüir que si la lista del doctor Chaux hubiera tenido 510 votos más habría llegado al cuociente completo y alcanzado en tal forma una curul. Pero como en realidad tuvo menos votos entonces es un residuo que arrastra al residuo menor del doctor Lemos Guzmán y saca dos curules. Semejante raciocinio que conduce en la práctica a que con menos votos se sacan más curules, convirtiendo el proceso electoral en un juego de suerte y azar, se enfrenta no solamente contra la Constitución sino también contra el sentido común.

Aplicar la ley de manera contraria, a como acaba de hacerse conduce a resultados que se enfrentan a los principios constitucionales sobre representación proporcional de los partidos y a la lógica. En efecto, de conformidad con la tesis del demandante doctor Irigorri se le deben adjudicar dos curules al partido conservador y una al partido liberal. Para lograr este efecto se dice que los medios cuocientes de los doctores Chaux y Lemos son residuos y deben acumularse correspondiéndoles una sola senaturía. La otra tercera senaturía debe adjudicarse al partido conservador que obtuvo una plaza por cuociente y le queda un residuo que entra a jugar. Según esta tesis el partido que obtuvo minoría de votos obtiene mayoría de curules en violación del principio constitucional sobre representación proporcional de los partidos.

— H —

Nulidad de la elección del señor Guillermo León Casas

El doctor Hermenegildo Bonilla Gómez pidió en su demanda que se decretara la nulidad de la elección hecha por el Consejo Electoral del Departamento del Cauca, en la persona del señor Guillermo León Casas, como primer suplente de la lista que encabeza el señor Arquímedes Viveros por haber desempeñado el cargo de Inspector Nacional del Trabajo dentro de los dos años anteriores a su elección. Sobre el particular el Consejo comparte plenamente el concepto del señor Fiscal de la Corporación, que dice así:

“Con relación a la elección hecha en el señor Guillermo León Casas como primer suplente en la lista encabezada por el señor Viveros, que el demandante considera nula, por haber desempeñado dicho ciudadano el cargo de Inspector Jefe de la Seccional del Trabajo del Cauca, hasta el 27 de agosto de 1945, conforme aparece del certificado que obra al folio

33 vuelto, y estar viciada de nulidad esa elección por lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 6ª de 1945, debe observarse simplemente que tal disposición fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 9 de junio pasado por considerar la violatoria del artículo 108 de la Constitución Nacional. Por tanto, no estando, como no estaba el doctor Casas, al tiempo de la elección, comprendido dentro del lapso fijado en la norma constitucional para no poder ser elegido, síguese que la tacha de nulidad que se opone a su elección carece de toda base legal.

“En mérito de las consideraciones que preceden, soy de concepto que se NIEGUEN las peticiones de la demanda”.

Fallo

En virtud de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, en Sala Plena, oído el concepto de su Fiscal, y de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones de las demandas a que esta sentencia se refiere.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Rodríguez. — Jorge Lamus Girón. — Gustavo A. Valbuena. — Pedro Gómez Parra. — Carlos Rivadeneira G. — Gonzalo Gaitán. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis E. García V., Secretario.



JURISDICCION COACTIVA

Consejo de Estado. — Bogotá, febrero trece de mil novecientos cuarenta y seis.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón)

El Juzgado de Rentas Nacionales de esta ciudad de Bogotá, de conformidad con el **Reconocimiento**, sin número, de veinte de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, por auto de la misma fecha, dictó mandamiento de pago ejecutivo por la suma de mil cuatrocientos cincuenta y seis pesos con cuarenta y nueve centavos (\$ 1.456.49), y por los recargos del uno por ciento (1%) por mes o fracción de mes de demora desde que tales sumas se hicieron exigibles hasta el día del pago, en contra de la señora María Gacharná de Rodríguez. El mismo Juzgado, en providencia de veintiocho de abril del año citado decretó embargo y secuestro preventivos de la casa situada en la calle 12-A número 28-70, ubicada en esta misma ciudad, para garantizar a la parte ejecutante, o sea a la Nación, la suma dicha.

La diligencia de notificación e intimación del mandamiento de pago fue efectuada el veinticinco de junio del referido año de 1945, y en ella hace constar la ejecutada que no paga la suma que se le cobra por considerar que hay error de liquidación del impuesto, y que consigna la suma de cien pesos, con imputación al impuesto que definitivamente resulte a su cargo; hizo designación de secuestre y perito. El bien denunciado para el pago fue debidamente embargado en el juicio, notándose que nada dijo el juzgado respecto de la consignación de los \$ 100.00, en forma que dicha suma no aparece embargada ni secuestrada.

El apoderado de la ejecutada, doctor Luis Eduardo Gacharná, con fecha diez y nueve de julio del mismo año de 1945, presentó demanda de excepciones, y como consecuencia el negocio ha venido al Consejo de Estado para que conozca y resuelva lo que sea legal, respecto de tales excepciones.

De conformidad con el artículo 1026 del C. J., se ordenó dar traslado al señor Fiscal del Consejo por el término legal, el incidente fue abierto a pruebas y se decretaron y practicaron las que solicitó la parte ejecutada. Aparece, pues, que el procedimiento establecido para esta clase de incidentes se ha agotado, y es procedente por lo tanto, a resolver en el fondo.

Excepciones

En el escrito de excepciones, dice el apoderado de la ejecutada: “pongo con toda atención las siguientes:

— I —

“Por escritura número doscientos sesenta y cinco (265) de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (1942) de la Notaría Cuarta de Bogotá, se constituyó la sociedad de responsabilidad limitada conocida con el nombre de “Sociedad de Parcelaciones Urbanas Limitada”, formada por tres personas, mi madre, mi mandante y yo; como capital de dicha sociedad se aportó por los tres socios fundadores la casa número diez y nueve veintiocho (19-28) de la calle catorce en la forma expuesta en la escritura de sociedad.

“En el acto del aporte se le puso a la casa un valor de diez mil pesos, como habría podido ponerse cualquier otro, porque lo que interesaba era establecer las cuotas que sobre el capital social habría de tener cada socio.

"No era propiamente el objeto de la sociedad entrar en el negocio de fincas, pero aun suponiendo otra cosa, lo cierto es que la dicha casa valía al tiempo del aporte mucho más de lo que se estipuló como capital de la sociedad. Ese tanto fue sin duda la diferencia entre la estimación contractual del aporte y el precio porque se vendió 17 meses después de constituida la sociedad o sea, cuarenta y un mil pesos, puesto que se vendió en cincuenta y siete mil pesos (\$ 57.000.00).

"Al venderse en cincuenta y siete mil pesos no hizo ninguna ganancia mi mandante como no la hicieron ninguno de los tres socios aportantes, aunque los libros de contabilidad de la compañía arrojaran teóricamente esa ganancia".

"Desde que la casa fue aportada valía la suma por la cual se vendió, como lo demostraré en el término de prueba respectivo, aparecerá con claridad innegable que no hubo tal ganancia sino en los libros de la compañía, no en realidad, y por eso ha de descontársele la expresada suma de \$ 19.345.98, al computársele el impuesto sobre la renta".

— II —

"En los libros de contabilidad de la compañía aparece que no se invirtió ninguna suma de consideración en la mejora de la finca, pues la sociedad se limitó a recibir unos arrendamientos, pagados por los mismos socios o por dos de ellos.

"Tratándose pues, de una mera valorización, en el evento en que estoy colocado, valorización que jamás hubiera sido de tanta entidad, debe también considerársele como incapaz de fundar un impuesto de renta".

— III —

"Como mi mandante no negocia en fincas ni tiene en forma alguna la ocupación de vender, de comprar, o de permutar o disponer de inmuebles, aunque accidentalmente haga operaciones de esa clase, como comprarse una casa para vivir con su familia, resulta ilegal e injusto considerarla como obligada a pagar por impuesto sobre la renta lo que corresponde a la diferencia entre la estimación que dio al aporte y lo que recibió al liquidarse la sociedad.

"Como consecuencia de estos hechos expectivos, debe enmendarse la liquidación del impuesto sobre la renta con que se ha gravado a mi mandante suprimiendo de las utilidades la suma de \$ 19.345.98, o reduciéndola a la verdadera diferencia entre el valor de la mitad de la casa aportada en el momento del aporte y el valor al tiempo de su venta por la sociedad. "En el primer caso se declarará que no hay lugar a computar impuesto alguno sobre la renta en particular; y en segundo, se dirá que el impuesto sobre la renta debe computarse únicamente sobre aquella diferencia".

Constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, establece el artículo 329 del Código Judicial.

Dentro del juicio ejecutivo toda excepción tiene el carácter de perentoria, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, pues si prospera, el Juez ordena cesar el juicio y decreta el desembargo de los bienes, como lo ordena el artículo 1026 del código mencionado.

Pero si la excepción resulta establecida no con respecto al total sino a una parte de la obligación, debe entenderse que entonces el juicio tan sólo cesará en parte.

El título ejecutivo en el caso de autos, es el reconocimiento definitivo hecho por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, con fecha 20 de abril de 1945, a favor de la Nación y a cargo de la señora María Gacharná de Rodríguez por el impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1943, por la suma de \$ 1.456.49.

Los medios exceptivos propuestos por la ejecutada se dirigen a desconocer la existencia de la obligación tributaria que se le cobra coactivamente, por tres razones:

1ª—Porque ella no obtuvo en el año de 1943, en realidad la ganancia de \$ 19.345.98, ganancia que dice representa la diferencia entre el valor en que se hizo la estimación de su aporte a la Sociedad de Parcelaciones Urbanas Limitada, y el que percibió en la liquidación de la sociedad como producto de la venta del bien social aportado, y considera aberrante gravar como renta líquida una ganancia apenas aparente, no real.

2ª—Porque esa valorización por sí misma, sin intervención de la mano del hombre o inversiones de dinero, no es capaz de fundar un impuesto de renta, en el evento de que no se demostrara que la casa valía al tiempo del aporte la suma por que fue vendida por la compañía, resultando, por consiguiente, que se había valorizado en el intervalo entre el aporte y su venta.

3ª—Porque no estando dedicada la señora Gacharná de Rodríguez al negocio de compraventa de bienes inmuebles de manera permanente, aunque accidentalmente haga operaciones de esa clase, resulta ilegal e injusto gravarla como renta la diferencia entre la estimación que dio al aporte social y lo que recibió al liquidarse la sociedad.

Se estudiarán las excepciones para saber si están probadas y si son suficientes para acabar con la existencia y eficacia de la obligación tributaria que se trata de hacer efectiva.

Obra en autos la escritura número 265, de 20 de febrero de 1942, pasada en la Notaría 5ª del circuito de Bogotá, en la que aparece que el doctor Luis Eduardo Gacharná y las señoras Abigail García de Gacharná y María Gacharná de Rodríguez, constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada por el término de diez años a la que aportaron como capital la casa número 19-28 de la calle 13 de esta ciudad, casa que tenía también frente sobre la calle 14, como aparece en dicho instrumento, estimando los aportes así: \$ 8.000.00 el de la señora María Gacharná de Rodríguez, \$ 6.000.00 el de la señora Abigail García de Gacharná, y \$ 2.000.00 el del doctor Luis Eduardo Gacharná; fue designada como gerente la señora Gacharná de Rodríguez, a quien se le dio la atribución **sin consulta con los demás socios, para vender total o parcialmente la finca que se aportaba;** se señaló como objeto de la sociedad el de fracción mediante planos y estudios apropiados del inmueble aportado, y una vez hechos los planos y propuestas, proceder a la enajenación de las distintas parcelas mediante la consiguiente financiación, acometer la construcción de varias casas para venta o para renta de la sociedad.

Por escritura número 1515 de 22 de julio de 1943, pasada en la misma Notaría 5ª de esta ciudad, se solemniza el contrato de compraventa de la finca aportada a la sociedad, entre ésta, representada por su Gerente, la señora Gacharná de Rodríguez, con la expresa aprobación y firma de los socios restantes y Reginhard Kling, Gertrudis Banes de Kling, por precio de \$ 57.000.00 pagados de contado.

Por escritura número 1515 de 30 de noviembre de 1943, declararon los socios liquidada y disuelta expresamente la sociedad de Parcelaciones Urbanas Limitada, expresando que el objeto de la sociedad era el de par-

celar o vender la casa mencionada, objeto que se consumó al vender por la escritura antes dicha.

Aparece en autos el dictamen pericial, producido en oportunidad legal, en el que los expertos doctores Víctor M. Pérez y Hernando Uribe Cualla avalúan la finca, para el mes de febrero de 1942, en que fue aportada a la sociedad, en \$ 50.000.00, dando razón satisfactoria de su dicho, y conceptúan que para el mes de julio de 1943, en que fue vendida, el valor comercial de ella no era otro que el en que fue vendida.

Según el certificado expedido por la Sección de Catastro y nomenclatura del Municipio de Bogotá, la finca tenía un avalúo en febrero de 1942, de \$ 20.600.00 y en julio de 1943, de \$ 32.600.00.

Según aparece de la inspección ocular sobre los libros de la compañía llevada a cabo por el Consejero sustanciador, asociados de testigos actuarios, durante el tiempo de existencia de la sociedad, en ellos figura como capital social de la señora Gacharná de Rodríguez el de \$ 8.000.00, igual al, en que se estimó su aporte en la escritura de constitución; que ella recibió como su participación en la liquidación, según cheque No. 453.074 la suma de \$ 27.288.48; también se ve que el movimiento de la compañía se redujo a recibir los arrendamientos de la finca y contabilizar la venta del bien aportado y a la distribución de ese valor entre los socios; fuera de la contabilización de los gastos, por pagos hechos de la escritura de la constitución, impuesto predial, valorización y pavimentos, honorarios del contador, refacciones, comisión de venta y escritura de venta.

También obra en autos la liquidación de la venta de la señora Gacharná de Rodríguez, la que es de este tenor:

Renta declarada	\$	20.317.98
Arrendamiento recibido de Jaime Mandelbaum según información de Kardex		384.20
Renta gravable	20.077.84 Imp.	810.25
Deducciones	\$ 24.34	
Excepciones	600.00	624.34
Renta gravable	20.077.84 Imp.	810.25
Patrimonio gravable	25.050.00 imp.	17.58
Suma		827.83
35% de aumento sobre \$ 727.82		254.74
Total de impuestos		1.082.57
50% de aumento sobre \$ 727.82. Inversión bonos		363.92
Total de gravamen		1.446.49

No obra en autos la declaración de la renta que hiciera la señora Gacharná de Rodríguez.

Así las cosas, y según la copia de la liquidación, la señora Gacharná de Rodríguez declaró como renta la suma de \$ 20.317.98, cuya procedencia es desconocida en autos y por lo tanto no es posible decir si está comprendida en su denuncia la diferencia entre el valor en que hizo la estimación de su aporte a la "Sociedad de Parcelaciones Urbanas Limitada" y el que recibió en la liquidación de la sociedad; y esto trae como conse-

cuencia el que habrá de declararse no probadas las excepciones, por no haberse establecido si en la denuncia de la renta hecha por la señora Gacharná de Rodríguez, ella incluyó esa suma y si sobre ella se determinó el impuesto que se le cobra, pues lo que aparece —según las voces de la liquidación transcrita— es que la administración procedió a la determinación del impuesto sobre la base de la renta por ella declarada con juramento y siendo esto así, en la formación de la obligación tributaria la Administración se ajustó a lo que en el particular dispone la ley (artículo 12, Ley 81 de 1931) y no hay motivo válido para desconocer la existencia de una obligación legalmente constituida.

Pero es más: si la denunciante sufrió un error el denunciar como renta una ganancia aparente y no real, la oportunidad de conseguir la enmienda la tenía en el proceso administrativo donde se resuelven las controversias referentes a cuestiones de hecho y de liquidación.

Para abundar en razones, y como los medios exceptivos usados se dirigen a discutir la existencia de la renta imponible y aunque ya se vio que no está probado que en la liquidación se incluyera la renta que dice la excepcionante, por no haberse traído a los autos la declaración, debe dejarse establecido que si la señora Gacharná de Rodríguez obtuvo esa entrada como producto de las actividades de una sociedad de responsabilidad limitada, constituida de manera permanente para parcelar o vender la casa aportada por los socios, no puede estimarse que el origen de esa actividad sea el de un negocio accidental y por lo tanto ella no es patrimonio, sino renta sujeta al impuesto, pues la utilidad obtenida y en la que participó la excepcionante se llevó a efecto por una sociedad constituida de manera permanente para esos negocios como lo dispone el Ordinal 2º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por resolución número R-856-H de 1945 a propósito de una reclamación de la Compañía Agropecuaria de la Bolsa y Perico Negro S. A., dedujo de la venta líquida gravada por la Administración una considerable suma porque consideró probado que el objeto de dicha sociedad no era vender terrenos y porque la operación efectuada sobre el particular, era ocasional, sin ninguna relación con las operaciones habituales de dicha sociedad, pues se trataba de bienes aportados por algunos accionistas, pero que no fueron adquiridos por la sociedad con el fin de negociar en la compraventa de bienes raíces. Este antecedente se quiere hacer valer por el apoderado de la excepcionante, pero él sirve para reforzar la tesis antes expuesta, porque allí se demostró que esa venta de bienes sociales, fue una operación ocasional, y que en ningún caso tales bienes fueron adquiridos con el fin de explotar la compraventa de bienes; y en el caso de autos está establecido, por el contrario, que el único objeto de la sociedad era el de parcelar o vender el bien aportado, pues fue adquirido por la sociedad con ese fin exclusivo y por eso apenas cumplido el objeto social, se disolvió y liquidó la sociedad.

Es cierto sí que la sociedad de que hacía parte la señora Gacharná de Rodríguez, durante la existencia, no realizó sino una sola operación de compraventa de bienes raíces, pues ésta copó su objeto social; pero ello no desvirtúa el hecho de que ella se constituyó únicamente para explotar el negocio de parcelación o venta del único bien aportado y que verificada la venta, se consumó el objeto social, como se dice en la escritura de liquidación; y siendo esto así, esa operación no puede considerarse como ocasional, sino que haciendo parte del fin para que fue constituida y existió la sociedad, la utilidad realizada en esa operación que comprendió todo

el objeto social, debe considerarse como renta sujeta a gravamen porque ese era el negocio habitual de la compañía y por haberse formado para explotar en la venta de la finca aportada o de parcelarla, según conviniere a sus intereses.

Ahora bien: si el bien aportado valía más de lo estimado por los socios al momento del aporte, como lo dicen los peritos, ello no significa que la obligación que se cobra no exista, porque estando asentado en los libros de la sociedad el precio dado por los socios al aporte, así como también que la diferencia entre este valor y el en que fue vendida la finca se repartió entre ellos como utilidad, la prueba resultante de la contabilidad, llevada de acuerdo con los preceptos legales, no puede desvirtuarse con ese peritazgo, pues es principio general, que consagra nuestro Código de Comercio, que los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva y no se admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos (artículo 27), porque debiendo contener la escritura social de una sociedad de responsabilidad limitada la estimación de los aportes que se hacen en especie, siendo los socios solidariamente responsables del valor atribuido por ellos a los indicados aportes en la escritura social, como lo dice el ordinal 3º del artículo 2º de la Ley 124 de 1937, no sería explicable que la estimación dada por los socios a sus aportes en especie en la escritura social y que así fue contabilizada, no tenga efectos con respecto a la Administración, cuando ante ella se exhiban los libros.

Si el bien aportado y el que constituía el objeto social, se vendió por un precio mayor al en que fue aportado, como el fin de la sociedad era negociar con ese bien raíz, la diferencia de valores o de valorización que tuvo ese bien, como ya se dijo, es renta que causa impuesto, porque esa sociedad fue constituida con ese objeto, era ese su fin esencial, no tenía otra finalidad y por lo tanto, tampoco prosperan las excepciones por esta causa.

En fin, no habiéndose establecido ningún hecho en virtud del cual las leyes desconozcan la existencia de la obligación que se cobra coactivamente, como se ha visto, deben desecharse las excepciones propuestas y que siga adelante el juicio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por la señora María Gacharná de Rodríguez, y ordena seguir adelante la ejecución, tal como fue decretada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Rivadeneira G. — Gabriel Carreño Mallarino. — Tulio Enrique Tascón. — Gustavo A. Valbuena. — Gonzalo Gaitán. — Jorge Lamus Girón. — Guillermo Hernández Rodríguez. — Luis E. García V., Srío.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente, doctor Lamus Girón)

Consejo de Estado — Bogotá, febrero veinte de mil novecientos cuarenta y seis.

El Ministerio de Minas y Petróleos expidió el 30 de diciembre de 1943, una providencia cuya parte resolutive es del tenor siguiente:

“No se acepta la propuesta para contratar la exploración y la explotación de los petróleos número 178, presentada por la Compañía de Petróleos “Los Ríos de Colombia” el día 4 de septiembre del año en curso, referente a un globo de terreno de cuarenta y ocho mil doscientos setenta y seis hectáreas (48.276 hts.) de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Calamar (Departamento de Bolívar), Campo de la Cruz y Suán (Departamento del Atlántico), Cerro de San Antonio, Piñón y Remolino (Departamento del Magdalena), cuyos linderos constan detallados en el memorial de propuesta.

“Es entendido que esta determinación no implica reconocimiento por parte del Ministerio de la propiedad privada de ninguna parte del subsuelo correspondiente al expresado globo de terreno”.

Se dice en ella que, pasados al estudio del servicio técnico los documentos que forman el expediente de dicha propuesta, esta dependencia les anotó algunas deficiencias; y que, a su turno, el servicio legal conceptúa que ella es inadmisibles por parte del Ministerio a la luz de las consideraciones que aparecen consignadas en la resolución de fecha 13 de abril de 1942, ratificada por la de 6 de julio del mismo año valederas para el caso, las que consigna así:

“En cambio el servicio legal al estudiar el expediente formula a la propuesta del señor Toro un grave reparo, cuando dice en su informe de 17 de marzo pasado: “No obstante esta perfección aparente de la propuesta a que vengo refiriéndome, pareceme que ella adolece de un defecto fundamental que puede hacerla inaceptable por parte del Gobierno, según lo explicaré brevemente.

“Como es sabido, las propuestas para contratar la exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad nacional se reglan por las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 y por los correspondientes decretos reglamentarios. Pues bien: la Ley 37 citada, en su artículo 16 dispone:

“Toda persona natural o jurídica puede presentar propuesta para contratar la exploración con taladro y la explotación de *petróleo de propiedad nacional*. En caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la exploración de un mismo terreno, el Gobierno escogerá entre las que acrediten tener capacidad financiera suficiente, en este orden:... (He subrayado).

A su turno el Decreto Ejecutivo número 1270 de 1931, que en este particular tiene el carácter de ley puesto que fue expedido en uso de la atribución consagrada en el inciso final del artículo 16 de la Ley de petróleos ya citada, al reglamentar ese precepto, dispuso en su artículo 35, de los requisitos que debe reunir el memorial referente a esta clase de propuesta; entre los requisitos consignó este:

“d) Si el terreno solitado es baldío, o si aunque haya sido adjudicado, *el subsuelo pertenece a la Nación*, y el nombre del actual poseedor del terreno” (también he subrayado).

“Según el texto de las disposiciones citadas, toda propuesta que se dirija al Gobierno para contratar exploración y explotación de petróleo,

ha de tener necesariamente dos bases fundamentales: la afirmación rotunda de que se trata de petróleos de propiedad nacional y la demostración de la capacidad financiera de que goza el proponente para emprender esta clase de negocios. Lo primero es necesario para que puedan tener operancia las disposiciones de la ley que determinan la manera de contratar los petróleos que pertenecen en propiedad a la Nación y asentar el principio de "buena fe" en el contrato que puede llegar a generar la propuesta; lo segundo es indispensable para garantizar la seriedad y eficacia de la negociación proyectada. Por ello quien sabe que un determinado subsuelo petrolífero es de propiedad particular no puede comparecer a presentarle al Gobierno una propuesta de contrato como si se tratara de petróleos de propiedad nacional, sino que debe proceder conforme a los principios legales que reglan la exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad particular; en tal evento otras son las disposiciones legales aplicables (artículos 6º y 7º de la Ley (sic) 160 de 1936), que son las que reglamentan la contratación de los hidrocarburos del Estado. Y no es necesario para que hayan de aplicarse los principios que dejo esbozados, que esa propiedad particular del subsuelo haya sido reconocida administrativa o judicialmente; este reconocimiento tiene operancia solamente para los casos en que las leyes o decretos de petróleos hablan de "terrenos no libres para contratar", a efecto de establecer excepciones en las normas regidas relacionadas con la forma y extensión del lote de terreno solicitado en contrato: basta que al proponente le conste que dentro de la zona pedida en contrato existen predios de propiedad particular con títulos de dominio anteriores al 28 de octubre de 1873, para que, si lo dice, no pueda formular allí propuesta de contrato. Porque el principio que determina los petróleos de propiedad nacional y los de propiedad particular es muy claro: Es de propiedad particular, reza el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación, por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la Ley presente, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal.

Debiendo, pues, partir esta clase de propuestas de la afirmación que haga el proponente de referirse a petróleos de propiedad nacional y siendo claro el principio legal que determina qué petróleos pertenecen al Estado y cuáles al propietario particular del suelo, no pueden presentarse propuestas de contratos al Gobierno cuando el proponente considere que los petróleos a que ella se refiere, o parte de ellos, son de propiedad particular por ampararse en títulos de dominio originados antes del 28 de octubre de 1873; ni el Gobierno podría aceptar en tales condiciones, una propuesta de esta clase, porque hacerlo implicaría una subversión inaceptable de los principios legales que reglamentan la exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad nacional (artículo 16, siguientes y concordantes de la Ley 37 de 1931) y de los de propiedad particular (artículos 6º y 7º de la Ley 160 de 1936).

"Y esta tesis que vengo sosteniendo no es enteramente nueva; ya

tuvo ocasión de esbozarla el Gobierno en un caso, si no igual al que me ocupa, al menos sí muy similar. En 1937, presentaron al Ministerio de Industrias los señores Francisco y José H. Andrade una propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos que ellos reputan como de propiedad particular, pero que querían contratar con el Estado para evitarse las dificultades inherentes al reconocimiento de sus títulos. Sobre los mismos terrenos presentó también propuesta la compañía llamada "Leonard Oil Developmen Company", quien sostenía que los petróleos a que se refería su propuesta eran de propiedad particular. El Ministerio con muy buena lógica y rigurosa aplicación de los preceptos legales que yo he analizado anteriormente, rechazó tales propuestas por no llenar el requisito indispensable de referirse a petróleos de propiedad nacional o que los proponentes, al menos reputaran como tales. Acusadas estas resoluciones ante el H. Consejo de Estado, fueron declaradas legales en sentencia de 13 de diciembre de 1939; en este fallo, la más alta autoridad contencioso administrativa, entre otras cosas dijo lo siguiente: "Para el Consejo resulta evidente que el memorial de propuesta debe expresar *en forma inequívoca* si el terreno solicitado es *baldío*, o si aunque haya sido adjudicado *el subsuelo pertenece a la Nación*. El cumplimiento de tal formalidad señala un punto de partida, determina la tramitación correspondiente, indica si procede o no a contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleos en el terreno de que se trata. Si los demás requisitos que establece el artículo 35 del Decreto Ejecutivo 1270 han sido también acatados y concurrieron por otra parte, en sentido favorable, las circunstancias previstas en el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, la propuesta, a falta de oposiciones o si las propuestas no prosperaren, *es la base fundamental y definitiva del contrato*. Por ello el Legislador ha querido rodear de garantías a la Nación, a los proponentes y a terceros, y ha exigido así que con absoluta precisión se defina, por lo que hace a cosas y a personas, la respectiva situación jurídica. Si el subsuelo del terreno pertenece a un particular, otras son las disposiciones aplicables, entre ellas el artículo 6º de la Ley 160 de 1936, en virtud de la cual no es contratable con la Nación, el petróleo de propiedad privada.

"El anterior concepto, como se ve, es muy claro, y ahora sólo resta aplicarlo al caso que se ocupa".

El señor Toro, en su memorial de propuesta dice textualmente:

"El lote que solicito en contrato está formado *en parte por terrenos cuyo subsuelo se estima de propiedad nacional, y en parte por terrenos que salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873*, pero cuyo subsuelo petrolífero no ha sido reconocido administrativamente o judicialmente como de propiedad privada".

Esta declaración del señor Toro hace inadmisibile su propuesta a la luz de las consideraciones expuestas; sin que valga objetar que en ella no se afirma que los petróleos materia de la propuesta sean de propiedad particular, limitándose tan sólo a insinuar que puedan tener ese carácter, porque para el caso y por virtud del claro precepto consignado en el artículo 10 de la Ley 160, a aquella afirmación equivale el decir que allí existen predios cuyos títulos de propiedad se remontan a época anterior al 28 de octubre de 1873, desde luego que tales títulos son precisamente los que amparan la propiedad privada del subsuelo.

Si la afirmación que hace el señor Toro de que en el terreno a que se refiere su propuesta existen propiedades particulares con títulos an-

teriores a la fecha de la reserva nacional del petróleo se hubiera añadido la afirmación de que el Estado recuperó aquellas tierras por "nulidad, caducidad, resolución o cualquiera otra causa legal", todavía podría ser aceptable su propuesta, pero como se limitó a hacer una afirmación que lisa y llanamente equivale a reconocer que dentro del área por él solicitada existen hidrocarburos que no son de propiedad nacional, su propuesta resulta inaceptable por carecer del requisito fundamental de que trata el citado artículo 16 de la Ley 37 de 1931.

Y aquí ni siquiera es posible conceder al proponente un término para que corrija la deficiencia anotada, como lo acostumbra el Ministerio, tratándose de propuestas imperfectas que no se refieren a zonas solicitadas por otros proponentes. Porque el memorial de propuesta presentado por el señor Toro, debe considerarlo el Ministerio como la manifestación leal de todo lo que sabe el proponente en relación con la zona pedida en el contrato; y en consecuencia el señor Toro no podría enmendarse la afirmación que ha hecho de que todo el subsuelo que pretende contratar le pertenece a la Nación; y si lo hiciera caería en graves contradicciones que no pueden ser nunca bases para los contratos que celebra el Gobierno.

"Relacionando las ideas expuestas en la Resolución anterior que este despacho ratifica nuevamente, con la manifestación hecha por la compañía proponente en su escrito de propuesta de que el Municipio del Cerro de San Antonio es propietario, con título expedido antes del 28 de octubre de 1873, de una gran parte de los terrenos propuestos en contrato por aquella, lo que quiere decir que es dueño del petróleo en ellos subyacentes, surge clara la obligación para el Ministerio de declarar inadmisibles la propuesta número 187 de que se viene tratando".

De esta providencia, que fue notificada el día 20 de enero de 1944, al señor/Hendry Stuart Mackenzie Burns, como Gerente en ejercicio de la Compañía de Petróleos "Los Ríos de Colombia, S. A." pidió éste oportunamente reposición, la que le fue negada por el mismo Ministerio en providencia de 20 de marzo de 1944, en la cual para fundar la negativa se dice:

"En el escrito de propuesta expresó la Compañía:

"Cuarto.: Dentro de la propuesta se encuentra una gran parte del globo general de propiedad del Municipio del Cerro de San Antonio, que está comprendido dentro de los linderos a que hace referencia la escritura número 15 de 9 de abril de 1925, otorgada en la Notaría del Cerro de San Antonio, aclarada por la número 51 de 23 de diciembre de 1939, de la misma Notaría. El globo de terreno general a que se ha hecho referencia fue contratado por su propietario el Municipio del Cerro de San Antonio, con el doctor Marco T. Mendoza Amarís, para la exploración y explotación de petróleo, según lo expresado en la escritura número 48 de 16 de diciembre de 1938, pasada en la Notaría del Cerro de San Antonio. El doctor Marco T. Mendoza Amarís y el Municipio del Cerro de San Antonio presentaron, por conducto de su apoderado el 28 de agosto del año en curso, al Ministerio de Minas y Petróleos un aviso de perforación con taladro referente a un terreno comprendido dentro del globo general a que hacen mención los títulos citados, lote que tiene una cabida de 6.800 hectáreas y que se halla amparado con un título expedido por el Gobernador Comandante General Juez Subdelegado de tierras en Santa

Marta a favor del Municipio de San Antonio, con fecha de 17 de febrero de 1753'.

"La simple lectura del memorial de reposición es suficiente para advertir que los argumentos que allí se presentan no alcanzan a desvirtuar las razones de orden legal y de justicia que fundamentan la decisión del Ministerio, pues éste se ha abstenido de admitir la propuesta número 178 no sólo en virtud de la afirmación del proponente que se deja transcrita sino porque en el Ministerio hay constancia de que el Municipio del Cerro de San Antonio y el doctor Mendoza Amarís han dado en fechas distintas dos avisos de exploración con taladro sobre partes de los terrenos a que parece contraerse el título citado en la propuesta y otro que allí no se menciona. A uno de estos avisos aludía expresamente el solicitante en uno de los escritos de propuesta, como puede verse en la parte de éste que se deja transcrita. De modo, pues, que además de las razones que trata de refutar el memorialista, mediaba al tiempo de dictarse la resolución recurrida, como subsiste actualmente, la circunstancia de haberse presentado y estar en curso los avisos de perforación con taladro a que arriba se alude —avisos que se hallan hoy al estudio de la Corte Suprema de Justicia para que declare sobre su fundamento en vía sumaria—, siendo por lo tanto de elemental prudencia que este despacho se abstenga de aceptar propuestas de contratos referentes en todo o en parte a terrenos que en realidad de verdad se encuentran en litigio. Pero hay más: si se aceptara esta propuesta, es dable suponer que quienes se reputan dueños de aquellas tierras, harían oposición con base en los títulos mismos de los avisos, oposición que por virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 150 de 1936, pasarían a la Corte para su decisión sumaria, con lo cual se tendrían varios juicios breves y sumarios —el de los avisos y el de la oposición—, sobre unas mismas tierras y que buscan la misma finalidad y tienen el mismo objetivo y esto resulta no sólo inconveniente a todas luces sino evidentemente absurdo. Si no se formulare oposición se tendría también que el contrato a que esta propuesta pudiera dar lugar podría quedar afectado si los fallos que se pronuncien por la Corte sobre los avisos en mención resultaren favorables a las pretensiones de los avisantes".

De la referida providencia se notificó oportunamente, y debidamente el interesado.

En demanda presentada el 14 de julio de 1944, el señor Hendry Stuart Mackenzie Burns, obrando como Gerente en ejercicio de la Compañía de Petróleos "Los Ríos de Colombia" y en ejercicio de las acciones que consagran los artículos 66 y 67 del Código de lo Contencioso Administrativo, pide la nulidad de las Resoluciones dichas "por el concepto de ser tales resoluciones inconstitucionales, ilegales y lesivas de derechos de carácter civil o administrativo" y que como consecuencia de la nulidad de las Resoluciones acusadas, el Ministerio de Minas y Petróleos debe aceptar la propuesta en cuestión y adelantar el correspondiente procedimiento administrativo.

Como también se pidiera la suspensión provisional de los actos acusados, el Consejero sustanciador en providencia de 24 de julio de 1944, que no fue reclamada, negó la dicha petición.

Dice el demandante que estima como violadas las siguientes disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias: Artículos 15, 26 y 115 de la Codificación Nacional (que hoy corresponden al 16, 30 y 130

de la actual Codificación); 16 y 30 de la Ley 37 de 1931 (del petróleo), 3º, 5º, 6º y 10 de de la Ley 160 de 1936; 35 y 37 del Decreto 1270 de 1931; 5º del Decreto 1694 de 1936 y demás disposiciones legales constitucionales y reglamentarias, pertinentes.

Como hechos expone los siguientes:

"Son los hechos fundamentales de esta acción:

"1º El día 4 de septiembre de 1943, el señor Hendry Havergan Relfern Thompson, en su carácter de Gerente Segundo Suplente de la Compañía de petróleos 'Los Ríos de Colombia', presentó propuesta para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional sobre un lote situado en jurisdicción de los Municipios de Calamar (Departamento de Bolívar), Campo de La Cruz y Suam (Departamento del Atlántico) y Cerro de San Antonio, Piñón y Remolino (Departamento del Magdalena). 'A' es la torre de la iglesia de Pedraza, que tiene las siguientes coordenadas geográficas determinadas por la Oficina de Longitudes: latitud $10^{\circ} 11' 19''$ N. y longitud $N^{\circ} 49-14''$ W. de Bogotá. El punto de partida 'B' de la alinderación está situado a la orilla izquierda del Río Magdalena a tres mil novecientos metros (3.900) en línea recta del punto 'A'. El azimut de la línea A-B es de $340^{\circ} 00' 00''$, de 'B' se sigue una línea recta de tres mil seiscientos treinta metros (3.630) de longitud con azimut de $282^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar a 'C'. De 'C' se sigue una línea recta de diez y seis mil novecientos noventa (16.990) metros de longitud con azimut de $250^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto 'D'. Dicho punto está situado en el lindero sur del lote objeto de la propuesta presentada por la Compañía de Petróleos 'La Esmeralda' de Colombia, en la región de Manatí. De 'D' se sigue dicho lindero por una distancia de diez mil metros (10.000) con azimut de $102^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto 'E', dicho punto es el vértice 'C' de la propuesta de la Compañía de Petróleos 'La Esmeralda' de Colombia. De 'E' se sigue por el lindero oriental de la citada propuesta de la Compañía 'La Esmeralda' en una distancia de diez y siete mil doscientos metros (17.200) con un azimut de $12^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto 'F'. Dicho punto es el vértice 'B' de la propuesta de 'La Esmeralda'. De 'F' se sigue por el lindero sur del lote objeto de la propuesta presentada por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos en la región de Sabana-larga, en una distancia de cuatro mil trescientos metros (4.300) y con un azimut de $102^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto 'G'. Dicho punto es el vértice 'D' de la propuesta presentada por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleo. De 'G' se sigue una recta de diez mil metros de longitud (10.000) con azimut de $135^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto 'H'. De 'H' se sigue una línea recta de quince mil ciento veinticinco (15.125) metros de longitud con un azimut de $180^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto 'I', el cual está situado sobre el lindero nor-occidental del lote objeto de la propuesta aceptada al señor Camilo Gutiérrez G. De 'I' se sigue dicho lindero en una distancia de diez mil trescientos sesenta y cinco metros (10.365), con un azimut de $225^{\circ} 00' 00''$ hasta llegar al punto 'K'. De 'K' se sigue una línea recta de siete mil quinientos (7.500) metros de longitud, con azimut de $270^{\circ} 00' 00''$, hasta llegar al punto 'L', situado en la antigua desembocadura del Caño de San Isidro en el Magdalena. De 'L' se sigue una recta de tres mil setecientos setenta metros (3.770) de longitud con azimut de $241^{\circ} 01' 5''$ hasta llegar al punto de partida 'B'. Todos los azimutes mencionados se refieren al meridiano verdadero y se cuentan del Norte al Este".

2º El punto cuarto de la referida propuesta dice así:

"Dentro de la propuesta se encuentra una gran parte del globo general de propiedad del Municipio del Cerro de San Antonio, que está comprendido dentro de los linderos a que hace referencia la escritura número 15 de 9 de abril de 1925, otorgada en la Notaría del Cerro de San Antonio, aclarada por la número 51 de 23 de diciembre de 1939, de la misma Notaría.

"El globo de terreno general a que se ha hecho referencia fue contratado por su propietario, el Municipio del Cerro de San Antonio, con el señor doctor Marco T. Mendoza Amarís, para la exploración y explotación de petróleos, según lo expresado en la escritura número 48 de 16 de diciembre de 1938, pasada en la Notaría del Cerro de San Antonio.

"El doctor Marco T. Mendoza Amarís y el Municipio del Cerro de San Antonio presentaron, por conducto de su apoderado, el 28 de agosto del año en curso, al Ministerio de Minas y Petróleos un aviso de perforación con taladro referente a un terreno comprendido dentro del globo general a que hacen mención los títulos citados, lote que tiene una cabida de 6.900 hectáreas y que se halla amparado con un título expedido por el Gobernador Comandante, General Juez Subdelegado de Tierras de Santa Marta a favor del Municipio del Cerro de San Antonio, con fecha 17 de febrero de 1753.

"Según entiende la Compañía existen otros terrenos cobijados por la presente propuesta o solicitud de algunas posesiones y establecimientos de colonos, pero hasta ahora no se han podido averiguar datos sobre los actuales poseedores del terreno; no obstante la existencia de estas posesiones, no se conoce ningún título que acredite la propiedad particular del subsuelo. En relación con los terrenos del Municipio del Cerro de San Antonio, como ya hemos dicho, apenas se ha presentado al Ministerio de Minas y Petróleos el aviso de perforación con taladro y por consiguiente se puede decir que hoy día el subsuelo del globo de terreno a que se refiere la presente propuesta es en su totalidad de la propiedad de la Nación.

"3º El servicio técnico del Ministerio de Minas y Petróleos hizo algunas observaciones a la propuesta sobre deficiencias que podrían subsanarse en un breve plazo y el servicio legal le hizo una objeción de fondo, fundándose en la manifestación hecha por el proponente en el punto 4º del escrito de la propuesta.

"4º El Ministerio de Minas y Petróleos por resolución de fecha 30 de diciembre de 1943, acogió las observaciones del servicio legal de dicho Ministerio, y sin tener en cuenta los puntos tratados por el servicio técnico, rechazó la propuesta de que trata el punto primero.

"5º Por memorial de 31 de enero del año en curso la Compañía en cuyo nombre hablo, solicitó reposición de la Resolución a que se refiere el punto anterior.

"6º Por Resolución de fecha 21 de marzo del año en curso recaída al memorial de que trata el punto anterior, el Ministerio de Minas y Petróleos confirmó su Resolución de 30 de diciembre de 1943, por medio de la cual no se aceptó la propuesta de que trata el punto 1º".

La demanda fue admitida por auto de 24 de julio de 1944, y en el mismo se reconoció como apoderado principal, y sustituto, en su orden, a los señores Jorge Hernán Latorre y José Antonio Gutiérrez Ferreira.

Durante el término de fijación en lista, el apoderado principal de la Compañía ejerció el derecho de solicitar la práctica de pruebas y luego alegó por escrito.

El señor Fiscal pide en su alegato que se nieguen las peticiones de la demanda.

Hecha la citación para sentencia, ha llegado el momento de fallar definitivamente, para lo cual se observa:

- I -

Es preciso para que exista la necesaria correspondencia que debe existir entre la sentencia y la acción, confrontar los actos que han sido materia de la acusación, examinándolos con tal fin tanto en sí mismas como en relación con sus antecedentes, o sea con la situación de hecho y de derecho presentada y que el Ministerio debió tener en cuenta al proferirlos, con las disposiciones que el actor señaló como violadas y en el concepto de la violación por él expresado.

En el presente caso se trata, como ya se vio, de resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos que no aceptan la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos, por no estar en ella cumplidos los requisitos legales que la condicionan.

Preceptúa el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, que: "Toda persona natural o jurídica puede presentar propuestas para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo de propiedad nacional".

Y el Decreto Ejecutivo número 1270 de 1931, en su artículo 35, al determinar las condiciones de forma y sustancia de las propuestas para los contratos de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, dice que el memorial debe contener los siguientes datos:

"d) Si el terreno solicitado es baldío, o si aunque haya sido adjudicado, el subsuelo pertenece a la Nación; y el nombre del actual poseedor del terreno".

Ello quiere decir para el Consejo, como ya se expresó en sentencia de julio 13 de 1939, que se debe considerar como una condición previa esencial, para que sea admisible una propuesta en estos casos, que ella se refiera a petróleos de propiedad nacional, y que en el memorial de propuesta se debe expresar en forma inequívoca si el terreno solicitado es baldío, o si aunque haya sido adjudicado, el subsuelo pertenece a la Nación; y por lo tanto, que cuando este requisito falta en la propuesta, se impone la inadmisión de ella.

Sentado lo anterior, se hace necesario examinar lo que dice el memorial-propuesta de la Compañía de Petróleos "Los Ríos de Colombia", y para ello se transcribe la parte pertinente de él, que obra en autos por haberse traído en copia, durante el término de pruebas, a petición del actor, que dice:

"Cuarto.—Dentro de la propuesta se encuentra una gran parte del globo general de propiedad del Municipio del Cerro de San Antonio, que está comprendida dentro de los linderos a que hace referencia la escritura número 150 de 9 de abril de 1925, otorgada en la Notaría del Cerro de San Antonio, aclarada por la número 51 de 23 de diciembre de 1929, de la misma Notaría.

"El globo de terreno general a que se ha hecho referencia, fue contratado por su propietario el Municipio de Cerro de San Antonio, con el doctor Marco T. Mendoza Amarís para la exploración y explotación de

petróleo, según lo expresado en la escritura número 48 de 16 de diciembre de 1938, pasada en la Notaría del Cerro de San Antonio.

"El doctor Marco T. Mendoza Amarís, y el Municipio del Cerro de San Antonio presentaron, por conducto de su apoderado el 28 de agosto del año en curso, al Ministerio de Minas y Petróleos un aviso de perforación con taladro referente a un terreno comprendido dentro del globo general a que se hace mención en los títulos citados, lote que tiene una cabida de 6.800 hectáreas y se halla amparado con un título expedido por el Gobernador, Comandante General, Juez Subdelegado de Tierras de Santa Marta a favor del Municipio del Cerro de San Antonio, con fecha 17 de febrero de 1753.

"Según entiende la Compañía existen en los otros terrenos cobijados por la presente propuesta o solicitud, algunas posesiones y establecimientos de colonos, pero hasta ahora no se han podido averiguar los datos sobre los actuales poseedores del terreno; no obstante la existencia de estas posesiones, no se conoce ningún título que acredite la propiedad particular del subsuelo. En relación con los terrenos del Municipio del Cerro de San Antonio, como ya hemos dicho, apenas se ha presentado al Ministerio de Minas y Petróleos el aviso de perforación con taladro y por consiguiente se puede decir que hoy día el subsuelo del globo de terreno a que se refiere la parte propuesta es en su totalidad de propiedad de la Nación.

Para el Ministerio la manifestación hecha por el proponente de que el Municipio del Cerro de San Antonio es propietario, con título expedido antes del 28 de octubre de 1873, de una gran parte de los terrenos materia de la propuesta, lo que quiere decir que es dueño de los petróleos en ellos subyacentes, y la circunstancia de haberse presentado y estar en curso en el Ministerio dos avisos de exploración con taladro, sobre esos terrenos, dados por el Municipio del Cerro de San Antonio y el doctor Mendoza Amarís, avisos que se hallan en curso con la Corte Suprema de Justicia, para que declare su fundamento en vía sumaria, son las razones fundamentales de la inadmisión de la propuesta.

Para el actor, fuera de otras consideraciones a las que habrá que aludir, son terrenos libres para contratar y puede presentarse válidamente una propuesta para celebrar contrato sobre exploración y explotación de los petróleos que en ella se encuentran, los terrenos cuyos títulos no hayan sido reconocidos como terrenos de propiedad privada administrativa o judicialmente, si el proponente estima que tal petróleo es de propiedad nacional.

Para el Consejo resulta claro que el proponente ha manifestado en su memorial-propuesta, que el Municipio del Cerro de San Antonio es propietario con título expedido antes del 28 de octubre de 1873, de una gran parte de los terrenos, materia de la propuesta, lo que significa que es propietario de los terrenos subyacentes y que por lo tanto, no habiendo hecho manifestación inequívoca de que el terreno solicitado es baldío, o si aunque haya sido adjudicado el subsuelo pertenece a la Nación, su propuesta es inadmisibles al tenor de lo ya expuesto. En el particular es concluyente, en la parte transcrita, el memorial propuesta.

Pero como se arguye por el demandante que en el párrafo final de ella está esa manifestación, el Consejo estima que lo que allí aparece es una expresión condicionada, dubitativa e imprecisa de que el subsuelo del globo de terreno a que se refiere la propuesta es de propiedad nacio-

nal; y como la manifestación previa esencial que exige la ley, es una manifestación inequívoca, no está cumplida la exigencia legal fundamental para que su propuesta sea admisible.

En efecto: *Poderse decir*, como allí se consigna, que el subsuelo es hoy de propiedad de la Nación porque en los terrenos del Municipio del Cerro de San Antonio, amparados por título anterior al 28 de octubre de 1873, apenas se ha presentado el aviso al Ministerio de perforación con taladro, no es manifestar inequívocamente que esos terrenos comprendidos en la propuesta son baldíos, o que el subsuelo pertenece a la Nación a pesar de haber sido adjudicados, como es la exigencia legal perentoria; sino condicionar la conclusión al hecho de apenas haberse dado el aviso al Ministerio de la perforación con taladro de esos terrenos, hecho que si algo significa, es que los avisantes consideren el petróleo de propiedad privada y hacer ineficaz la propuesta por condicional, pues los términos absolutos de la ley no dan asidero para las propuestas condicionales.

Se puede decir, que la expresión allí consignada, es una forma impersonal que significa contingencia, posibilidad, y lo que es contingente o posible es lo que puede suceder o no, lo que es dudoso, sobre lo que puede haber equivocación: Por lo tanto, si según las propias palabras del proponente, para él es dudoso, porque puede suceder o no, que hoy día el subsuelo del globo de terreno a que se refiere la propuesta es en su totalidad de propiedad de la Nación, no es admisible su propuesta, porque se repite, es condición previa esencial el que ella se refiera a petróleos de propiedad nacional, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 37 de 1931 y que se diga en forma perentoria, cierta, inequívoca, en el memorial-propuesta, que el subsuelo pertenece a la Nación, según el artículo 35 del Decreto número 1270 del mismo año, lo que descarta las manifestaciones dubitativas e imprecisas como la escogida por la Compañía.

Por ello el Consejo ya había dicho en la sentencia citada:

“El cumplimiento de tal formalidad señala un punto de partida, determina la tramitación correspondiente, indica si procede o no contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo en el terreno de que se trata. Si los demás requisitos que establece el artículo 35 del Decreto 1270 han sido también acatados y concurrieron, por otra parte, en sentido favorable, las circunstancias previstas en el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, la propuesta, a falta de oposiciones o si las formuladas no prosperaren, es la base fundamental y definitiva del contrato. Por ello, el legislador ha querido rodear de garantías a la Nación, a los proponentes y a terceros, y ha exigido así que con absoluta precisión se defina, por lo que hace a cosas y a personas, la respectiva situación jurídica. Si el subsuelo de terreno pertenece a un particular, otras son las disposiciones aplicables, entre ellas el artículo 6° de la Ley 160 de 1936, en virtud del cual no es contratable con la Nación el petróleo de propiedad privada.

“Es cierto que la calidad de terrenos contratables y de terrenos no contratables depende de la existencia de determinados títulos o de la no existencia de ellos, y que la afirmación al respecto que haga un proponente no les imprimen el carácter de baldíos o de particulares con derecho al suelo y al subsuelo. Más, los terceros interesados pueden fundarse en una u otra circunstancia para oponerse, en cuanto pretendan oportunamente mejor derecho que la Nación y la consiguiente exclusión.

del proponente. De ahí la trascendencia de la manifestación prevista en el comentado ordinal d), que de ninguna manera facultaría al Ministerio para el estudio inmediato o posterior de cualesquiera títulos”.

Agréguese a todo lo expuesto que si bien es cierto que la Nación no asume responsabilidad alguna si se demuestra que el petróleo materia del contrato pertenece a un tercero (artículo 3º, Ley 37 de 1931) y que ésta es una de las condiciones expresas de la concesión (artículo 74, D. 1270), no es menos cierto que para poder conocer y en su caso respetar esos derechos de terceros, se ha establecido en las disposiciones indicadas los requisitos previos esenciales para que la propuesta sea admitida; los que al no estar cumplidos, como es el caso de autos, imponen su inadmisión, pues el derecho del solicitante a que se tramite su solicitud está condicionado por el cumplimiento de los requisitos legales y si el éxito de su solicitud depende del cumplimiento total de esos requisitos, con tanto mayor razón el de aquellos que se cuentan como previos y fundamentales.

Lo dicho hasta aquí permite afirmar que las resoluciones acusadas, examinadas en sí mismas y en relación con sus antecedentes, se ajustan a las disposiciones legales que rigen la materia.

- II -

Falta, pues, confrontar los actos acusados con las disposiciones violadas.

De esta confrontación habrán de estar descartados los artículos 16 y 30 de la Ley 37 de 1931 y el 35 del Decreto número 1270 del mismo año, pues aceptada por el Consejo la conformidad de los actos acusados con sus disposiciones, como surge de lo ya expresado en el acápite anterior, es obvio que no hay de dónde deducir la violación por el Gobierno de dichas normas.

El actor señaló como violados los artículos 15, 26 y 115 de la Constitución, que han pasado a la actual Codificación Constitucional con los números 16, 30 y 130, sin que ni en la demanda ni en el alegato conclusión exprese los motivos de la violación, lo que sería suficiente para desecharse sus peticiones por esta causa. Pero ello no obsta para advertir que el Consejo no encuentra motivo para que en el caso de autos se achaque al Gobierno que le ha negado a la Compañía demandante la protección que está obligado a darle en su vida, honra y bienes, por la primera de esas normas constitucionales; ni que ha desconocido ni vulnerado su propiedad privada o los derechos adquiridos por ella con justo título, pues apenas se trata del trámite de una solicitud de concesión, en la que el derecho a que se tramite, que es lo único que tendría el solicitante, no es propiedad privada, ni derecho adquirido con justo título con arreglo a las leyes civiles, que es lo que garantiza el artículo 30 constitucional; y ya se vio que no se le desconoció ese derecho, sino que estando él condicionado por el cumplimiento de los requisitos legales, el solicitante no los cumplió a cabalidad; o que se hubieran interferido con esas disposiciones las facultades que el Presidente de la República le corresponden como suprema autoridad administrativa, que enumera la última de las normas constitucionales citadas, por lo que se impone desecharlos, por infundados, estos cargos.

El artículo 3º de la Ley 160 de 1936, que sustituye el 17 de la 37 de 1931, principia así: *Con el proponente que reúna las condiciones exigi-*

das por esta ley, y de conformidad con el Decreto reglamentario de ella, celebrará el Gobierno un contrato de exploración y explotación de petróleo de la Nación...”, determinando después la cabida, forma del lote, cuándo pierde el proponente el derecho preferencial, cuándo se puede adquirir otra concesión por traspaso, etc. Con los actos acusados no pueden haberse violado esta disposición, porque es claro que sólo se tiene derecho a la concesión cuando la propuesta reúne los requisitos legales; y como la del demandante según lo ya expuesto se consideró por el Gobierno con fundamento, que no cumplía las exigencias legales, el no admitirla, que era la consecuencia obligada, no puede estar en oposición a este artículo que ampara el derecho de los proponentes cuya propuesta reúne los requisitos legales.

El artículo 5º de la Ley 160 de 1936, que constituye el 26 de la 37 de 1931, determina que admitida o escogida una propuesta de conformidad con el artículo 16, se publicará un extracto de ella en el *Diario Oficial* y señala los datos que debe contener y también que debe anunciarse la propuesta, en el Municipio o Municipios de la ubicación del terreno, determina el término y condiciones de la oposición y cómo debe procederse cuando se haya presentado o no oposición y cuáles las consecuencias del fallo de la Corte Suprema de Justicia en el juicio breve y sumario, etc.

Es obvio que con los actos acusados no puede violarse esta norma superior, pues ella opera en cuanto se ha admitido o escogido una propuesta, pero no cuando no se admite, como es el caso de autos.

El artículo 6º de la Ley 160 de 1936, que sustituye el 27 de la Ley 37 de 1931, determina la obligación en que están los que pretenden efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo que reputen de propiedad privada, o explotar dicho petróleo, de dar un aviso al Ministerio, las condiciones que debe reunir el aviso y las pruebas que deben acompañar, así como la tramitación que debe sufrir, etc., etc.

El contenido de esta norma no puede violarse con los actos acusados por referirse ella a materia diferente a la allí contemplada.

El artículo 10 de la Ley 160 de 1936, dice:

“Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que legalmente salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no han sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o cualquier otra causa legal.

“Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas, durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 100 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos primero y segundo del artículo 6º de la presente ley, presentar el título expedido por la autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal”.

Y esta disposición no aparece violada, sino que por el contrario se le ha dado exacta aplicación en el caso de autos, por el rechazo de la propuesta, como se vio, tuvo entre otros fundamentos el que el proponente afirma que dentro de ella existen terrenos que pertenecen al Municipio del Cerro de San Antonio, amparados con un título anterior al 28 de octubre de 1873, pues se dice fue expedido con fecha 17 de febrero de 1753, y siendo esto así es contradictorio solicitarlos en concesión, como si fueran de propiedad nacional, e inaceptable para el Gobierno el aceptar una propuesta en esa forma, sin subvertir como lo dice el Ministerio, de

manera inaceptable, los principios que reglamentan la exploración y la explotación de los hidrocarburos de propiedad nacional y los de propiedad particular, con mengua y trastorno de esos principios.

El artículo 73 del Decreto 1270 de 1931, dice:

“Cuando la zona que sea objeto de una propuesta, se superponga total o parcialmente a la zona de una concesión que está ya admitida y tramitándose legalmente en el Ministerio, o que está ya perfeccionada y firmada por el Gobierno, la nueva propuesta se archivará de plano. Pero en el primer caso podrá adelantarse a solicitud de parte si no llega a perfeccionarse el negocio que se estaba tramitando.

“En caso de que por cualquier circunstancia, fuere admitida la propuesta nueva de zona superpuesta, el interesado en el negocio anterior podrá solicitar en cualquier tiempo que se suspenda y archive de plano, lo que se hará con la sola prueba de la superposición. También podrá decretarse de oficio esto mismo en cualquier estado del asunto, siempre que el Ministerio constate la superposición.”

En caso de sospecha o duda sobre superposiciones, podrá el Ministerio ordenar que se practiquen a costa del interesado las pruebas que estime conducentes al esclarecimiento de tal circunstancia.

“Lo dispuesto en este artículo no impide que el nuevo proponente repita su propuesta, en relación con la parte de la zona no superpuesta, si esta parte reúne las condiciones legales. Para este efecto podrá acogerse a lo dispuesto en la parte final del artículo 45 del presente Decreto.”

Este artículo juega cuando hay superposición total o parcial entre la zona de la propuesta y entre una concesión ya admitida o tramitándose legalmente, o que esté perfeccionada y firmada por el Gobierno; y como en el caso de autos se desestima la propuesta, vuelve a repetirse, por carecer de los requisitos previos indispensables para que tuvieran éxito, sin que se anoten entre ellos el de estar superpuesta total o parcialmente a la de una concesión en los términos que este artículo anota, no es posible que haya habido violación de él.

El artículo 5º del Decreto 1694 de 1939, dice:

“Entiéndese por terrenos *no libres o no disponibles* para contratar:

“a) Los que amparen una concesión perfeccionada, mientras subsista legalmente.

“b) Los que amparen una propuesta admitida.

“c) Y los que amparen petróleos de propiedad privada, reconocidos como tales administrativa y judicialmente”.

El demandante se expresa así:

“Terminante es esta disposición, pues con ella se refiere de manera taxativa cuáles son los terrenos no libres, para contratar y todos los demás que no se hallen dentro de la enumeración, son contables; lo que vale decir que aquellos terrenos cuya propiedad privada se alega por los presuntos dueños están libres para contratar con el Gobierno Nacional mientras no recaiga sobre ellos una providencia administrativa o judicial que reconozca expresamente el dominio privado del subsuelo, si el proponente estima que tal petróleo es de propiedad nacional, como ocurre en el caso de autos”.

El Ministerio contesta a esto:

“Y no es necesario para que hayan de aplicarse los principios que dejo esbozados, que esa propiedad particular del subsuelo haya sido reconocida administrativa o judicialmente; este reconocimiento tiene ope-

rancia solamente para los casos en que las leyes o decretos de petróleos hablan de "terrenos no libres para contratar" a efecto de establecer excepciones a las normas rígidas (sic) relacionadas con la forma y extensión del lote de terreno solicitado en contrato".

El Consejo estima que, efectivamente, la disposición contenida en el artículo 5º del Decreto 1694 de 1936, no es una disposición que tenga la generalidad y el alcance que le da el demandante, sino la restringida que le señala el Ministerio, pues ella está a continuación y hace parte de un Decreto destinado a señalar la extensión y forma que debe tener el lote de terreno solicitado en el contrato, normas que, como dice el Ministerio, son rígidas, pues el artículo 3º determina que la extensión mínima de cada concesión será de cinco mil hectáreas, *excepto*, cuando el terreno disponible para contratar no alcance a dicha extensión; el 4º determina que los contratos deben comprender un lote de extensión continua y que guarde una relación no inferior a la de una o dos y media entre su latitud media y su mayor longitud, tomadas perpendicularmente entre sí, *salvo* que no haya más terreno libre para contratar, en cuyo caso podría admitirse cualquiera otra relación y que cuando el lote que se solicite se halle situado en regiones vecinas a terrenos no libres, no podrá dejarse entre el lote y dichos terrenos, área cuya anchura media sea mayor de cuatro kilómetros; y por lo tanto opera solamente para, los casos en que las leyes y decretos sobre petróleos hablan de terrenos no libres para contratar. Además, estando afectada la propuesta de una falla previa fundamental, su inadmisión obedece de una manera principal a ella y no porque se considere que el terreno no es de libre contratación, ni porque se reconozca la propiedad privada del petróleo en el predio avisado.

En el caso de autos, sucede como cuando no está acreditada la sólida capacidad financiera del solicitante; porque siendo ellos presupuestos previos indispensables, al fallar no operan las demás condiciones aunque estén aparejadas a la ley.

El Fiscal del Consejo es de concepto que las resoluciones acusadas se ajustan a las leyes que gobiernan la materia, y que deben negarse las peticiones de la demanda, que es a la conclusión a que se ha llegado.

En mérito de las consideraciones hechas, el Consejo de Estado, de acuerdo en el fondo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones de la demanda.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Rivadeneira G.—Jorge Lamus Girón—Gabriel Carreño Mallarino—Tulio Enrique Tascón—Gustavo A. Valbuena—Gonzalo Gaitán. Guillermo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Srio.



INDEMNIZACIONES

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón)

Consejo de Estado — Bogotá, marzo doce de mil novecientos cuarenta y seis.

La señora Bertilda Díaz de Jurado demandó, ante el Tribunal Administrativo del Departamento de Bolívar, al Municipio de Cartagena para que fuera condenado a pagarle una indemnización causada con ocasión de la realización de un trabajo público.

El Tribunal admitió la demanda y cuando ya iba adelantado el procedimiento, el Magistrado sustanciador, luego de tramitar la solicitud de nulidad que le fue formulada, por auto de dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, *declaró la nulidad de lo actuado*, por no haberse corrido el traslado al Agente del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 265 del Código de Procedimiento Administrativo y por aparecer que las partes no allanaron la nulidad que oportunamente fue puesta en su conocimiento.

Contra dicho auto propuso recurso de reposición el señor Personero Municipal de Cartagena y subsidiariamente solicitó que le fuera concedido el de apelación para ante el Superior. El sustanciador consideró la petición dicha y concluyó negando la reposición y concediendo el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, según aparece en providencia de veinte de noviembre del citado año.

El apoderado de la demandante interpuso recurso de reposición contra este auto considerando improcedente la apelación propuesta y concedida, y sosteniendo que por tratarse de un auto interlocutorio, de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, no cabe tal recurso.

Como el sustanciador negó también la reposición pedida, y en consideración a que ya el recurso ha sido debidamente tramitado, el Consejo, para resolver, considera:

El recurso que se estudia es improcedente, porque la apelación sólo puede concederse para ante el Consejo de Estado, tratándose de autos interlocutorios, cuando está expresamente previsto por la ley. En el sistema del actual Código de Procedimiento Administrativo se buscó una mayor rapidez en la solución de los negocios, y por esa razón solamente se consagró el recurso de apelación contra aquellos autos interlocutorios que se consideraron más importantes, tales como el de inadmisión de la demanda y el de suspensión provisional.

Por esto, cuando la ley no concede expresamente el recurso de *apelación contra un auto interlocutorio*, debe entenderse que no es procedente y que no puede concederse, y que el superior no debe conocer, en caso de que el funcionario *a quo* lo conceda.

Como ya se expresó, el auto de que se trata declaró una nulidad, y es, por su misma naturaleza, *interlocutorio*. Pero como el Código de Procedimiento Administrativo no previó el recurso de apelación contra esa providencia, es claro que el Consejo de Estado debe abstenerse de considerarlo en el fondo.

Por lo demás, esta doctrina ha sido adoptada unánimemente por el Consejo de Estado, especialmente en auto de nueve de mayo de mil no-

vecientos cuarenta y cinco, de que fue ponente el H. Consejero doctor Gonzalo Gaitán, a propósito de una demanda propuesta por el doctor Rafael Ibáñez Ferrer.

No encuentra el Consejo en esta nueva oportunidad ninguna razón válida que justifique un cambio de esa doctrina, y por lo tanto habrá de mantenerla.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declará:* Es improcedente el recurso de apelación que se deja estudiado y no es el caso de considerarlo en el fondo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Rivadeneira G.—Gabriel Carreño Mallarino—Tulio Enrique Tascón—Gustavo A. Valbuena—Gonzalo Gaitán—Jorge Lamus Girón. Guillermo Hernández Rodríguez—Luis A. García V., Srio.

SUSPENSIONES PROVISIONALES

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Grón)

Consejo de Estado — Bogotá, marzo quince de mil novecientos cuarenta y seis.

El doctor Rafael Burbano C., presentó ante el Tribunal Administrativo del Departamento del Huila, demanda de nulidad de los decretos expedidos por la Gobernación de esa sección, números 728, 780 y 801 de 26 de octubre, 15 y 21 de noviembre, respectivamente, invocando para ello la acción consagrada en el artículo 66 del Código de Procedimiento Administrativo.

El actor solicitó, en su libelo, la suspensión provisional de los actos acusados por considerar tal medida necesaria para evitar perjuicios al Departamento y por creerlos violatorios de una norma positiva de derecho.

La demanda fue admitida y por auto de trece de febrero del corriente año el Tribunal *a quo*, suspendió provisionalmente los artículos 2º, 35, 42, y 125 del Decreto 728, y los artículos 1º del Decreto 780, en cuanto allí se dispone lo siguiente: "Legalízase el Decreto 728 de 26 de octubre del presente año, y en tal virtud ábrese el siguiente crédito extraordinario al presupuesto de rentas de la actual vigencia"; y el artículo 2º; también fue suspendido el artículo 1º del Decreto 801.

El señor Fiscal del Tribunal interpuso recurso de apelación contra la providencia de suspensión provisional, y por su parte, el actor, también apeló en lo desfavorable. De tales apelaciones, que aparecen concedidas en la forma legal, resulta que en realidad el auto fue apelado en su integridad. Habrá que estudiar todas las disposiciones acusadas, por lo que se deja dicho.

Las disposiciones acusadas disponen "abrir unos créditos extraordinarios y suplementales al presupuesto ordinario" por la suma de trece mil veintitrés pesos con cincuenta centavos (\$ 13.023.50), según se lee en el Decreto 728 del mes de octubre de 1945; por el Decreto número 780 de noviembre del mismo año, se dispone legalizar el Decreto 728 citado, y abrir el crédito por la suma ya indicada; por el Decreto 801 de noviembre del citado año de 1945, se dispone una reforma en cuanto a la distribución de la suma que fue materia del crédito, quedando definitivamente acreditada así:

"Para útiles de escritorio del Departamento de Gobierno..\$	1.500.00
Para combustibles, repuestos y reparaciones del automóvil de la Gobernación	1.523.50
Para gastos imprevistos	4.000.00
Para conservación de carreteras del plan vial.....	6.000.00

Suman los créditos.....\$ 13.023.50"

El señor demandante alega como los motivos legales para la acusación de los actos dichos, los siguientes:

Que de acuerdo con el Código Fiscal del Departamento (artículo 175), el Gobierno puede, en receso de la Asamblea, abrir los créditos suplementales o extraordinarios; que el mismo Código dispone que los créditos suplementales sólo pueden abrirse después de cuatro meses de clausurada la Asamblea, y que por último, el artículo 3º de la Ordenanza 23 de 1945, establece que sólo seis meses después de clausurada la Asamblea y hasta un mes antes de reunirse, puede el Gobierno abrir créditos

“con base en el superproducto global de las rentas”. Y por último dice que en el certificado de la Contraloría no se hace constar la partida suficiente para hacer la apropiación correspondiente al crédito y mucho menos que las rentas han tenido un sobreproducto en el presupuesto.

El Tribunal *a quo* acoge prácticamente la acusación de la demanda, y sólo se aparta en cuanto a la apertura del crédito en el presupuesto de *ingresos*, por cuanto considera que la contabilización de dicha partida en el presupuesto actual es necesaria ya que no figuró en él al expedirlo, porque “no se habían causado los intereses de los bonos de la mencionada carretera”; y agrega, que no es lo mismo ordenar incluir una partida que disponer de ella.

Sea lo primero llamar la atención del Tribunal hacia el hecho de que tanto el Decreto 728, como el 780, sólo constan de dos artículos, que están marcados con los números 1º y 2º, y el 801 sólo tiene un artículo individualizado con el número 1º. Siendo esto así no se encuentra razón ninguna, distinta a la de falta de cuidado, para haber hecho mención en la parte resolutive de la providencia recurrida de los artículos 35, 42 y 125 del Decreto 728 y ordenar su suspensión provisional, cuando en este Decreto no existen los artículos allí enumerados.

Es lo segundo decir que en reiterada jurisprudencia el Consejo tiene establecido que para decretar la suspensión provisional, se requiere que aparezca una ostensible, flagrante, manifiesta violación de una norma de carácter superior infringida por el acto o actos acusados; que los actos administrativos llevan en sí explícita una presunción de legalidad, que toca desvirtuar al demandante en virtud de claros principios de derecho probatorio; que en un simple auto de suspensión provisional el juzgador debe limitarse a comparar los actos acusados con la norma superior que se dice violada, a efecto de deducir si aparece esa violación de modo protuberante, pero no pueden tocarse cuestiones de fondo que por su naturaleza deben resolverse en la sentencia definitiva; y que cuando se invocan cuestiones de hecho para deducir la nulidad, tales cuestiones deben analizarse en la sentencia definitiva, por cuanto sólo en el debate probatorio que le precede es oportuno el estudio crítico de las pruebas.

Aunque parece innecesario repetir los fundamentos que a espacio ha dado el Consejo para llegar a las conclusiones antes expuestas, no está por demás reiterar ahora, que el Consejo ha dicho también, que siendo el objeto de la suspensión provisional evitar transitoriamente la aplicación de un acto que tan ostensiblemente subvierte el orden jurídico, ha de ser tan evidente, tan clara, tan patente su contradicción con una norma superior, que sea suficiente su confrontación para destruir la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administrativo y hacer posible la orden de no aplicarlo.

Véase el caso en estudio en presencia de los principios expuestos a manera de base:

Esta controversia se originó porque el Gobierno departamental del Huila, por medio de los actos acusados, incorporó al presupuesto departamental el valor recibido por la Tesorería General del Departamento y por concepto de intereses de bonos de propiedad del mismo, que montan a la suma de \$ 13.023.50, renta no apropiada por la Asamblea en la Ordenanza del presupuesto, ni por el Gobierno Departamental en el Decreto por medio del cual liquidó el presupuesto de rentas y gastos aprobado por la Asamblea, abriendo un crédito extraordinario al presupuesto de

rentas y créditos suplementales al de gastos para proveer apropiaciones insuficientes.

Es evidente que, en principio, según lo dice la demanda, el Gobierno departamental del Huila, está facultado, en receso de la Asamblea, para abrir créditos administrativos al presupuesto de rentas y gastos votado por ella; como también que esa es una facultad *reglada*, como que en su expedición debe el Ejecutivo Departamental acomodarse a los preceptos normativos dictados por la Asamblea para la ejecución y fuerza restrictiva del presupuesto.

Por no creer el demandante que es a la vez el Contralor General del Departamento, que en la apertura de esos créditos se hubiera el Gobierno departamental ajustado a las normas reguladoras de esos actos, se les ataca ante esta jurisdicción.

Con relación al crédito extraordinario al *presupuesto de ingresos*, el Tribunal no encontró "ninguna irregularidad ni contrariedad con la ley al ordenar los decretos el ingreso y contabilización de dicha partida en el presupuesto actual, ya que en éste no figuró por razón de que al expedirlo no se habían causado los intereses de los bonos de la mencionada carretera, y además, porque no es lo mismo ordenar la inclusión de una partida que disponer de ella, y porque los artículos citados del Código Fiscal del Departamento y la Ordenanza 23 de 1945 dan a entender o hablan de créditos en materia de gastos y no en materia de rentas, que son dos cosas diametralmente opuestas y esencialmente diferentes.

Y si a esto se agrega que el motivo de discrepancia entre el Gobierno y el Contralor demandante es una cuestión de hecho y de técnica contable, pues al par que el Gobierno considera que esos intereses deben llevarse al renglón de *intereses y descuentos*, el otro afirma que es al de *aprovechamientos*, aunque ambos están de acuerdo en que esa suma debe incorporarse en el capítulo de *Ingresos varios*, y por otra parte hay una diferencia de interpretación del alcance de los artículos 141 y 142 y 145 del Código Fiscal de dicho Departamento, lo que a las claras denuncia que no es posible que exista una ostensible subversión del orden jurídico, ni una clara, patente y evidente violación de una norma superior, debe confirmarse en esta parte el auto apelado.

Con relación a los créditos suplementales al presupuesto de apropiaciones, el Tribunal los considera en flagrante contradicción con el ordinal 8º del artículo 183 del Código Fiscal del Departamento del Huila y el 3º de la Ordenanza número 23 de 1945, y para ello razona así:

"El Gobernador afirma que el Decreto número 780, que para dictarlo se llenaron los requisitos exigidos por el artículo 183 del Código Fiscal del Departamento. Tales Decretos tienen a su favor la presunción de legalidad que llevan en sí, todas las Resoluciones que dicten las autoridades del país. La sola afirmación del actor de que son ilegales no será suficiente si no se demuestra plenamente para que el Tribunal pueda llegar a la conclusión de que no se llenaron todos los requisitos de la ley.

"Pero como el inciso 8º del mismo artículo 183 exige el certificado del Contralor para saber si de las rentas no apropiadas hay partida suficiente para hacer la apropiación, o si las rentas han tenido un excedente que permita hacer los gastos sin provocar un desequilibrio en el presupuesto, o puedan eliminarse algunas partidas por innecesarias para tal objeto, y como de tal certificado aparece todo lo contrario de lo exigido por el dicho artículo, y sobre todo, porque existe déficit por la suma

de veintiocho mil trescientos noventa y dos pesos con cuarenta y dos centavos (\$ 28.392.42), indubitadamente se colige, por este aspecto, la violación del inciso 8º del artículo 183 por parte de los decretos acusados.

“Otro tanto sucede con dichos decretos, respecto de los reparos hechos en relación con los artículos 180 del Código citado y 3º de la Ordenanza 23 de 1945, en cuanto a la apertura de los créditos suplementales que no pueden hacerse sino después del plazo fijado en este último artículo, o sea después de seis meses de clausurarse la Asamblea y hasta un mes antes de reunirse. La Asamblea clausuró sus sesiones el día 20 de junio del presente año, como consta del acta número 44 visible al fl. 12 del expediente. Y como los decretos se dictaron antes de los plazos señalados por las leyes ordenanzas, es incuestionable la violación manifiesta en que incurrió respecto de las disposiciones citadas, al dictar tales decretos.

Por su parte, el Fiscal recurrente, sostiene la legalidad de los actos acusados, en presencia de esas disposiciones, así:

“Viene ahora la legalidad de los créditos suplementales abiertos por el artículo 2º de los Decretos 728 y 780 y el artículo 1º del Decreto número 801. Dos son los argumentos esgrimidos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su providencia que comento, para deducir la ilegalidad de dichos créditos: 1º El certificado expedido por el Contralor General del Departamento, y 2º lo dispuesto por el artículo 3º de la Ordenanza número 23 de 1945. Vamos a analizar por separado cada uno de estos argumentos:

“El inciso 8º del artículo 183 del Código Fiscal del Departamento (Ordenanza número 50 de 1938), dice textualmente lo siguiente: ‘Certificado del Contralor en que conste que en las rentas no apropiadas hay partidas suficientes para hacer la apropiación correspondiente al crédito o que las rentas han tenido un sobreproducto en relación con el presupuesto o que haya apropiaciones innecesarias que puedan eliminarse con ese objeto’.

“De manera que son tres las fuentes de donde puede tomarse dinero para abrir créditos suplementales al presupuesto, es decir, para aumentar partidas fijadas por la Asamblea y que por una u otra causa, fueron insuficientes y que los servicios que se prestan en la administración con imputación a ellas, no pueden suspenderse.

“Estas fuentes son: 1º Que en las rentas no apropiadas hay partida suficiente para hacer la apropiación correspondiente al crédito; 2º que las rentas hayan tenido un sobreproducto con relación al estimativo hecho por la Asamblea en su presupuesto, y 3º que en el presupuesto de gastos figuren partidas innecesarias que puedan trasladarse a los artículos agotados. De manera que para dictar un crédito suplemental y que éste sea legal, es necesario y suficiente que concurra una sola de las tres fuentes, de donde pueden obtenerse partidas, pero solamente una, sin necesidad del concurso simultáneo de todas tres.

“El Gobierno Departamental tomó la primera de estas fuentes, es decir, incluyó en el presupuesto de rentas una entrada que no había sido apropiada y consecuentemente tenía que darle destinación en el presupuesto de gastos a esa misma partida, so pena de desequilibrar el presupuesto, desequilibrio que al producirse, va contra todas las disposiciones de orden fiscal vigentes.

"En el certificado expedido por el señor Contralor General del Departamento, consta: 1º Que al artículo 13, Capítulo 3º del presupuesto de rentas se ingresaron lo recibido por la Tesorería General y por concepto de intereses 'de acuerdo con la técnica contable acostumbrada en el Departamento'.

"Esto basta para legalizar el crédito suplemental expedido. Que la Contraloría General del Departamento, acostumbra una técnica contable distinta de la ordenada por el Código Fiscal, no es argumento legal para decretar la suspensión de un crédito, éste sí, legalmente abierto. Que en el párrafo cuarto de la certificación del señor Contralor existe un análisis de la situación fiscal y demuestre la existencia de un déficit presupuestal que excede de \$ 30.000.00, no significa nada.

"El señor Gobernador del Departamento en su oficio número 314 de 6 de noviembre del año pasado pide al Contralor 'certificar si en el artículo 3º —aportes e ingresos varios— del presupuesto departamental vigente, hay una partida denominada intereses que devengan los créditos a favor del Departamento. Asimismo ruego a usted certificar si tal partida ha sido acreditada durante la presente vigencia y en qué suma'. A la respuesta de estas preguntas ha debido limitarse el señor Contralor. A dicho funcionario no se le pedía un análisis de la situación fiscal del Departamento. La Gobernación solamente quería cumplir una obligación de incorporar al presupuesto de rentas una partida no apropiada por la Asamblea, ni por el Gobierno departamental en su Decreto de liquidación, pero que había sido recibida por el Departamento; para poder incorporarla y que esa incorporación fuera legal, bastaba que el Contralor certificara, como certificó, que la partida había sido recibida, que pertenecía a intereses de bonos de propiedad del Departamento y que erradamente había sido ingresada a otra cuenta distinta de la que ordena el Código Fiscal.

"El artículo 195 del Código Fiscal, en su inciso 11 establece como función de la Secretaría de Hacienda del Departamento, resolver todas las dudas que versen sobre clasificación de los fondos del Departamento". En virtud de esa disposición legal, el Secretario de Hacienda es el que debe clasificar los fondos, y sus rentas, para efectos de la imputación en el presupuesto y no la Contraloría General, aun cuando ella acostumbre una técnica sin respaldo legal de ninguna naturaleza, en desacuerdo con las disposiciones del Código Fiscal y en contra de las órdenes de la Secretaría de Hacienda.

"No entro a analizar, por ser innecesario, las otras fuentes de donde pueden tomarse partidas para abrir créditos suplementales, porque, ya se demostró que para la legalidad de dichos créditos basta la concurrencia de una sola de aquéllas, según lo prevee el Código Fiscal y que, en el caso presente, el Gobierno al dictar su decreto, no legalizó exceso de producido de las rentas sobre el cálculo hecho por la Asamblea en su Ordenanza de presupuesto, sino que apropió una renta que no fue tenida en cuenta por la Asamblea y el producto de ella fue acreditado a varios de los artículos del presupuesto de gastos cuyas partidas habían sido insuficientes y los que, de otra parte, eran de imperiosa necesidad en guarda del equilibrio del presupuesto departamental.

"El segundo argumento expuesto por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su proveído materia de la alzada, es lo dispuesto por el artículo 3º de la Ordenanza número 23 de 1945, que a la letra dice:

‘Sólo después de seis meses de clausurada la Asamblea y hasta un mes antes de reunirse puede el Gobierno departamental abrir créditos con base en el sobreproducto global de las rentas’. Mal traída esta disposición legal porque la base de los Decretos demandados y cuya suspensión provisional fue decretada por el Tribunal en la providencia apelada, no es, como ya se demostró anteriormente, el sobreproducto de las rentas, sino la incorporación de una renta no apropiada, cosa perfecta, total y absolutamente distinta.

“El Gobierno departamental en orden al cumplimiento de su obligación como gestor del presupuesto, responsable de su equilibrio y buena marcha, puede legalmente dictar decretos sobre créditos extraordinarios y suplementales incorporando al presupuesto rentas no apropiadas, al otro día de clausuradas las sesiones de la Asamblea, sin que en la legalidad o ilegalidad de tales decretos, tenga nada qué ver el artículo 3º de la Ordenanza número 23 de 1945”.

El Consejo estima que no aparece *prima facie* una flagrante violación de las normas superiores en que se apoya el Tribunal para decretar la suspensión provisional, dado que para deducirla haya necesidad de una interpretación del ordinal 8º del artículo 183, para deducir qué papel juega el certificado del Contralor en el expediente de la apertura del crédito y cuál debe ser su contenido, pues la simple confrontación de su texto con los actos acusados no es suficiente para advertir su oposición o conformidad, y ello debe ser materia de la sentencia; porque si el artículo 3º de la Ordenanza 23 de 1945, está de acuerdo con la transcripción que hace el Fiscal de él, no es procedente afirmar que se ha violado su texto sino todo lo contrario: que según él la limitación en cuanto a la oportunidad en que el Gobierno departamental puede abrir créditos administrativos, no cobija a los abiertos con base distinta al sobreproducto global de las rentas, y que es el caso de autos; porque jugando también para el caso, cuestiones de hecho y de técnica contable, su apreciación debe reservarse para la sentencia, por ser ésta la oportunidad legal de hacerlo.

Siendo esto así, se impone revocar el auto apelado en esta parte, porque de acuerdo con la ley y la jurisprudencia del Consejo, no es procedente dictar la suspensión provisional de las disposiciones acusadas en cuanto a los créditos suplementales se refiere.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el auto del Tribunal Administrativo del Huila, de fecha trece de febrero del presente año, en cuanto por él decretó la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto 728; 1º y 2º del Decreto 780 y el artículo 1º del Decreto número 801, todos del año de 1945 y expedidos por el Gobernador del Departamento del Huila; y lo CONFIRMA en cuanto negó las demás suspensiones solicitadas en la demanda; por consiguiente ninguna de las disposiciones demandadas, queda comprendida en la suspensión provisional, y así debe comunicársele al señor Gobernador del Departamento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Rivadeneira G.—Jorge Lamus Girón—Gonzalo Gaitán—Tulio Enrique Tascón—Gabriel Carreño Mallarino—Guillermo Hernández Rodríguez—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Srio.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón)

Consejo de Estado — Bogotá, marzo veintiseis de mil novecientos cuarenta y seis.

La señorita Bertha Rodríguez de la Calle, por medio de apoderado demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el Decreto número 368 de 22 de agosto de 1944, dictado por el Gobernador de dicho Departamento.

La demanda fue admitida y luégo de haber recibido la tramitación legal correspondiente, el Tribunal mencionado dictó sentencia de fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco en el sentido de negar las súplicas de la demanda.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado de la actora, y ya en el Consejo el recurso ha sido tramitado, debiendo ahora, dentro del término legal, dictarse la decisión que se considere legal.

El apoderado de la demandante, expresó así las súplicas de la demanda:

“1º Es nulo, de nulidad absoluta, el Decreto número 368, de 22 de agosto de 1944, proferido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, en la parte que dice: “... por el cual se conceden unas licencias y se hacen unos nombramientos... Artículo 2º Hácense los siguientes nombramientos:... Amagá—Escuela de niñas de Camilo C. Restrepo: Directora, Adelaida Bustamante, de 4ª categoría, con \$ 45, en reemplazo de Bertha Rodríguez de la Calle, quien pasa a otro puesto.

“II — En consecuencia de lo anterior, se decretó que la señorita doña Bertha Rodríguez de la Calle, tiene derecho a continuar en el cargo de Directora de la Escuela de niñas de Camilo C. Restrepo para que fue nombrada por Decreto número 163 de 25 de abril de 1944.

“III — La señorita doña Bertha Rodríguez de la Calle tiene derecho a que, por el Departamento de Antioquia, se le paguen todos los sueldos correspondientes a su empleo de Directora de la Escuela de niñas de Camilo C. Restrepo, sin solución de continuidad, desde el día 25 de agosto del año en curso, hasta que sea legalmente retirada o promovida de ese cargo.

“IV — La señorita Bertha Rodríguez de la Calle tiene derecho al pago de los perjuicios que se le hayan causado por la cesación ilegal del ejercicio de su cargo de Directora de la Escuela de niñas de Camilo C. Restrepo”.

El apoderado alega como derechos fundamentales de la demanda, los siguientes: que la señorita demandada fue designada como Directora de la Escuela de niñas de Camilo C. Restrepo, y que tomó posesión de ese cargo oportunamente; que la demandante está debidamente escalafonada, en el Escalafón Nacional del Magisterio; que el Gobierno departamental de Antioquia designó para el cargo que venía desempeñando la demandante, a la señorita Adelaida Bustamante, quien tomó posesión del cargo el 30 de agosto de 1944, “habiendo quedado así —dice textualmente el libelo— cesante la señorita Rodríguez de la Calle”. Que tal cesantía ocurrió sin que fuera declarado insubsistente el nombramiento de la señorita Rodríguez de la Calle, “pues el Gobierno, en el mismo Decreto número 368 citado, nombró a doña Bertha Directora de la Escuela

Alternada de las Estancias, cargo que ella, por oficio fechado el 5 de septiembre de este año (1944) y dirigido al señor Director de Educación Pública, se apresuró a no aceptar porque implicaba un desmejoramiento ya que la nueva escuela para la que se le nombraba es alternada y más distante de Medellín, donde reside su familia y donde su madre está sometida a un riguroso tratamiento médico.

Por último expresa el apoderado que la señorita Rodríguez de la Calle no podía ser promovida, y que al no aceptar ella la promoción conservaba el derecho a permanecer en el destino que venía desempeñando.

Como se observa de la relación de hechos que se hacen en la demanda, el apoderado sostiene que el traslado no podía hacerse en la forma en que el Gobernador lo hizo, porque el derecho a la inamovilidad de que goza la señorita nombrada, lo impedía. Por esto señala como violadas todas las leyes y decretos sobre Escalafón de maestros. Para resolver se considera:

El Decreto acusado, dispuso que la Escuela de niñas de Canilo C. Restrepo, continuará bajo la dirección de Adelaida Bustamante, y que la señorita Rodríguez de la Calle pasaría a otro puesto; el actor reconoce ese hecho y sin embargo afirma que se trata de una destitución, ya que su poderdante no aceptó el cargo para que fue trasladada.

Por el estudio de los hechos de la demanda, y las pruebas que obran en autos, aparece muy claro que no se trata de una destitución sino de un simple traslado.

El apoderado endereza toda su acusación contra el Decreto, en el sentido de que se trata de una destitución, ya que a eso, según él, equivale el traslado decretado.

El Tribunal *a quo* apreció el problema en la siguiente forma:

"La exposición del doctor Valois, amena y brillante, siempre claudica en lo sustancial de la materia, en cuanto prescinde de tener en cuenta lo establecido en el Decreto Ejecutivo número 2255 de 1938 invocado por el señor Fiscal en su concepto antes aludido.

"El ordinal 24 (4º se dice en la demanda), del artículo 127 de la Ley 4ª de 1913, señala la atribución al Gobernador para remover libremente a los maestros de escuela, pero para mejorarlos o prescindir de ellos por causa de mala conducta o incompetencia comprobada, y previa la tramitación establecida en las disposiciones vigentes sobre instrucción pública, disposición ésta que fue modificada o aclarada por la Ley 37 de 1935: nombrar y remover libremente a los maestros de escuela, en armonía con la organización y reglamentación que determine el Ministerio de Educación Nacional en desarrollo del artículo 1º de esta ley, cuyo texto consagra que a dicho Ministerio se le da la facultad de organizar y reglamentar el magisterio escolar y determinar las condiciones por las cuales un maestro puede ser cambiado, removido de su cargo, o suspendido en el ejercicio de sus funciones, teniendo en cuenta su capacidad técnica, estado de salud, conducta moral, condiciones de localidad y recompensa o ascenso por sus méritos, de acuerdo con las facultades dadas al Ejecutivo Nacional en la Ley 12 de 1934.

"Esta Ley 12 de 1934, es la reorgánica del Ministerio de Educación Pública, en la parte técnica de ese alto Despacho y le atribuye la formación del Escalafón nacional del magisterio".

"En desarrollo de las dos precisadas leyes vino primeramente el Decreto 1602 de 1936, cuyo artículo 9º establece que un maestro de es-

cuela sólo podrá ser cambiado, removido de su cargo o suspendido en el ejercicio de sus funciones por haber incurrido en alguna de las causales que se opondrían a que formara parte del Escalafón, esto es, haber sido condenado a pena aflictiva o tener perdidos los derechos políticos; adolecer de embriaguez consuetudinaria o del vicio del juego, vivir en amancebamiento público u observar conducta moral depravada; sufrir determinadas enfermedades como tuberculosis, sífilis, etc., o ciertos defectos físicos notorios en los términos que el Ministerio determine (voz bitonal, nasal, tartamudez) y que los Gobernadores para dar cumplimiento a las prescripciones pertinentes de la Ley 37 no podrán remover a los maestros de escuela sino por haber incurrido éstos en alguna de dichas causales, previamente comprobadas.

"También existe el Decreto número 537 de 1937, pero en lo atinente a la cuestión que se estudia, vino posteriormente el Decreto 2255 de 1938 y expresó en su artículo 1º: 'Suprímese el parágrafo del artículo 5º del Decreto número 537 de 1937 y sustitúyese por el siguiente: 'Los maestros escalafonados que hayan sido nombrados en propiedad, sólo podrán ser trasladados de una escuela a otra cuando a juicio del Director de Educación y del respectivo Inspector de Zona, esta medida sea conveniente para la mejor marcha de la educación. De lo determinado al respecto se dejará constancia en una acta firmada por los mencionados funcionarios'. De suerte que para desatar este negocio, era preciso tener a la vista el comprobante de que la Gobernación en el caso del Decreto cuya nulidad se ha pedido, se atemperó o no a ésta ya prolija legislación sobre el magisterio, pues la facultad de remover, cambiar o suspender a los maestros ha de ejercitarse consignando los motivos por medio de una acta y si ésta no existiere, es evidente que se pretermite una formalidad indispensable a la sustentación del Decreto. De ahí que se hubiera pedido a la Gobernación ese documento, o que en su defecto se informara sobre su existencia, cosa que se hizo no precisamente para analizar los motivos que tuvieran los funcionarios superiores del ramo de educación para prescindir de los servicios de la señorita maestra de la escuela de Camilo C. Restrepo, intervención desde luego extraña al Tribunal por el mismo concepto de libertad que tiene la Gobernación para formar su juicio, para trasladar de una a otra escuela a los maestros, cuando así convenga a los intereses permanentes de la educación pública, sino para cerciorarse, como antes se dijo, de que se había llenado ese requisito".

Estos son los fundamentos de la sentencia del Tribunal *a quo*, que como se ve hacen un importante análisis del negocio, siendo de anotar únicamente que, por efectos de la presunción de legalidad que lleva todo acto de la Administración, no era necesario tener a la vista, como prueba, el acta del Director de Educación y del Inspector de Zona, sobre los motivos del traslado, puesto que la demostración de su inexistencia correspondía al demandante. A falta, pues, de ese documento en los autos, el Tribunal hubiera tenido que llegar a la misma conclusión que consigna en su sentencia, por ese motivo de presunción de legalidad. El concepto, pues, del Tribunal *a quo* sobre este punto no está ajustado a derecho.

Por lo demás, el Consejo encuentra que la demanda fue propuesta por casual destitución de la actora, siendo así que lo que en realidad hubo fue un traslado de una escuela a otra. Lo curioso es que el apoderado

acepta ese hecho y lo consigna en su libelo, y sin embargo ataca el Decreto de la Gobernación en concepto de haber destituido a su poderdante.

Pero, el Consejo de Estado ha dicho en repetidas ocasiones, que la facultad de trasladar un maestro escalafonado de un Municipio a otro, o de una escuela a otra, es *reglada*; que debe extenderse el acta en la cual ha de constar que a juicio del Inspector de Educación y del Inspector de Zona, el traslado es conveniente para la mejor marcha de la educación; de manera que el *status* de inamovilidad de que está investido el magisterio escalafonado no va hasta impedir a la Administración trasladarlos de un Municipio a otro, o de una escuela a otra, sino, que él sirve para protegerlos contra las destituciones ilegales, contra los actos que los desmejoran efectivamente en su categoría.

En el caso de autos no se demostró que la actora hubiese sido desmejorada en su categoría ni tampoco que hubiese sido destituida. Por lo tanto, la sentencia apelada debe sostenerse, porque aparece, además, demostrado que la Administración se ajustó a las prescripciones de la ley.

De este mismo parecer es el señor Fiscal del Consejo de Estado y al efecto dice en su vista de fondo:

"Se trata, pues, de un *traslado* de una escuela a otra. De modo que como para decretarlo solamente se exige que 'a juicio' del Director de Educación Pública y del respectivo Inspector de Zona, tal medida sea conveniente para la mejor marcha de la educación', requisito que se cumplió según consta del acta que obra en el proceso (artículo 1° del Decreto 2255 de 1938), siempre que por otra parte se conserve la categoría y sueldo, lo que también parece satisfecho, me parece que el referido decreto materia de la acusación es legal, y que por lo tanto la acción de nulidad resulta infundada".

Lo que se deja dicho es suficiente para sostener la jurisprudencia que sobre este mismo problema tiene sentado el Consejo de Estado, máxime cuando ni el apoderado de la primera instancia ni el de la segunda, han aportado argumento alguno que incline a la Corporación a variarla.

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 de su Fiscal y de acuerdo con él, CONFIRMA la sentencia que ha sido materia del recurso de apelación, pronunciada por el Tribunal Administrativo del Departamento de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Rivadeneira G.—Jorge Lamus Girón—Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Guillermo Hernández Rodríguez—Gabriel Carreño—Mallarino—Gustavo A. Valbuena—Luis E. García V., Srío.

IMPUESTOS (NULIDAD)

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón)

Consejo de Estado. — Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

El trece de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, el doctor Rubén Orozco Micóta, como apoderado de Aristizábal y Compañía, S. A., presentó demanda de nulidad de las Resoluciones números 1175, de 31 de agosto de 1944 y 42, de 20 de febrero de 1945, proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y pidió que la mentada sociedad, como consecuencia de la nulidad, fuera restablecida en su derecho.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, ante el cual se hicieron las súplicas dichas, admitió la demanda y le dio la tramitación ordenada por la Ley 167 de 1941; una vez que el procedimiento de la instancia estuvo agotado dictó, con fecha veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, sentencia en la que se niegan las solicitudes del actor.

Contra esta providencia interpuso en tiempo, el apoderado de la sociedad demandante, recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, el que aparece concedido en la forma legal.

El negocio ha sido sometido en esta segunda instancia a la tramitación prevista en el Código de Procedimiento Administrativo, y como no se observa ninguna causal de nulidad que deba declararse, el Consejo procede a resolver en el fondo.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, de acuerdo con la facultad que le concede la Ley 81 de 1935, procedió a la revisión de la liquidación de rentas y patrimonio de la sociedad A. Aristizábal y Cía., S. A., correspondiente al año de 1942, hecha por la Administración de Hacienda Nacional del Departamento del Valle.

Por medio de la Resolución número R-1175 de agosto de 1944, fijó en la suma de *ciento catorce mil doscientos setenta y tres pesos con diez y ocho centavos*, el valor del gravamen que por impuestos sobre la renta y complementarios debía pagar la mencionada sociedad, con inclusión de la inversión de Bonos Denal, correspondientes a dicho año de 1942.

La sociedad demandante, solicitó reposición de esa providencia y la Jefatura de Rentas por medio de la Resolución número R-42-H de 20 de enero de 1935, mantuvo el acto reclamado. Como de acuerdo con la ley, la vía gubernativa terminó con esa decisión, la sociedad A. Aristizábal & Cía., S. A. acudió a la jurisdicción contencioso administrativa con el resultado que expresa la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle, que ha sido materia del recurso de apelación que ahora se estudia.

El actor al demandar las resoluciones cuyo contenido se acaba de anunciar, se expresa en la parte petitoria:

“...acusó ante este Tribunal por motivo de ilegalidad y por violación de las disposiciones vigentes de carácter nacional las resoluciones expedidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, a que se refieren los hechos primero y cuarto de esta demanda, a fin de que el Honorable Tribunal declare nulas esas resoluciones y que como consecuencia de esta declaración se ordene restablecer en su derecho a la sociedad A. Aristizábal & Cía. S. A. mediante la devolución de las cantidades de dinero que pagó en obediencia de dichas resoluciones, cantidades que se mencionan en el hecho sexto de esta demanda”.

Las resoluciones acusadas son precisamente las que se dejan mencionadas, y las sumas que solicita sean devueltas, son, de una parte \$ 2,047.37, por efecto de la liquidación adicional y de otra, \$ 587.36, pagadas por razón de los bonos Denal, todo de acuerdo con los actos demandados.

Como ya se expresó, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales conoció del negocio y dictó las Resoluciones demandadas, en virtud de la facultad que le concede el artículo 15 de la Ley 81 de 1935.

Dice la Jefatura de Impuestos que después de estudiar la liquidación, luego de examinar la escritura de constitución de la sociedad demandante, los anexos de la declaración de renta y otros documentos, encuentra que es el caso de reformar la liquidación del funcionario de primera instancia, porque en ella se asignó el impuesto de patrimonio teniendo en cuenta la suma de \$ 141,601.19, que por concepto de "Good Will" hacía figurar la firma A. Aristizábal & Cía. en su activo, y que el mismo procedimiento fue usado en la liquidación del adicional de exceso de utilidades.

Que, además, el *Good Will*, para tenerlo en cuenta al practicar la liquidación del impuesto de renta y sus complementarios, debe aparecer previamente avaluado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, a solicitud del contribuyente, siempre y cuando que no haya sido adquirido por compra, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 546 de 1942. Con estos argumentos principales, la dicha Jefatura reformó la liquidación así:

"Patrimonio:

El gravado en primera instancia	\$ 1,304,314.94
Menos <i>Good will</i>	141,601.19

Patrimonio gravable.....	1,162,713.75.

Impuesto.....	\$ 7,981.71

Renta

La gravada en primera instancia.....	\$ 354,415.71

Impuesto.....	\$ 41,413.24

Renta base exceso

La tomada en la liquidación que se revisa.....	\$ 393,698.96

Base del patrimonio tomado en primera instancia.....	\$ 2,006,048.25

Menos <i>Good will</i>	141,601.19

Patrimonio por exceso.....	\$ 1,864,447.06

Liquidación

Renta base	\$ 393,698.96

12% capital s/. \$ 1,864,447.06.....	\$ 223,733.65

Impuestos de renta y patrimonio.....	49,304.95

35% s/. impuestos	17,256.73	290,295.33

Exceso gravable.....	\$ 103,403.65

<i>Impuesto</i>			
3% capital	\$ 55.933.41	al 10%	\$ 5.593.34
Diferencia	47.470.22	al 12%	5.694.43
		103.403.63	pagan 11.289.77

<i>Base para recargos</i>			
Impuestos patrimonio	\$ 7.891.71		
Impuesto renta	41.413.24		
Impuestos exceso de utilidades.....	11.289.77		

	60.594.72		
Menos.....	\$ 100.00		
Base.....	\$ 60.494.72		

35% respaldo empréstito\$ 21.173.15

50% inversión Bonos Denal 30.274.36

Resumen

Impuesto Patrimonio	\$ 7.891.71
Impuesto renta	41.413.24
Impuesto exceso utilidades.....	11.289.77
20% recargo s/. exceso.....	2.257.95
35% respaldo empréstito	21.173.15

50% inversión Bonos Denal\$ 30.247.36

Total a cargo de la firma.....\$ 114.273.18

Pagó según liquidación primitiva.....\$ 111.638.45

Cóbrse adicionalmente 2.634.73

Sumas iguales.....\$ 114.273.18 114.273.18

La anterior suma de \$ 2.634.73 se ordenó cobrar así: por la Administración Nacional del Valle, \$ 2.047.37 y en Bonos Denal \$ 587.36; de esta liquidación, como se expresó, la sociedad demandante pidió que le fuera concedido el recurso de reposición para efectos de que tal acto se revocara.

La Jefatura sostuvo la Resolución y pertenecen a esa nueva providencia, los siguientes apartes:

“Sirvió de base a la revisión dicha, el hecho de que la oficina/de primera instancia hubiera aceptado como activo patrimonial, para efectos de la determinación del tributo en sus bases, de patrimonio y exceso de utilidades, la suma de \$ 141.601.19, correspondiente a *Good will* no adquirido por compra ni avaluado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales conforme lo demanda el artículo 33 del Decreto-ley 554 de 1942.

“El artículo 33 del Decreto-ley 554 de 1942 ordena que para efectos fiscales el *Good will* debe o bien ser avaluado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, mediante la tramitación que allí mismo

se establece y con intervención de peritos, o bien ser adquirido por compra. Se sabe ya, por propia confesión de los interesados y porque así se desprende de los archivos oficiales, que el *Good will* de la Empresa en referencia no fue avaluado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y que él nació como resultado de un convenio entre los socios, de acuerdo con el cual avaluaron, sin saberse la fórmula aplicada, el valor de los intangibles en \$ 141.601.19.

“¿Puede dársele a este avalúo efectuado para llevar como aporte el valor del *Good will*, el carácter de compra? En ninguna forma. Bien claro define nuestra legislación el contrato de compraventa y bien claro también está en ella cuál es la sentencia del contrato de sociedad y la naturaleza del aporte.

“El artículo 1849 del Código Civil define la compraventa como ‘un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla dice vender y ésta comprar’. Y el artículo 2079 ibídem, define la sociedad o compañía como ‘un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación’.

“Cada una de las dos especies de contratos tiene perfectamente delimitada, con normas que le son propias, las diferentes modalidades que lo caracterizan y sus elementos esenciales bien diferenciados. Cada una tiene su legislación especial y sustancialmente diferente. Si son distintos los dos contratos desde su misma definición y su desarrollo y efectos, se regulan de distinta manera, debe concluirse, en sana lógica, que no pueden confundirse y tomarlos como uno solo para efectos del *Good will*. Y si el aporte por medio de contrato de sociedad no equivale a ‘compra’ y el *Good will* no ha sido avaluado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, éste no puede tomarse como activo para los efectos fiscales porque así lo dispone el artículo 33 del Decreto 554 de 1942”.

Por la historia del negocio y las transcripciones que se dejan hechas, aparece que se trata de obtener, ya por la vía de la nulidad, la revisión de una operación administrativa, ya que la demanda no se dirige contra la norma creadora de los impuestos sino contra su aplicación e interpretación.

La demanda ha tenido como fundamento que los señores Adolfo Aristizábal, Alejandro Cadavid, José Luis Upegui, Crisanto Aristizábal y Santiago Aristizábal, por medio de la escritura pública número ochocientos (800), pasada en la Notaría Tercera del Circuito de Cali, constituyeron una sociedad anónima bajo la razón social de “A. Aristizábal & Cía., S. A.”, fijaron el capital en un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) moneda corriente. Igualmente determinaron que la compañía tendría acciones de capital y de industria, y que las de capital se dividirían en tres (3) clases, así: *Primera, segunda y tercera*; que cualquiera de esas tres serían nominales y de un valor inicial de cien pesos (\$ 100) cada una.

Las acciones suscritas en la sociedad anónima por los señores Adolfo Aristizábal, Alejandro Cadavid y José Luis Upegui S.; fueron pagadas con la organización, bienes y efectos de la sociedad denominada “A. Aristizábal & Cía.”; para hacer el traspaso de estos bienes de la sociedad colectiva a la sociedad anónima, los socios expresaron lo siguiente, en el artículo 77 de la nombrada escritura de constitución nacional:

"El capital de A. Aristizábal & Cía., que se traspasa a "A. Aristizábal & Compañía, S. A.", los socios lo han apreciado de común acuerdo en tres grupos, a saber:

"A) Capital firme, que por su naturaleza tiene un avalúo no sujeto a inmediatas fluctuaciones, que constituye la base sólida de la compañía y que representa las acciones de capital de primera clase.

"B) Capital que por su naturaleza tiene un avalúo más o menos aproximado, pero sujeto a fluctuaciones por motivos diversos, ya que representa el mayor avalúo que los socios de Aristizábal y Compañía convinieron en darle al capital de esta sociedad al traspasarlo a la nueva sociedad. Por esta causa el valor de las acciones que en esta sociedad representa ese capital, está sujeto al pago preferencial de las acciones de capital de primera clase.

"C) El *Good will*, o sea la organización misma de los negocios de "A. Aristizábal & Cía.", que queda representado en acciones de capital de tercera clase".

El "Good will" fue estimado por los socios en la cantidad de *ciento cuarenta y un mil seiscientos un peso con diez y nueve centavos* (\$ 141.601.19), y en la misma escritura, artículo 81, se dijo que con la transferencia de los bienes, efectos, valores y *Good will*, que "A. Aristizábal y Cía", hace a "A. Aristizábal & Cía., S. A.", quedarían íntegramente pagadas las acciones que los señores ya nombrados habían suscrito en la sociedad anónima dicha.

Como síntesis de lo que se deja expuesto, resulta lo siguiente: Los señores Adolfo Aristizábal, Alejandro Cadavid y José Luis Upegui S., por medio de la escritura pública número 542 de 8 de septiembre de 1932, constituyeron una sociedad colectiva denominada "A. Aristizábal & Cía." y en el año de 1937 los mismos socios, y, además, los señores Crisanto Aristizábal y Santiago Aristizábal, constituyeron una sociedad anónima bajo la razón social de "A. Aristizábal & Cía., S. A.", en la que aparece como aporte por parte de los socios Aristizábal, Cadavid y Upegui, el *Good will* de la sociedad colectiva dicha. Estos intangibles fueron estimados en la cantidad de *ciento cuarenta y un mil seiscientos un peso con diez y nueve centavos* (\$ 141.601.19).

El Decreto 554 de 1942, para efectos de la liquidación de los impuestos sobre la renta y sus complementarios, establece que el *Good will* para que se pueda tener en cuenta en la dicha liquidación, debe ser previamente avaluado, a solicitud del contribuyente, siempre que no haya sido adquirido por compra.

Esta norma legal, pues, consagra que para que el *Good will* se tenga en cuenta al hacer la liquidación de los impuestos debe ser avaluado por la Administración, y por excepción, no debe avaluarse cuando ha sido adquirido por compra, por el contribuyente.

La parte actora en este juicio conviene en que el avalúo no se ha efectuado, pero sostiene que no debe hacerse porque la sociedad anónima adquirió por compra ese *Good will*. La Jefatura de Rentas, por su parte, dice que no ha habido compra y por tanto cobra sobre esos intangibles el impuesto de exceso de utilidades.

El problema así planteado se deduce a saber, si como lo sostiene el actor, "lo que hubo fue una compraventa del *Good will* que pertenecía a los únicos socios de la sociedad colectiva "A. Aristizábal & Cía.", señores Adolfo Aristizábal, Alejandro Cadavid y Luis Upegui, por la nueva de-

nominada "A. Aristizábal & Cía. S. A.", o si como lo dice la Jefatura de Rentas, no hubo compraventa y por lo tanto ha debido avaluarse el mencionado *Good will*, y no habiéndolo sido no debe tenerse en cuenta en la liquidación de los impuestos.

Sobre el argumento de la compraventa ha construido el apoderado del actor la demanda contra los actos de la Administración cuyo contenido se ha dejado estudiado.

Es sabido que existe el aporte en numerario, como también el de otros bienes consistentes en derechos muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que pueden ser reales o no, pero apreciables en todo caso, en dinero, para la formación de sociedades como la anónima de que aquí se trata (artículo 2079 del C. C.).

Para precisar mejor los conceptos es conveniente dejar sentado que la naturaleza del acto de constitución de una sociedad, es la de un contrato, plurilateral, cuando los contratantes son más de dos, y en el que median tanto para la formación como para la ejecución otras tantas relaciones correspondientes entre cada uno y los demás contratantes.

Al acto de constitución de la sociedad va aparejada la calidad del contrato, pero domina en él la creación de la persona jurídica y de la empresa, lo que hace que se califique por los expositores el convenio como un acto complejo o acto creativo, que no puede regularse precisamente por las normas generales de los demás contratos en cuanto a la voluntad, la capacidad y la responsabilidad, pues en derecho mercantil es cosa cierta que las obligaciones de la firma social recaen en una u otra medida sobre los socios, aunque éstos sean incapaces o participen en la sociedad con voluntad imperfecta. (Véase Nossa, T. 1º, pág. 25).

Corresponde ahora, determinar la naturaleza del aporte en las sociedades: conforme a lo que se dejó expresado, y de acuerdo con el derecho común (artículos 2079 y 2081 del C. C.), el aporte para la formación de una sociedad, además de que puede ser en numerario, puede también consistir en derechos muebles o inmuebles, corporales o incorporales; reales o no, pero apreciables en dinero; es decir, que tiene objetos muy variados, y llega hasta comprender todo bien que se halle fuera del comercio.

Es igualmente claro que formalizado el contrato de sociedad, con la observancia de los requisitos que determinan las leyes, se crea una persona jurídica con características y responsabilidades determinadas también por las normas legales y por el contrato mismo. Así, de las sociedades anónimas se dice con razón, que ellas son la forma y personificación de la autonomía de la empresa, pues esa persona jurídica responde de las obligaciones propias de su ejercicio social, de su objeto social, con su patrimonio; los socios o accionistas sólo tienen obligaciones para con la sociedad, para con la empresa; deben pagar sus aportes, de acuerdo con las obligaciones que contraigan, pero esas obligaciones que ellos contraen no salen de la esfera social; el anonimato es la mejor ventaja para los accionistas por efectos de la limitación de los riesgos a la acción.

Ahora bien: la sociedad en virtud de la tradición que le hacen los socios, adquiere la propiedad de los bienes que en tal carácter le aportan, o también el solo derecho al goce de esos bienes, según el convenio.

El socio, en el evento del aporte en propiedad, indudablemente que toma o asume, frente a la sociedad, una posición *similar* a la de un ven-

dedor, ya que soporta las mismas obligaciones de éste, tales como las de entregar el bien, responder de la evicción y de los vicios redhibitorios.

La posición de la sociedad es *similar* a la de un comprador, porque la sociedad adquirente del bien, por el aporte, no está obligada y no se obliga a pagarle un *precio*; el accionista recibe, como retribución de su aporte, un título de acción que le da unos derechos sobre las utilidades líquidas que la sociedad pueda producir, y sobre el capital líquido en caso de disolución y liquidación, resultando por lo tanto el carácter de *aleatorio* del derecho por una parte, y por otra, una clara conclusión de que la persona jurídica que se forma, no ocupa, frente a sus propios accionistas, la posición de un *comprador*, porque, como se lee en el artículo 1849 del Código Civil, la *compraventa* es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, y ese dinero que se paga es lo que se llama *precio*, que es dominante en el contrato.

Resulta, pues, que los aportes no son una compra que la sociedad hace; ellos son elementos fundamentales, esenciales para la creación de esa persona jurídica, independiente de los socios individualmente considerados, quienes por él quedan vinculados a ella con derecho a un *interés social*.

De acuerdo con los principios expuestos, pasa el Consejo a estudiar el caso concreto de que tratan los autos:

El *Good will* que los socios Cadavid, Aristizábal y Upegui aportaron a la sociedad "A. Aristizábal & Cía. S. A.", fue estimado en una suma determinada por dichos señores y los otros dos contratantes señores Crisanto y Santiago Aristizábal y esa suma fija fue admitida como aporte. No se trataba de que la sociedad que se formaba debía pagar la suma convenida como valor del *Good will*, puesto que los dueños de esos intangibles iban a formar parte, y formán parte, de esa nueva sociedad. No tratándose de una nueva transmisión del *Good will* a título distinto de *aportar* es aplicable el concepto ya estudiado de que la sociedad no adquiere esos intangibles a título de *compra*.

El artículo 33 del Decreto Ejecutivo número 554 de 1942, dice:

"El contribuyente que se crea propietario de los bienes intangibles o *Good will* no adquiridos por compra, deberá elevar su petición de avalúo a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales antes de presentar declaración de renta y patrimonio..."

De manera que, desde el punto de vista fiscal, y que es el caso concreto en estudio, el valor del *Good will* se fija por el precio de adquisición o mediante avalúo por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en la forma determinada por el Decreto citado. Cumplida cualquiera de estas dos condiciones, estos intangibles pasan a figurar como patrimonio para efectos fiscales.

La sociedad demandante no comprobó que se hubiera avaluado el *Good will*; por el contrario, conviene en que esto no ha sucedido. Igualmente, según el estudio anterior, no aparece que él haya sido adquirido por compra, resultando claro que debe mantenerse la sentencia apelada, puesto que el contrato de sociedad, es cierto, crea obligaciones de los socios entre sí, y de éstos para con la sociedad, pero ellas, lo mismo que los derechos de los socios, tienen un contenido definido que no va hasta colocar a la sociedad como *adquirente a título de comprador*, de los apor-

tes a que precisamente se obligan los socios para efecto de la creación de la persona jurídica o sociedad.

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 de su Fiscal y de acuerdo con él, CONFIRMA la sentencia que ha sido materia del recurso de apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Rivadeneira G.—Jorge Lamus Girón—Gabriel Carreño Mallarino—Gustavo A. Valbuena—Gonzalo Gaitán—Tulio Enrique Tascón. Guillermo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Srío.

IMPUESTOS

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón)

Consejo de Estado. — Bogotá, noviembre 4 de 1946.

El señor Villaveces Restrepo, por medio de su apoderado legalmente constituido, doctor Ignacio Copete Lizarralde, demandó ante el Tribunal Administrativo de Bogotá la revisión de la operación administrativa a que se refieren las Resoluciones de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales números R-436-H y R-571-H, de 28 de mayo y 25 de junio de 1945, sobre liquidación del impuesto de renta y complementarios en el año gravable de 1943, a cargo del demandante.

La demanda fue admitida por reunir las condiciones formales que exige la ley, y una vez que recibió la tramitación pertinente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha 26 de marzo del presente año, dictó sentencia negando las peticiones de la demanda.

El apoderado del actor, dentro del tiempo que disponía para ello, interpuso recurso de apelación, el que le fue concedido en forma legal. El negocio en cuestión ha sufrido en el Consejo de Estado el trámite previsto por el Código de Procedimiento Administrativo, y se encuentra ahora en estado de dictar la respectiva sentencia, a lo que procede la corporación, habida la consideración de que no se encuentra causal de nulidad procedimental que haya de ser declarada.

La acción intentada por el demandante, según el libelo, tiene por objeto obtener la revisión de la operación administrativa, para que sea reformada en el sentido de **“no gravar como renta la suma rota, la suma recibida por el señor Villaveces Restrepo, como consecuencia de la liquidación de la Caja de Empleados del Banco de Colombia”**, y que, por lo tanto, se ordena el reintegro de la cantidad pagada a la Administración con exceso.

El apoderado del actor alegó los siguientes hechos:

“1°—Durante el año gravable de 1943 recibí mi mandante de la Caja de Empleados del Banco de Colombia la cantidad de \$ 32.886.58, que fue denunciada en la declaración de renta y deducida por el contribuyente, por considerar, con razón, que esa suma no era gravable.

“2°—La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca desechó la deducción indicada, y, por tanto, incluyó esa partida dentro de la renta, gravándola con los impuestos correspondientes.

“3°—La estimación errónea de la Administración ha sido confirmada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en las dos Resoluciones que vais a revisar”.

Luégo el apoderado explica los hechos en la siguiente forma:

“...La Caja de Empleados del Banco de Colombia se constituyó de acuerdo con la ley como una corporación con personería jurídica reconocida por medio de la Resolución ejecutiva número 5 de 1933. La Caja, pues, era una persona jurídica o moral, totalmente autónoma e independiente.

“El objeto de la Caja quedó claramente determinado en el artículo 2° de los Estatutos, cuyo tenor era el siguiente: “El objeto de la Caja es, principalmente, el de atender a las pensiones y jubilaciones que se decreten de acuerdo con los presentes Estatutos”.

“La Junta de Fideicomisarios, con aplicación del artículo 31 de los Estatutos, decretó la disolución de la Caja y ordenó proceder a su liquidación.

“En cumplimiento de tal resolución, se procedió en primer término a cubrir el pasivo; luégo celebró un contrato con el Banco de Colombia,

en virtud del cual esta entidad, mediante el recibo de una determinada cantidad de dinero que le entregó la Caja, se obligó a continuar atendiendo el pago de las pensiones y jubilaciones ya decretadas por la Caja y a pagar las pensiones que en lo futuro se causaran, exactamente en los mismos términos y condiciones en que los socios de la Caja la hubieren percibido en el caso de no haberse liquidado ésta. Como después de verificadas las anteriores operaciones todavía quedare un remanente, la Junta de Fideicomisarios, dentro de sus facultades estatutarias, ordenó repartir el saldo entre los socios de la Caja de Empleados del Banco de Colombia.

"En esa liquidación correspondió a mi comitente la cantidad de \$ 32.886.58, que, como queda dicho, se le entregó sin perjuicio de la pensión que tenía derecho a recibir de la Caja, y que, en virtud del contrato aludido, recibirá del Banco de Colombia en las mismas circunstancias y por la misma entidad. (Véase certificado del Banco a este respecto)".

Como fundamentos de derecho aparecen expuestos en la demanda los siguientes:

"El numeral 1º de la Ley 78 de 1935 dispone que no se consideran como renta los "capitales que hayan ingresado al contribuyente a título de donaciones, herencias, legados o fideicomisos, loterías o rifas", y el artículo citado, en su numeral 2º, no considera como renta las ganancias obtenidas por una persona en la venta o permuta de propiedades muebles o inmuebles, sino en el caso de que tales operaciones se lleven a cabo por una persona que tenga el negocio de comprar, vender, cambiar o disponer de otra manera de tales propiedades. Se exige, pues, en este último caso que el contribuyente este **habitualmente** (subraya el apoderado), dedicado al negocio de comprar y vender, para que sus utilidades puedan considerarse habitualmente como renta gravable. Aparece muy nítido que el principio sentado en el artículo 1º de la ley 78, invocado, establece el principio de que no puedan gravarse como renta las entradas que no tengan un carácter de ingreso regular, provenientes del trabajo o del capital, o de ambos factores combinados, y que las demás entradas ocasionales deben mirarse y gravarse exclusivamente como aumentos del patrimonio.

"En consecuencia, las resoluciones acusadas violaron el artículo 1º mencionado, por cuanto que con desconocimiento de su mandato y del principio por él sentado, estimaron como renta un ingreso que no reúne uno de los requisitos legales que la hagan gravable como tal.

"El artículo 33 del Decreto número 818 de 1936 preceptúa que no constituyen renta gravable las sumas recibidas por un beneficiario como consecuencia de un contrato de seguro de vida, pagadas con ocasión de la muerte del asegurado, bien sea en una sola o en varias partidas, ni las sumas recibidas por donaciones, herencias o legados.

"Es evidente que esta disposición reglamenta para los casos en ella contemplados el principio del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, excluyendo esta clase de entradas del concepto de renta gravable por cuanto ellas carecen de las condiciones de normalidad y periodicidad en su percepción, que son requisitos indispensables para ser consideradas desde un punto de vista fiscal como sujetas al impuesto sobre la renta, ya que todas ellas se reciben de un modo ocasional".

En apoyo de las anteriores apreciaciones, el dicho apoderado acoge conceptos de economistas, que la corporación considera de interés transcribir:

"El Profesor Esteban Jaramillo, en su obra *La reforma tributaria en Colombia*, se expresa así:

"Uno de los caracteres distintivos de la renta es que sea periódica, que venga como resultado del capital o del trabajo, o de ambos. Por consiguiente, las adquisiciones ocasionales de una vez, que tienen otro origen, no pueden considerarse como renta en el estricto sentido de esta palabra. Tal sucede con lo que se adquiere por donación, herencia, legado, hallazgo o especulación casual".

"El doctor Carlos Lleras Restrepo dice:

"Por renta de un individuo o de una colectividad se entiende el conjunto de aquellos bienes que el individuo o el total de los individuos adquieren normalmente, en una cierta unidad de tiempo, y que están disponibles para la satisfacción de sus necesidades o para la renovación de los bienes consumidos en dicha satisfacción. Con esta definición se distinguen las rentas de las entradas, porque hay algunas de ellas, por ejemplo, las herencias, loterías, donaciones y hallazgos, que no tienen los caracteres de continuidad y de normalidad en la adquisición que singularizan la renta propiamente dicha".

Otro de los conceptos invocados es el de don José Ferro Mancera, que dice lo siguiente:

"De las ganancias o entradas que forman la renta bruta se exceptúan las loterías, rifas, herencias, donaciones, legados y cualquiera otro ingreso al capital particular a título semejante que se considera como aumento del patrimonio".

Pertenece, igualmente, a la apreciación de los fundamentos de derecho que el demandante hace, lo siguiente:

"Aparte de los argumentos anteriores, que son absolutamente concluyentes, se invocó ante la Jefatura y reproduzco ahora el argumento de que las resoluciones acusadas son violatorias del artículo 1º de la Ley 56 de 1936. Esta disposición preceptúa que "Las cajas de seguros para los empleados u obreros, las de auxilios o recompensas y todas las de previsión social que sean manejadas por asociaciones de empleados u obreros que tengan personería jurídica, así como las sumas que las empresas les entreguen para los fines previstos en ellas o para fomentar el ahorro, no pagarán los impuestos establecidos por la Ley 78 de 1935".

Los anteriores fundamentos, tanto de hecho como de derecho, que se dejan transcritos en cuanto se han considerado necesarios, fueron, según lo explica el demandante, alegados ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y hay constancia de que aquella Oficina los estudió, como pasa a verse en seguida, con la reproducción de los fundamentos que la Administración alegó para deducir los impuestos materia de la demanda de revisión de la operación administrativa. Dice la Resolución número R-436-H lo siguiente:

"Resolución número R-436-H de 1945 (mayo 28).

"Reclamada en oportunidad y llenada la formalidad del pago previo, el señor Carlos Villaveces Restrepo, vecino de Bogotá, contra la liquidación del impuesto sobre la renta en el año de 1945.

"El punto principal de su reclamación está relacionado con la cantidad que recibió de la Caja de Empleados del Banco de Colombia, con motivo de haber sido disuelta, y la cual tenía como objeto, según el artículo 2º de sus Estatutos que transcribe el demandante, "**Atender a las pensiones y jubilaciones**" de aquellos empleados.

"Nótese ante todo que se trata únicamente de los empleados de la entidad y que la repartición se hizo entre ellos, sin que ninguna otra

persona, no empleada, es decir, que no le hubiera prestado sus servicios al Banco, quedara beneficiada por aquella repartición.

"Y téngase presente que la Ley 78 de 1935, reformativa de las disposiciones del impuesto sobre la renta, lo primero que hizo, ya que lo advierte en su artículo primero, fue determinar la renta bruta, y principió por decir que aquélla comprende **"salarios, jornales o compensaciones por servicios personales de cualquier clase y pagados en cualquier forma"**.

"Se trata de empleados del Banco de Colombia que por su carácter de tales, o sea por haberle prestado sus servicios, tenían derecho a la parte proporcional que por estos servicios prestados al Banco les correspondía.

"El argumento de que por recibir esta parte compensatoria de sus servicios no han perdido el derecho a que les pague el Banco nuevamente, llegado el caso, pensión temporal o vitalicia, y que por lo tanto han recibido dicha parte como un premio de "lotería", no es aceptable; puede la empresa compensar o recompensar los servicios de sus empleados una o varias veces, sin que para los efectos fiscales pierda el ingreso su carácter de "renta" y de "renta gravable", puesto que proviene del derecho adquirido por el empleado debido a servicios personales prestados a la entidad que se los paga.

"No es, pues, el caso de asimilar esta compensación de servicios con herencias, loterías, donaciones y hallazgos, como lo pretende el reclamante al transcribir la doctrina del doctor Carlos Lleras Restrepo, ya que en la misma transcripción dice: "Por renta se adquiere lo que el individuo adquiere normalmente, en una cierta unidad de tiempo, etc.", y agrega: "Con esta definición se distinguen las rentas de las entradas, porque hay algunas como loterías, donaciones, y hallazgos que **no tienen** los caracteres de continuidad y de normalidad, que singularizan la renta propiamente dicha".

"Aquella "unidad de tiempo" ha sido limitada; y en el caso que se estudia, el reclamante sigue siendo empleado del Banco y continuará recibiendo compensación por sus servicios, lo que demuestra "la continuidad" a que se refiere el ilustre tratadista en su conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, en que se quiere apoyar la parte reclamante.

"Ahora véase lo referente al artículo 1º de la Ley 156 de 1936, también invocada por el reclamante: El espíritu del legislador está muy claro: **"Las sumas que las empresas les entreguen"**, frase subrayada en el memorial, se refiere claramente a las que reciben las Cajas, y no a las que éstas entreguen a los empleados acreedores al beneficio de auxilio o recompensa de que viene hablando la ley.

"Y la advertencia es lógica: si se pagara el impuesto cuando las Cajas reciben la suma destinada a ser repartida por ellas, podía llegar el caso de que también se les cobrara a los empleados beneficiados al percibir las, con lo cual se establecería un doble gravamen. Y este doble pago de impuesto sería aún más grave si se tiene en cuenta la tarifa progresiva del mismo, que vendría a elevar apreciablemente el tributo cuando lo recibieran las Cajas, por lo cual se suprimió este primer pago, y nunca ni en ninguna parte se ha dicho que se suprimió el segundo.

"Tiene razón el reclamante al interpretar que la ley no trató de "favorecer a la parte poderosa o al patrón". No; la ley favoreció, como se está viendo, al empleado. Y en su beneficio fomentó la formación de las Cajas, eximiéndolas del impuesto por medio del artículo invocado.

"Pero ello no implica que se suprimiera un impuesto creado por la Ley 78 de 1935, y confirmada su aplicación respecto a cesantías al expedirse el artículo 35 de la Ley 6ª de 1945, que sí lo suprime para los primeros \$ 5.000.00 que recibían por tal concepto.

"Queda así demostrada la razón del empleado liquidador que aplicó las disposiciones legales vigentes a la hora en que fijó el impuesto reclamado".

Concluyó, por lo tanto, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales considerando que la suma recibida por el demandante por razón de la liquidación definitiva de la Caja de Empleados del Banco de Colombia era una renta gravable. Por la Resolución número R-571-H, de 25 de junio de 1945, dicha Oficina mantuvo sus puntos de vista y negó la reforma de la liquidación del impuesto que le fue pedida en recurso de reposición.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en orden al mantenimiento de los actos acusados, transcribió la demanda y las Resoluciones de la Jefatura de Rentas, íntegramente, y luégo agregó lo siguiente:

"Se tiene, pues, que los argumentos principales que la demanda invoca para que sea gravada con impuesto la suma de dinero que recibió el demandante, son los siguientes:

"Primero.—Que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 78 de 1935, esa suma recibida no constituye renta, sino que esa suma correspondió al demandante en la liquidación de la Caja de Empleados del Banco de Colombia; y

"Segundo.—Que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 156 de 1936, la citada suma está exenta de impuesto".

"En cuanto a lo primero, observa el Tribunal que el artículo 1º de la Ley 78 de 1935, al enumerar los casos de renta gravable, habla de beneficios de operaciones de **cualquier clase de negocios** (subraya el Tribunal), es indudable que la suma de dinero recibida por el señor Carlos Villaveces Restrepo es un beneficio por la operación de liquidación de la Caja de Empleados del Banco de Colombia, entidad que constituía una asociación, y como tal verificada con fines de aprovechamiento.

"No puede aceptarse que esa suma de dinero recibida por el actor tenga el carácter de donación, herencia, legado, lotería o hallazgo, porque no participa en manera alguna de las características y modalidades propias de esas cosas, y por ende no está exenta del impuesto conforme al artículo 23 del Decreto 818 de 1936.

"En cuanto a la exención contenida en el artículo 1º de la Ley 156 de 1936, se tiene lo siguiente:

"El citado artículo así reza: "Las cajas de seguros para empleados u obreros, las de auxilios o recompensas y todas las de previsión social que sean manejadas por asociaciones de empleados u obreros que tengan personería jurídica, así como las sumas que las empresas les entreguen para los fines previstos en ellas o para fomentar el ahorro, no pagarán los impuestos establecidos por la Ley 78 de 1935".

"Es, por tanto, claro que las sumas de dinero a que se refiere este artículo transcrito y que no pagan impuesto, son las que se entregan para los fines previstos en las empresas de que allí se habla, o para fomentar el ahorro; y no aparece que la suma entregada al demandante lo fuera para los fines previstos en ninguna empresa, ni para fomentar el ahorro; luego, de acuerdo con la misma disposición legal citada por el demandante, esa suma no está exenta de impuesto.

"Como estos dos son los argumentos principales de la demanda, y no son operantes, según queda estudiado, el Tribunal concluye que las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar... Por lo tanto... niega las peticiones de la demanda que dio origen al presente juicio".

El señor Fiscal del Consejo de Estado, en su vista de fondo, acoge la tesis de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y en su apoyo conceptúa en la siguiente forma, en lo pertinente:

"No encuentra la Fiscalía errónea la argumentación de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, ni pueden aceptarse las disquisiciones sutiles del apoderado para separar radicalmente la persona jurídica "Caja de Empleados del Banco de Colombia", de la denominada "Banco de Colombia", punto en que se basa la argumentación, por dos razones principales:

"1ª—Todo empleado del Banco de Colombia era, de hecho, socio o miembro de la Caja de Empleados del mismo; y los fondos con los cuales la Caja cumplía su objeto eran aportados integralmente por el Banco, por mandato de sus Estatutos (artículo 59) y se distribuían en la forma siguiente: (artículo 25 de los Estatutos de la Caja).

"2ª—Para el fondo de pensiones y jubilaciones, la suma necesaria que de acuerdo con el estudio que se hará anualmente por un actuario de reconocida competencia, preferencialmente del de la Superintendencia Bancaria.

"b) El saldo se destinará para distribuir entre los empleados a prorrata de sus sueldos.

"Y siendo esto así, ¿es posible aceptar la distinción entre empleado y socio, para que pueda recibir como socio una suma que paga la Caja pero que proviene de la entidad a la cual sirve como empleado, condición sin la cual no hubiera podido hacerse socio o miembro?

"Este desdoblamiento de la personalidad tampoco puede caber por el solo hecho de que la Caja de Empleados tuviera personería jurídica y su capital fuera independiente del Banco, pues si así fuere, ¿cómo podría una persona jurídica estatuir que de sus fondos se pueda destinar una parte para distribuir entre los empleados al servicio de otra, y precisamente a prorrata de sus sueldos, siendo así que ellos no aportan cantidad alguna para su mantenimiento?

"El señor Villaveces Restrepo, sin duda alguna, recibió al liquidarse la "Caja de Empleados del Banco de Colombia", una suma como socio que era de la Caja, pero al mismo tiempo como una compensación por servicios prestados al Banco en su calidad de empleado, pues de lo contrario, de acuerdo con los mismos Estatutos, no hubiera podido ser socio de la Caja. No es, pues, un golpe de suerte del señor Villaveces el haber recibido, sin saber por qué, esa cantidad de dinero. Ella, de acuerdo con los Estatutos del Banco, la recibe como fruto de su trabajo, y por lo tanto no sólo es renta por mandato del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, sino porque los profesores invocados por él así lo entienden.

"Del hecho incontrovertible de que sólo los empleados del Banco podían ser miembros de la Caja, cuyos haberes los sufragó íntegramente aquél, y de que por tanto los dineros recibidos por el demandante son fruto de su trabajo, se desprende la necesidad de ubicar precisamente a la persona jurídica "Caja de Empleados del Banco de Colombia", por ser ésta quien aparece pagando la suma castigada con el impuesto por la Jefatura, cosa no difícil en estas circunstancias:

"La Caja no era otra que una persona intermediaria entre el Banco y sus empleados para atender al pago de las pensiones y jubilaciones a

Anales—25

que se hicieran acreedores los empleados del primero, de hecho socios de la Caja, la que al mismo tiempo estaba encargada de fijarlas y cubrirlas, pero que, llegado el caso de la liquidación, si hubiere remanente después de satisfacer sus compromisos, debería repartirlo entre los empleados, en vez de devolverlo, por lógica, al Banco de donde había salido.

"Pero se arguyó también contra la Jefatura lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 156 de 1936, que dice:

"Las Cajas de Seguros para empleados u obreros, las de auxilios o recompensas y todas las de previsión social que sean manejadas por asociaciones de empleados u obreros, que tengan personería jurídica, así como las sumas que las empresas les entreguen para los fines previstos por ellas o para fomentar el ahorro, no pagarán los impuestos establecidos por la Ley 78 de 1935".

"Se trató desde luego de interpretar la anterior disposición en el sentido de que **"las sumas que las empresas les entreguen"** (subraya el Fiscal) y que están exentas del tributo son las que "las Cajas de Seguros, las de auxilios o recompensas y todas las de previsión social que sean manejadas por asociaciones de empleados u obreros que tengan personería jurídica", entreguen a sus afiliados o miembros, para los fines previstos en ellas, o para fomentar el ahorro.

"... **Las sumas que las empresas les entreguen** (subraya el Fiscal) se refieren a las que reciben y manejan las cajas, las que se mencionan antes en el mismo artículo, de las empresas de que dependen los empleados u obreros que son sus afiliados y directores y que tengan por objeto atender al logro de los fines que ellas se proponen, o para fomentar el ahorro".

Con tales razonamientos principales, el señor Fiscal del Consejo de Estado solicita la confirmación de la sentencia que ha sido materia del recurso de apelación.

El problema, para la corporación, consiste en determinar si la suma recibida por el señor Villaveces Restrepo es **renta o no**. Si lo es, hay que resolver si es gravable o no, y en caso de que no resulte ser **renta**, deducir qué significa ese ingreso de \$ 32.886.56 frente a la legislación tributaria; para ese fin considera:

Para decretar qué se entiende por renta líquida o gravable, es indispensable determinar qué es la renta bruta. La Ley 78 de 1935, que modificó la Ley 81 de 1931, dice que se entiende por renta líquida la renta bruta del contribuyente menos las deducciones concedidas por la ley.

La renta bruta, como se observa en el texto de la ley, comprende beneficios, ganancias, rentas provenientes de salarios, jornales o compensaciones por servicios prestados, personales o de cualquier clase, o pagados en cualquier forma, o de profesiones, oficios, ocupaciones, negocios, comercio y ventas o transacciones sobre propiedades raíces o muebles, intereses, arrendamientos, dividendos, seguridades u operaciones de cualquier clase de negocios, llevados a efecto con miras de lucro, y las provenientes de cualquiera otra fuente, 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. El monto de todas estas cantidades debe ser incluido en la renta bruta por el contribuyente en el año gravable respectivo.

De acuerdo con el Decreto ejecutivo número 818 de 1936, se entiende por renta bruta, en términos generales, todas las ganancias derivadas del capital, del trabajo, o del capital y el trabajo combinados.

Sobre la segunda parte del artículo 1º de la Ley 78, o sea, en lo que se refiere a las **cantidades provenientes de cualquiera otra fuente** que hayan ingresado al patrimonio del contribuyente a título de herencia, donación, legado, etc., el artículo 25 del Decreto 818 de 1936 expresa: "No constituyen renta: 3º—Las sumas recibidas por donaciones, herencias o legados no constituyen renta, pero sí las ganancias, utilidades o productos provenientes de tales propiedades". En igual sentido se pronuncia esa disposición respecto de sumas provenientes de un seguro de vida y de un contrato de renta vitalicia o pensión.

De manera que estas reglas permiten fijar el sentido claro de lo que se entiende por **renta**, y sólo así puede la corporación determinar qué es ese ingreso recibido por el señor Villaveces Restrepo, y si es gravable o no.

Es característica principal y predominante de la renta que ella sea periódica, que provenga de un acto habitual, que se presente de un modo normal en la adquisición de bienes, en una unidad de tiempo, y que sirva para satisfacer las necesidades del rentado y para renovar los bienes consumidos en la satisfacción habitual de los fines propuestos.

Por consiguiente, el elemento subjetivo, o sea la intención del sujeto de producir la renta, está determinado por el hecho de dedicarse el contribuyente, habitualmente, a una actividad. Es el producto de esa actividad habitual y normal lo que hace que se produzca un ingreso periódico, que la ley grava como renta. Por eso cuando el contribuyente adquiere un ingreso por efecto de una operación ocasional, la ley no le grava esa suma como renta, porque entiende que no fue el producto del acto habitual, normal y porque carece del elemento de la periodicidad.

La misma razón debió tener el legislador para decir en forma expresa que la herencia, el legado, etc., no constituían rentas.

Además, por definición expresa de la ley, la renta puede provenir del trabajo, del capital o del capital y del trabajo combinados (artículo 12 del Decreto número 818 de 1936).

Proviene del trabajo la renta que se recibe por concepto de sueldos, comisiones, salarios, honorarios y por todo servicio de carácter personal; por tanto debe entenderse que esta renta la constituyen el esfuerzo físico o la utilidad mental del individuo.

Proviene del capital la renta que se produce con esfuerzo físico o mental del propietario, y es pagado bajo la forma de intereses, dividendos, participaciones, etc. Se puede decir que es un ingreso que proviene de la sola inversión del dinero.

La renta mixta es la que resulta de la combinación de los factores trabajo y capital, explotados por su propietario.

Ahora bien: el señor Villaveces Restrepo recibió de la Caja de Empleados del Banco de Colombia la dicha cantidad de treinta y dos mil ochocientos ochenta y seis pesos con cincuenta y seis centavos (\$ 32.886.56), por razón de la liquidación de esa institución.

La historia de esa Caja de Empleados es, en síntesis, como ya queda visto por las transcripciones hechas, la siguiente:

Los empleados del Banco de Colombia formaron una asociación denominada **Caja de Empleados del Banco de Colombia**, y expresaron en sus Estatutos que "será una persona jurídica diferente del Banco y de los empleados individualmente considerados, y en consecuencia es dueña de los haberes de la corporación y responsable de su pasivo; tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá, y comenzará a funcionar el 1º de enero de 1933".

Igualmente dispusieron en sus Estatutos que "el objeto de la Caja es, principalmente, el de atender a las pensiones y jubilaciones que se decreten de acuerdo con los presentes Estatutos".

También disponen los Estatutos de la Caja (artículo 33) que en caso de liquidación deberán pagarse las obligaciones o pasivo de la Caja, y si resultare un saldo o remanente, éste "se repartirá entre todos los empleados en proporción al sueldo que cada uno esté devengando al declararse la liquidación".

De manera que esa asociación, en cumplimiento de sus propios Estatutos, se liquidó quedando un saldo, después de cubrir el pasivo, que fue repartido entre los empleados en proporción a sus asignaciones en el Banco, viniendo a recibir el señor Villaveces, por esa causa, la suma de que ya se habló.

Sin ningún esfuerzo, sin necesidad de acudir a interpretaciones que en lugar de aclarar oscurecen el problema, se ve que existía una persona jurídica, formada por los empleados del Banco de Colombia, independiente de los socios y del referido Banco, que fue liquidada en forma regular.

La asociación dicha tenía un patrimonio, que no era en manera alguna, ni podía serlo, jurídicamente, materia que pudiera confundirse con el del Banco de Colombia ni con el de los empleados socios. Eran personas distintas, con patrimonios y obligaciones perfectamente distintos, pero interdependientes de la Caja respecto del Banco y éste respecto de aquélla, puesto que la Caja recibía del Banco sumas con las que cumplían las obligaciones con los empleados, de pagarles las pensiones y jubilaciones.

Esa interdependencia es la que ha dado lugar a todas las tesis que se dejan transcritas en esta providencia, y en las que se ha llegado hasta afirmar que la suma recibida por el demandante "es el fruto del trabajo", ya que si el señor Villaveces no hubiera sido empleado del Banco de Colombia, no hubiera podido recibir la suma en cuestión; pero el hecho de que los empleados del Banco fueran automáticamente socios de la Caja, ¿autoriza para considerar que la suma recibida por el señor Villaveces Restrepo es una especie de aumento de sus asignaciones o una prima especial que el Banco le pagaba?

Hay que convenir en sana lógica que no, porque la liquidación de la Caja no era un acto cualquiera sino un hecho de interés para los socios como tales, y como empleados del Banco, porque a pesar de ello continuaban con esa relación de dependencia que el trabajador tiene respecto del patrón, y que crea derechos y deberes recíprocos, y porque lo que con la liquidación se extinguía eran las obligaciones de la Caja respecto de sus afiliados, las de la misma entidad con el Banco de Colombia y la de éste con aquélla.

Por esto es equivocado tratar de confundir al Banco de Colombia con la Caja de Empleados del Banco de Colombia. No puede, por tanto, sostenerse la importancia que se le viene dando, por la Jefatura de Rentas y por la Fiscalía, a la circunstancia de que para ser socio de la Caja se necesita ser empleado del Banco, porque lo que se trata de determinar es si la fuente de ingreso autoriza a la Administración para tenerlo como renta gravable. El señor Villaveces recibió esa suma por ser socio, porque al liquidarse la Caja quedó un remanente que debía repartirse entre los afiliados, sin que pueda decirse que sea una utilidad, ya que el empleado sólo aspira, como su fin principal, a que la Caja le pague su pensión o su jubilación. Ese sobrante era parte del patrimonio de la Caja, que por razón de su disolución y liquidación pasaba a sus afiliados, no

en forma periódica sino en forma ocasional, por una sola vez, puesto que la asociación quedaba disuelta. El Banco tomó para sí todas las prestaciones sociales que pagaba la Caja, y por lo tanto, la suma repartida fue un hecho casual, imprevisto.

Si la Caja tenía, pues, su patrimonio propio, su activo y su pasivo, ¿cómo puede decirse que ese remanente, repartido entre los empleados, equivalga a un aumento de asignación o a una prima que el Banco pagaba a sus empleados? La tesis, así analizada, es insostenible, porque el Banco no podía pagar sobresueldos, primas, etc., con una suma que pertenecía al patrimonio de la Caja y proporcionalmente a cada uno de los afiliados al liquidarse.

De aquí resulta también incuestionable que el señor Carlos Villaveces Restrepo recibió esa suma por el solo hecho de ser socio de la Caja en el momento de disolverse y liquidarse, y la relación que esa condición tiene con la de empleados del Banco no puede implicar que la suma recibida tenga características de renta.

En efecto, la liquidación de la Caja era un acto de interés de los socios que ponía fin a la relación jurídica existente durante la existencia de aquélla, y el remanente que los socios de la Caja podían recibir no era periódico ni mucho menos el resultado del esfuerzo o del trabajo de los mismos, habitualmente enderezado a obtener una utilidad repartible. En esas condiciones el ingreso así obtenido no puede ser considerado como renta, sino como un argumento de capital, por la forma ocasional como ha tenido lugar.

Tan cierto es esto que el mismo Gobierno ha presentado a la consideración del Congreso un proyecto de ley, que establece un gravamen a estos ingresos, y el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en la exposición de motivos, expresa lo siguiente, que refuerza las anteriores apreciaciones:

Dice el Ministro:

“Para precisar los fundamentos del nuevo arbitrio fiscal que se propone, es pertinente mencionar que en Colombia existe un impuesto que grava los beneficios, utilidades, provechos, enriquecimientos o rentas, con un impuesto diferencial, según se trate de rentas de trabajo, o de rentas mixtas o de capital, las primeras con aplicación de una tarifa única, y las segundas con aplicación de dos tarifas, una principal (la de renta) y otra complementaria y adicional (la de patrimonio).

“Pero las rentas o beneficios no se gravan sino cuando, por tener una fuente **permanente o regular**, se reciben **periódicamente**, es decir, se renuevan por períodos anuales. Cuando falta esta condición de periodicidad del ingreso, aun cuando éste se traduzca en un verdadero enriquecimiento o utilidad, no está sujeto a gravamen sobre la renta, para no obrar inconsecuentemente con la naturaleza misma de este impuesto, establecido con **carácter periódico** (se trata de un impuesto anual) que lógicamente exige que la materia imponible sea asequible también **periódicamente**.

“Pero mirando el asunto desde otro punto de vista, no puede negarse tampoco que los enriquecimientos o utilidades obtenidas, siquiera sea con carácter accidental, y con mayor razón las ganancias logradas sin esfuerzo del que las percibe, sino más bien a favor y como resultado de la acción imponderable de la comunidad en general, no solamente confieren **capacidad** para contribuir, sino que tratándose como se trata de enriquecimientos no ganados como los llaman los ingleses, existen mayores motivos de justificación del gravamen”.

Como se comprende por la exposición del señor Ministro de Hacienda, lo que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales consideró como renta gravable, mediante la interpretación que de la naturaleza del ingreso hizo en la parte motiva de los actos acusados, no lo es.

En conclusión, para el Consejo de Estado, la suma de treinta y dos mil ochocientos sesenta y seis pesos con cincuenta y ocho centavos (\$ 32.866.58), que el señor Villaveces Restrepo recibió, no representan un ingreso normal de ganancias, beneficio o renta proveniente de salario, jornales o compensaciones, por servicios prestados, porque dicho contribuyente no era empleado de la Caja de Empleados del Banco de Colombia, y, por lo tanto, el ingreso dicho no puede considerarse como renta gravable proveniente del trabajo; tampoco puede considerarse como ingreso derivado de la sola inversión del dinero, porque el señor Villaveces Restrepo no hizo ninguna inversión, y menos podría decirse que se trata de renta mixta.

La suma recibida por el actor indica un aumento de su capital, y por lo mismo no es objeto de gravamen como renta, por tratarse de una entrada ocasional y única que excluye lógicamente la periodicidad en el ingreso.

La liquidación que habrá de hacer la corporación, por efecto de la demanda de revisión de la operación administrativa, deberá consistir en descontar la suma de \$ 32.866.58, por concepto de la renta, de la cantidad de \$ 41.770.03, que fue la renta líquida deducida por la Administración. Por lo tanto, la renta líquida gravable, deducida la cantidad mencionada, es la cantidad de **ocho mil novecientos tres pesos con cuarenta y cinco centavos** (\$ 8.903.45), según resulta de la siguiente liquidación:

Patrimonio

	Impuesto
\$ 67.944.97, conforme a la liquidación efectuada por la Jefatura de Rentas	\$ 109.86

Renta

Renta líquida, conforme a la presente providencia, \$ 8.903.45	218.64	328.50
		\$ 328.50
Aumento tarifas 35 por 100 sobre \$ 218.68		76.53
Para Bonos Denal, 50 por 100 sobre \$ 218.64		109.32
Total		\$ 514.35

Total a cargo del contribuyente, quinientos catorce pesos con treinta y cinco centavos.

Como se observa, por lo que hace al patrimonio no habrá modificación alguna, y la revisión de la operación administrativa que el Consejo de Estado despachará favorablemente al demandante, sólo afectará lo correspondiente a la **renta** y a la **cuantía del impuesto**. La nueva liquidación implica una disminución del tributo en un total de \$ 4.320.10, así:

Patrimonio

Sobre \$ 67.994.41, según la liquidación reclamada	\$ 109.86

Renta

Sobre \$ 41.777.03, según la liquidación reclamada	2.549.30
Aumento de tarifas , según liquidación de la Administración ...	895.71
Bonos Denal , según liquidación de la Administración	1.279.58
Total	\$ 4.834.45

La nueva liquidación, como ya se vio, fija el total de los impuestos en	\$ 514.35
Diferencia que se explica en seguida	4.320.10
	\$ 4.834.45 4.834.45

Patrimonio , no varia	\$ 109.86	
Renta	218.64	Baja ... \$ 2.330.66
Aumento tarifas	76.53	Baja 819.18
Bonos Denal	109.32	Baja 1.170.20
Totales	\$ 514.35	\$ 4.320.10

De la demostración anterior resulta que la Administración deberá devolver al contribuyente Villaveces Restrepo la cantidad de \$ 3.149.84, que es la diferencia entre la liquidación demandada y la que ahora hace la corporación, en lo correspondiente al impuesto de renta y aumento de tarifas; igualmente deberá solicitarse del Banco de la República que compre al contribuyente la cantidad de \$ 1.170.26, suscrita en Bonos Denal, en obediencia a la liquidación de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su Fiscal y en desacuerdo con él, **revoca** la sentencia de fecha 28 de marzo de 1946, pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en este juicio, y al **revisar** la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y sus complementarios, contenida en las Resoluciones números R-436-H y R-571-H, de 1945, dictadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales,

Resuelve:

1º—Fijase en la cantidad de **quinientos catorce pesos con treinta y cinco centavos** (\$ 514.35), el total que le corresponde pagar al señor Villaveces Restrepo por impuesto sobre la renta y sus complementarios, inclusive Bonos Denal, en el año gravable de 1943.

2º—Ordénase a la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca la devolución, al señor Carlos Villaveces Restrepo, con cargo a la cuenta de "Rentas", previa orden del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, refrendada por la Contraloría General de la República, la cantidad de **tres mil ciento cuarenta y nueve pesos con ochenta y cuatro centavos** (\$ 3.149.84), pagados por concepto de impuesto de renta y aumento de tarifas, obediendo la liquidación que la Administración hizo de tales impuestos, y que por esta providencia se revisa; y

3°—Por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, ofíciase al Banco de la República en el sentido de que compre, a la par, al dicho señor Villaveces Restrepo, la suma de mil ciento setenta pesos con veintiséis centavos (\$ 1.170.26), en Bonos Denal, suscritos en acatamiento a la anterior liquidación, la que, como se dijo, queda revisada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Con salvamento, Carlos Rivadeneira G. — Jorge Lamus Girón. — Gabriel Carreño Mallarino. — Gustavo A. Valbuena. — Con salvamento, Gonzalo Gaitán. — El Conjuez, José Joaquín Rodríguez. — Con salvamento, Guillermo Hernández Rodríguez. — Luis E. García V., Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS GUILLERMO HERNANDEZ RODRIGUEZ, CARLOS RIVADENEIRA G. Y GONZALO GAITAN ,

El problema jurídico que se resuelve en la sentencia a que este salvamento de voto se refiere, versa sobre el concepto de renta en la legislación fiscal colombiana. La mayoría del Consejo, ceñida al concepto teórico de que la renta es el producido periódico del capital o del trabajo, o de los dos factores combinados, llega a la conclusión de que la suma de \$ 32.886.58, recibida por el señor Carlos Villaveces Restrepo en el año de 1943, no es renta, por tratarse de una cantidad proveniente de la liquidación de la Caja de Empleados del Banco de Colombia. Según la sentencia, dicha entrada no constituye renta por ser una entrega ocasional, por una sola vez, sin que esté acompañada del carácter de periodicidad.

— I —

Problema teórico del concepto de renta

Las principales teorías sobre el particular de la renta en los diferentes países está expuesta en forma clara y resumida en el **Curso de Ciencia Financiera**, dictado por el Profesor Laurenburger en la Facultad de Derecho de París, en el presente año de 1946, de conformidad con la cita siguiente:

“Dos grandes teorías predominan en cuanto a la determinación de la renta fiscal: la teoría de las fuentes, y la teoría del plus valia de activos.

“De conformidad con la primera teoría, se consideran como renta de manera exclusiva el producto de un capital, de un trabajo o de una actividad mixta. Para que exista renta en el sentido fiscal de la palabra, es necesario que se hallen reunidos dos elementos:

“1.—Un origen material o inmaterial, un fondo o una capacidad humana.

“2.—La emanación durable y regular de un valor susceptible de ser expresado en moneda.

“En otros términos, es renta lo que proviene de manera regular y durante un tiempo suficientemente largo, de una fuente exterior al hombre (tierra, capital) o ligada a su naturaleza interior (trabajo muscular o intelectual) o de la combinación de las dos (empresa).

“De conformidad con la segunda teoría, todo enriquecimiento o todo aumento de valor es una renta, cualquiera que sea su origen y su duración. No solamente hay creación de valor cuando el hombre trabaja o explota una empresa, o cuando recoge el producto de su capital concreto (tierras, casas), o monetario (acciones, obligaciones, acreencias), sino también cuando se enriquece fuera de todo esfuerzo y sin que realice un activo, como por una sucesión, una donación, una plus valia mobiliaria o inmobiliaria (alza bursátil, aumento del valor de un fondo). La teoría de la plus valia considera como renta aun el enriquecimiento que se produce accidentalmente, una sola vez, sin perspectivas de repetición.

“En el amplio sentido de la teoría, hay renta cuando la plus valia se verifica, como por ejemplo, en el alza de un valor cotizado en la bolsa,

y en el sentido estrecho de la teoría, la plus valia no se transforma en renta sino en el momento en que es realizada, y separada de "su cuerpo" por una venta.

"La práctica fiscal excluye de la plus valia sometida al impuesto sobre la renta, las donaciones y sucesiones, puesto que son objeto de un impuesto especial (sobre el capital).

"En tanto que la legislación inglesa acentúa su vinculación a la teoría de la fuente, las legislaciones americana y francesa establecen un compromiso entre la acción de plus valia y la de origen o fuente". (Laurenburger, H.: *Cours de Science des Finances*, 1945-1946, página 36).

Otros autores como Laferrière distinguen la misma teoría antes expuesta, denominando la teoría de la plus valia como teoría del balance, y la teoría de la fuente de origen como teoría de cuenta de explotación. En efecto, la noción del beneficio imponible en la cédula francesa que grava las ganancias comerciales e industriales, comprende todo aumento del activo neto de la empresa, tal como resulta de la cuenta de pérdidas y ganancias. La administración francesa considera como beneficio todo enriquecimiento que provenga de una actividad comercial o industrial, sin distinguir la fuente de origen. De conformidad con la teoría de la cuenta de explotación, sostenida por los comerciantes, sólo constituyen renta los elementos de riqueza que provengan de una fuente susceptible de producir un beneficio regular y periódico. La jurisprudencia francesa se había afiliado a esta última tesis, y con ese criterio anuló muchos actos de la administración. Pero la teoría del fisco, o sea la tesis de la plus valia o del balance, fue consagrada en 1933 y 1934 por leyes y decretos-leyes. Estos estatutos fueron incorporados en el artículo 7º del Código de Impuestos francés, que dice:

"El beneficio imponible es el beneficio neto determinado según los resultados de conjunto de las operaciones de toda naturaleza que efectúan las empresas, comprendiendo cualquier cesión de elementos del activo verificado en el curso o al fin de la explotación".

De conformidad con toda esta evolución jurisprudencial y legal, la cédula de los beneficios comerciales e industriales en Francia ha dejado de ser un impuesto sobre la renta propiamente dicho, según lo afirma Laferrière, para convertirse en un impuesto sobre el enriquecimiento. (Laferrière: *Cours de Législation Financiere*, 1945-1946).

— II —

Concepción de la renta en la legislación colombiana

Dentro de esta tesis general que acaba de exponerse precisa ubicar la legislación colombiana para determinar si ella está regida por la teoría de la plus valia o del balance, o por la tesis de la fuente de origen o cuenta de explotación.

Es bien sabido que la última reforma del impuesto sobre la renta, contenida en la Ley 78 de 1935, se inspiró notablemente en la legislación norteamericana, que se basa en un concepto de la renta que combina la teoría de la fuente u origen con la teoría de la plus valia o enriquecimiento. Forman parte de la renta bruta en la legislación norteamericana los salarios o compensaciones en dinero o en especie, los arriendos, los beneficios, los intereses, los dividendos, las pensiones, etc. Pero además se incluyen también como rentas las ganancias de capital realizadas como las que provengan del aumento de precios de los bienes inmuebles

o de las cotizaciones de los valores mobiliarios. Dentro de la legislación norteamericana lo importante consiste en que esas ganancias de capital no sean teóricas y estén representadas simplemente por un aumento en las cotizaciones de bolsa, sino que se requiere de manera fundamental que sean realizadas, esto es, que el contribuyente las disfrute al través de la venta.

Siguiendo sus antecedentes norteamericanos, la Ley 78 de 1935 definió de la siguiente manera la renta bruta:

"1°—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 y 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".

Al analizar el texto transcrito se encuentra que el legislador colombiano no dio una definición de la renta, sino que se limitó a describirla y a hacer algunas enumeraciones. En términos generales, la ley estableció que la renta bruta comprende **ganancias, beneficios, y rentas** provenientes de salarios, jornales o **compensaciones** por servicios personales de cualquier clase y pagados en cualquier forma. Si hubiera sido la intención del legislador dar una definición restringida con respecto a las rentas que se vinculan al trabajo, le hubiera bastado con decir que se consideran como tales las provenientes de salarios o jornales. Al agregar que toda otra ganancia y que todo otro beneficio fuera de salarios y jornales entra también en la noción de renta bruta, ha querido establecer un concepto ampliado sobre el particular. Esta noción de renta desvinculada del carácter de periodicidad aparece también en la descripción de la renta bruta que hace el mismo artículo respecto de la que provenga del "comercio o de ventas o de transacciones sobre propiedades raíces o muebles". Este criterio se refuerza en el mismo artículo cuando incluye como rentas las que provengan de "operaciones de cualquier clase de negocios, llevados a cabo con miras de lucro". Después de haber hecho esta descripción que se vincula al concepto de plus valía o balance, el artículo aboca la segunda teoría de las expuestas antes cuando dice que también se deben considerar como rentas las "provenientes de cualesquiera fuentes".

De acuerdo con estas explicaciones ceñidas al texto fundamental sobre la renta bruta, se tiene que la legislación colombiana, como la norteamericana de la cual toma su origen, está configurada en forma ecléctica desde el punto de vista teórico, apoyándose simultáneamente en la teoría de la plus valía o del balance, y en la teoría de las fuentes o cuentas de explotación. Pero este criterio híbrido se aplica no para restringir el concepto de renta sino para ampliarlo. En efecto, al analizar el artículo citado con los subsiguientes de la misma ley, se encuentra que

el primero establece como renta de manera general lo que le entra al individuo en el curso del año por cualquier causa. Esta es la tesis general con las excepciones que la misma ley señala. Por lo tanto, lo que no está comprendido en las excepciones es renta.

Las excepciones que trae la ley son las siguientes:

1ª—No son renta los capitales que hayan ingresado al patrimonio del contribuyente a título de donaciones, herencias, legados, fideicomisos, loterías o rifas. Estos capitales representan un aumento de patrimonio y solamente sus productos entran en la noción de renta.

2ª—Las ganancias de capital provenientes de negociaciones esporádicas de propiedades muebles o inmuebles cuando tales operaciones se lleven a efecto por personas o entidades que no tengan el negocio de comprar y vender, cambiar o disponer.

3ª—Tampoco se consideran rentas sujetas al gravamen las siguientes:

“a) Los intereses recibidos por depósito en caja de ahorros, cuando tales depósitos no excedan de tres mil pesos (\$ 3.000.00); si excedieren, pagarán por el excedente.

“b) Los intereses recibidos sobre bonos externos y otros títulos de deuda externa de la República de Colombia, de los Departamentos, de los Municipios o de otras entidades gubernamentales del país.

“c) Los intereses recibidos sobre los bonos o cédulas hipotecarias externas de cualquier banco hipotecario colombiano; y

“d) Los intereses recibidos sobre los bonos o cédulas hipotecarias internas, emitidos por el Banco Agrícola Hipotecario”.

4ª—Las de las cajas de seguros para empleados u obreros, y todas las de previsión social. (Ley 156 de 1936).

En el caso de autos se tiene que el señor Carlos Villaveces Restrepo recibió, como miembro de la Caja de Empleados del Banco de Colombia al liquidarse esta entidad, una suma de dinero que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales considera como renta y no como aumento de patrimonio. Dicha Caja se creó para atender las pensiones y jubilaciones que se decretaran de acuerdo con sus Estatutos a sus miembros que tenían que ser empleados del Banco de Colombia. No todo individuo podía pertenecer a dicha Caja, pues para ser socio de ella era indispensable tener el carácter de empleado del Banco de Colombia. De manera que cualquier suma que los empleados pudieran recibir de la liquidación de la Caja se explica como una compensación, ganancia o beneficio que se vincula a la situación económica jurídica de trabajadores al servicio del Banco de Colombia, lo cual se ratifica con el hecho de que esas distribuciones se hicieron en proporción con el sueldo de cada socio.

Para poder escapar a la nomenclatura de la ley fiscal, el actor debía demostrar que estaba comprendido dentro de una de las excepciones establecidas por la ley. Acontece que si se compara el beneficio recibido por el señor Villaveces Restrepo con las situaciones de excepciones que contempla la ley, no se le puede hacer encajar en ninguna de ellas porque no se trata de un capital proveniente de herencia, ni de un legado, ni de una lotería, ni de una negociación de propiedad de muebles o inmuebles, ni de intereses de caja de ahorros, ni de títulos de deuda pública o cédulas hipotecarias exoneradas del impuesto, ni el actor tiene el carácter de una institución de previsión social. No estando dentro de las excepciones, el beneficio recibido por el señor Villaveces es renta, como justamente clasificó la Jefatura del Impuesto.

— III —

Decadencia de la teoría de periodicidad de la renta fiscal

La sentencia a que este salvamento de voto se refiere, acepta la tesis del actor basada en el criterio de varios eminentes tratadistas colombianos de Derecho Fiscal. Se hacen allí las siguientes citas:

“El Profesor Esteban Jaramillo, en su obra *La Reforma Tributaria en Colombia*, se expresa así:

“Uno de los caracteres distintivos de la renta es que sea periódica, que venga como resultado del capital o del trabajo, o de ambos. Por consiguiente, las adquisiciones ocasionales de una vez, que tienen otro origen, no pueden considerarse como renta en el estricto sentido de esta palabra. Tal sucede con lo que se adquiere por donación, herencia, legado, hallazgo o especulación casual”.

“El doctor Carlos Lleras Restrepo dice:

“Por renta de un individuo o de una colectividad se entiende el conjunto de aquellos bienes que el individuo o el total de los individuos adquieren normalmente, en una cierta unidad de tiempo, y que están disponibles para la satisfacción de sus necesidades o para la renovación de los bienes consumidos en dicha satisfacción. Con esta definición se distinguen las rentas de las entradas, porque hay algunas de ellas, como por ejemplo, las herencias, loterías, donaciones y hallazgos, que no tienen los caracteres de continuidad y de normalidad en la adquisición que singularizan la renta propiamente dicha”.

Igualmente cita la sentencia los siguientes apartes de la exposición de motivos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a los proyectos de ley actualmente en curso sobre derogación de excepciones al impuesto sobre la renta:

“Para precisar los fundamentos del nuevo arbitrio fiscal que se propone, es pertinente mencionar que en Colombia existe un impuesto que grava los beneficios, utilidades, provechos, enriquecimiento o rentas, con un impuesto diferencial, según se trate de rentas de trabajo, o de rentas mixtas, o de capital, las primeras con aplicación de una tarifa única, y las segundas con aplicación de dos tarifas, una principal (la de renta) y otra complementaria y adicional (la de patrimonio).

“Pero las rentas o beneficios no se gravan sino cuando, por tener una fuente **permanente y regular**, se reciben **periódicamente**, es decir, se renuevan por períodos anuales. Cuando falla esta condición de periodicidad del ingreso, aun cuando éste se traduzca en un verdadero enriquecimiento o utilidad, no está sujeto a gravamen sobre la renta, para no obrar inconsecuentemente con la naturaleza misma de este impuesto, establecido con **carácter periódico** (se trata de un impuesto anual), que lógicamente exige que la materia imponible sea asequible también periódicamente.

“Pero mirando el asunto desde otro punto de vista no puede negarse tampoco que los enriquecimientos o utilidades obtenidas, siquiera sea con carácter accidental, y con mayor razón las ganancias logradas sin esfuerzo del que las percibe, sino más bien al favor y como resultado de la acción imponderable de la comunidad en general, no solamente confieren **capacidad** para contribuir, sino que tratándose como se trata de **enriquecimientos no ganados**, como los llaman los ingleses, existen mayores motivos de justificación del gravamen...”.

Los suscritos Consejeros no desconocen la importancia y autoridad de los conceptos transcritos de los distinguidos tratadistas de Derecho

Fiscal doctores Esteban Jaramillo, Carlos Lleras Restrepo y Francisco de Paula Pérez, pero se permiten disentir de esas doctrinas, que fueron clásicas en estas materias y que han sido modificadas en el curso de las últimas décadas, tanto en la teoría financiera como en la legislación positiva.

Los tratadistas nombrados dan de la renta la noción económica que Froing Fisher caracteriza como el valor de una determinada fuente de servicios (*The value of a given flow of services*). La noción económica no debe confundirse con su noción fiscal, que es distinta y tiene su base en una legislación positiva especial y en las normas propias a la ciencia financiera. Los autores norteamericanos sobre la materia se cuidan mucho de confundir las dos nociones. Comoquiera que la ley colombiana se inspira en la norteamericana, conviene destacar el concepto que la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió respecto de la renta en el caso *Macomber*:

“Nada en la naturaleza de las cosas separa el capital propiamente dicho de los requisitos de la renta proveniente del capital. Desde el punto de vista práctico del sentido común, hay algo extraño en la idea de que un individuo puede enriquecerse indefinidamente sin ser sometido nunca al pago de un impuesto sobre la renta”. (*Magill, Roswell, Taxable Income*, 1945, página 18).

En este salvamento de voto se han transcrito los conceptos del profesor Laufenburger, de la Universidad de París, sobre la evolución que ha tenido el derecho positivo sobre la concepción de renta fiscal hasta llegarse a identificar en algunos países, como en Francia, con la noción de enriquecimiento. Esta teoría moderna sobre la renta no es exclusiva de Francia, ni de los Estados Unidos, donde existe una doctrina híbrida sobre el particular, sino que se ha extendido a las nuevas legislaciones de los países latinoamericanos, de las cuales se citan a continuación algunos textos:

a) **Legislación venezolana:** La ley normativa del impuesto sobre la renta en Venezuela, expedida el 10 de julio de 1942, dice en su artículo 1º así:

“Se crea un impuesto que pagará toda persona o comunidad por los **enriquecimientos** netos y disponibles que obtenga en virtud de actividades económicas realizadas o de bienes situados en Venezuela”.

b) **Legislación mejicana:** La Ley de 31 de diciembre de 1941 dice en su artículo 1º así:

“El impuesto sobre la renta grava las utilidades, ganancias, rentas, productos, provechos, participaciones, y en general, todas las percepciones en efectivo, en valores, en especie o en crédito que, por alguno de los conceptos especificados en esta ley, **modifiquen el patrimonio del causante**”.

Bastan las citas anteriores para observar que la evolución del concepto de renta de que antes se habló se viene generalizando, y que en las últimas legislaciones latinoamericanas se le ha dado aplicación a la teoría del enriquecimiento, o del balance, o de la plus valía, abandonando la vieja noción fiscal de la periodicidad del rendimiento. La definición mejicana que acaba de transcribirse tiene especial importancia por destacar de una manera tan rotunda la noción de renta como una “modificación del patrimonio del causante”. La teoría de la periodicidad está en este texto mejicano totalmente desaparecida.

Las definiciones de los expositores colombianos que antes se han transcrito corresponden a un período superado ya del desenvolvimiento de las teorías fiscales sobre la renta. Si tan ilustres tratadistas volvieran

a, analizar la materia en los presentes momentos, sin duda sus definiciones tendrían una modificación sustancial sobre lo que dijeron o escribieron hace ya algunos años. La definición del doctor Esteban Jaramillo sobre la renta fue justa cuando en Colombia imperaba la Ley 56 de 1918, en la cual el impuesto estaba configurado sobre la base de tres cédulas, así:

Cédula A. Renta que provenga únicamente del capital.

Cédula B. Renta proveniente del capital combinado con la industria del hombre.

Cédula C. La renta proveniente sólo de la industria o del trabajo.

Dentro de un sistema cedular basado en la distinción clásica entre rentas provenientes de capital, de trabajo y de los dos factores combinados, es claro que el profesor Jaramillo diera una definición de la renta ceñida al criterio tradicional de la fuente de proveniencia y de la periodicidad. Pero este criterio, que fue justo en su época, no se puede aplicar en la actualidad en que rigen las disposiciones de la Ley 78 de 1935, que ratificó el abandono del sistema cedular y la adopción de un sistema impositivo que se vincula a los modelos norteamericanos, donde el concepto de la renta, como se ha demostrado con las citas precedentes, no se basa en el criterio exclusivo de periodicidad sino que se apoya, también, en la noción del enriquecimiento llamado igualmente de la plus valía o del balance.

Respecto al respaldo que la sentencia alega en las citas del actual Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Francisco de Paula Pérez, los Consejeros firmantes de este salvamento de voto manifiestan que dicha brillante disertación está construida sobre la creencia equivocada de que la legislación colombiana se inspira en el criterio de la periodicidad y de la fuente de proveniencia de la renta. Basta examinar los proyectos presentados por el señor Ministro a las Cámaras Legislativas, para apreciar que se trata simplemente de eliminar las exoneraciones del impuesto sobre la renta en caso de ganancias ocasionales de capital por operaciones comerciales sobre inmuebles y muebles, y en el caso de ganancias provenientes de premios de loterías. El señor Ministro enfocó en su exposición de motivos, más que todo, el concepto de los tratadistas de derecho fiscal colombiano que la descripción positiva de la renta que trae la Ley 78 de 1935. Esta confirmación se refuerza recurriendo a lo que podría llamarse la jurisprudencia de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, Oficina cuyos técnicos especializados en la materia dijeron en Resolución número R-1009-H, de 30 de junio de 1941, lo siguiente:

"La valorización acusada de un año para otro, que no proviene de donaciones, herencia, legados, fideicomisos, loterías o rifas, es renta, y como tal sujeta al impuesto. Ese incremento es la medida de la capacidad contributiva del interesado en el año gravable. Las declaraciones de uno y otro año fueron rendidas bajo la gravedad del juramento; los bienes que posee no son susceptibles de aumentar su valor nominativamente; es decir, no sufren valorizaciones artificiales, desde el momento en que se computan en la misma unidad monetaria y los factores que entran en su justiprecio son los mismos. Por tanto, la Jefatura debe tener como renta gravable del contribuyente en mención la diferencia patrimonial anotada".

El mismo Despacho emitió el 11 de marzo de 1939 el siguiente concepto:

"Los sobresueldos, primas, bonificaciones, auxilios de enfermedad o cesantía, que paga una persona natural o jurídica a un empleado, cons-

tituyen renta gravable para éste, por ser una compensación por servicios prestados derivadas de un derecho legítimo, sea que exista contrato o no. Estos pagos no son hechos a título gratuito y no constituyen donación, porque por medio de ellos no se trata de hacer un regalo a persona que no ha prestado servicio alguno, sino que, precisamente, su causa es el trabajo prestado por el empleado”.

Podrían hacerse otras citas para demostrar que la Jefatura del Impuesto, dependiente del Ministerio de Hacienda, tiene un criterio interpretativo de la Ley 78 de 1935, que no es exactamente el mismo expuesto por el señor Ministro en la exposición de motivos a que se refiere la sentencia comentada. El Consejo de Estado conoce frecuentemente de resoluciones de esa entidad en que trata de aplicar la teoría más extrema del balance, considerando como renta los aumentos de patrimonio que arrojan los inventarios siempre que no se demuestre que están exonerados del impuesto, como los premios de lotería, por ejemplo.

Conclusión

Por todo lo expuesto se concluye que la noción de renta en la legislación fiscal colombiana para efectos del impuesto respectivo está configurada simultáneamente sobre las dos teorías que existen al respecto: la primera, denominada teoría del enriquecimiento o del balance, o también de la plus valía; y la segunda, denominada teoría de la periodicidad, o de las fuentes de origen o también de la cuenta de explotación. De conformidad con la ley colombiana, existe el principio general de que toda ganancia es renta, excepto aquellas que la ley exonera taxativamente, como los beneficios provenientes de la venta ocasional de muebles o inmuebles. De conformidad con este criterio correspondía al actor demostrar que su ganancia está exonerada del impuesto sobre la renta de acuerdo con las excepciones legales. Esta demostración legal no podría prosperar en este caso, porque la compensación o beneficio recibido por el demandante no se encuentra en ninguno de los casos de excepción que taxativamente enumera la ley.

Finalmente, debe decirse que si la sentencia exceptúa esa ganancia del pago del impuesto sobre la renta, al menos ha debido incluirla como un aumento de patrimonio; no es posible que un enriquecimiento se evada totalmente de la carga impositiva que tiene por base la capacidad económica del contribuyente.

Guillermo Hernández Rodríguez. — Carlos Rivadeneira G. — Gonzalo Gaitán. — Luis E. García V., Secretario.

Bogotá, 5 de noviembre de 1946.

PENSIONES

(Consejero ponente, doctor Guillermo Neira Mateus)

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

En grado de apelación, interpuesta por el doctor Guillermo Mesa Prieto, como apoderado del señor Froilán Cepeda, ha venido la Resolución número 868 de 27 de julio del año en curso, por la cual el Ministerio de Gobierno no accedió a reconocer una pensión de invalidez, ni una pensión de jubilación, pedida esta última subsidiariamente por el doctor Mesa Prieto para su poderdante señor Cepeda.

El Ministerio fundó su Resolución en las siguientes consideraciones: "Este Despacho ha sostenido reiteradamente que las prestaciones a que se refiere el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, en la forma y términos allí indicados, deben ser reconocidas por la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, entidad a la cual corresponde su reconocimiento y pago, como expresamente lo determina el artículo 18 del mencionado estatuto; y que para ocurrir en demanda de pensión ante este Ministerio según lo previene el artículo 157 de la Ley 167 de 1941, es indispensable cumplir los requisitos del artículo 2º de la Ley 29 de 1905, esto es, haber desempeñado destinos públicos por treinta años y aducir la prueba del sueldo del último empleo que hubiere ejercido, además de los comprobantes que exige el artículo 3º de la misma Ley".

Surtida la tramitación propia de la instancia, se procede a dictar la sentencia que le ponga término a este negocio, y para ello se considera:

Se ha acreditado en el expediente que el señor Froilán Cepeda prestó sus servicios en la Policía Nacional desde el 12 de febrero de 1905 hasta el 26 de febrero de 1916, o sea por un tiempo de 10 años 11 meses y 23 días; que el último sueldo devengado en esta entidad fue de \$ 22.00; que el 23 de septiembre de 1918 entró a desempeñar el cargo de Guardián de la Penitenciaría Central de Bogotá, en el que prestó sus servicios hasta el 26 de abril de 1934, o sea por un tiempo de 15 años 7 meses y 3 días, y que el último sueldo por él devengado fue de \$ 34.00 mensuales.

Se ha traído también al expediente copia de la partida de bautizo, expedida por el Cura párroco de Cuítiva, por la que consta que el señor Froilán Cepeda nació el 6 de abril de 1872; de modo que tiene más de 74 años de edad; certificaciones del Contralor General de la República y del Jefe del Departamento de Presupuesto y Contabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las que consta que el señor Cepeda no es deudor moroso del Fisco, ni ha recibido pensión ni recompensa alguna del mismo, y dos certificaciones de los doctores Luis E. Borda y Luis Fernando García, quienes con fecha 13 de marzo de 1946 manifiestan que el señor Froilán Cepeda se encuentra incapacitado para cualquier oficio.

Con base en la anterior documentación y apoyado en el aparte c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y en el artículo 2º de la Ley 29 de 1905, el doctor Mesa Prieto solicita para su poderdante una pensión de invalidez y subsidiariamente una pensión de jubilación vitalicia.

El Consejo habrá, pues, de estudiar por separado cada uno de estos casos:

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 reza en lo pertinente:

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

“.....

“(c) Pensión de invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta pesos (\$ 50.00) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200.00). La pensión de invalidez excluye la cesantía y la pensión de jubilación”.

Para el Consejo es claro que la pensión de invalidez a que tienen derecho los empleados y obreros nacionales, es necesario reconocerla cuando se compruebe en debida forma que la invalidez fue adquirida en el servicio, pero ocurre en el caso de autos que el señor Froilán Cepeda se retiró en el año de 1934 del cargo de Guardián, sin que aparezca en ninguna parte la comprobación de que su retiro obedeció a invalidez para cualquier clase de trabajo, y no se pueden aceptar las certificaciones de los facultativos doctores Borda y García, pues que las dieron en marzo de 1946, es decir, doce años después del retiro del empleado, y dicha invalidez pudo haberle sobrevenido durante este tiempo, o sea cuando ya él no era empleado al servicio del Estado.

No habrá, pues, el Consejo de reconocer la pensión de invalidez solicitada.

La Ley 29 de 1905 reconoce a los empleados civiles que hayan prestado sus servicios en destinos públicos por espacio de treinta años, el derecho a una pensión de jubilación equivalente a la mitad del último sueldo devengado, siempre que hayan cumplido la edad de sesenta años.

No cabe duda de que el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 modificó la Ley 29 de 1905, y así sólo se requieren 20 años de servicios, 50 años de edad y la cuantía de la pensión será igual a las dos terceras partes del promedio de los sueldos devengados.

El señor Froilán Cepeda ha comprobado que tiene más de 50 años de edad, que trabajó durante 26 años 8 meses y 25 días, al servicio de la Nación, tiempo que se distribuye así: 15 años 7 meses y 2 días, como empleado de la Penitenciaría Central de Bogotá, y 10 años 11 meses y 23 días en la Policía Nacional, y que los últimos sueldos por él devengados fueron de \$ 34.00 y \$ 22.00, respectivamente.

Es evidente que el señor Froilán Cepeda tiene derecho a que se le reconozca una pensión mensual de jubilación vitalicia, ya que por otra parte ha comprobado que es persona pobre, que no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional, ni es deudor moroso del mismo.

La pensión habrá de serle reconocida en cuantía de las dos terceras partes del promedio de los sueldos por él devengados y le será pagadera por el Tesoro Nacional, ya que si bien la Policía Nacional tiene una Caja que responde por las prestaciones sociales de los miembros de esta entidad, cuando el señor Cepeda prestó sus servicios en la Policía tal Caja no existía, y la pensión habrá de serle pagada a partir del 27 de julio de 1946, fecha de la resolución que le negó tal reconocimiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, revoca la Resolución número 868 de 27 de julio de 1946, dictada por el Ministerio de Gobierno, para reconocer, como en efecto reconoce, al señor Froilán Cepeda el derecho

de gozar de una pensión mensual de jubilación vitalicia, equivalente a las dos terceras partes del promedio de los sueldos por él devengados, pagadera por el Tesoro Nacional, a partir de la fecha de la Resolución que se revoca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Se habilitará el papel común

Carlos Rivadeneira. — Guillermo Neira Mateus. — Gustavo A. Valbuena. — Jorge Lamus Girón. — Guillermo Hernández Rodríguez. — Gabriel Carreño Mallarino. — Con salvamento de voto, Gonzalo Gaitán. — Luis E. García V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL CONSEJERO DOCTOR GONZALO GAITAN

Salvo mi voto respecto de la sentencia anterior por las muy breves consideraciones que siguen:

La sentencia reconoce una pensión mensual vitalicia a favor del señor Froilán Cepeda, en conformidad con lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, y por cuanto dicho señor sirvió al Estado en las dependencias de la Policía Nacional por más de 20 años y en atención a que tiene más de 50 años de edad.

Ciertamente el señor Cepeda reúne hoy las exigencias de la Ley 6ª de 1945 para tener derecho a la pensión, y sería el caso de decretársela si cuando entró en vigencia dicha ley tuviera el carácter de empleado. Pero ocurre que el señor Cepeda dejó de ser empleado en el año de 1934, cuando regía la Ley 29 de 1905, la cual exigía para tener derecho a pensión 30 años de servicio y 60 de edad. El señor Cepeda no completó 30 años de servicio. Quiere decir, que en su cabeza no se había fijado el derecho a la pensión cuando se rompió el vínculo que lo ligaba con la Nación. Una ley posterior sólo lo podría favorecer en el caso de que expresamente el legislador les hubiera dado efecto retroactivo a sus mandatos. Pero la Ley 6ª de 1945 sólo permite la revisión de las pensiones decretadas para acomodarlas a las nuevas cuantías, es decir, supone que existió el derecho y solamente se modifica la extensión pecuniaria de él. Pero el señor Cepeda, se repite, cuando se retiró de su empleo no tenía ningún derecho a pensión, y hoy tampoco lo tiene porque la Ley 6ª de 1945 no se lo ha otorgado. El legislador es dueño del futuro, ha dicho algún tratadista; sólo por excepción puede legislar para el pasado. Vale decir, que la retroactividad de las leyes es la excepción, y las excepciones son de estricta interpretación. Por estas razones estimo que el Consejo ha debido confirmar lo resuelto por el Gobierno en la Resolución apelada.

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

Bogotá, octubre, 16 de 1946.

DECRETOS DEL GOBIERNO

(Consejero ponente, doctor Guillermo Neira Mateus)

Bogotá, 18 de octubre de 1946.

El doctor Néstor Pineda, en libelo presentado el 29 de mayo de 1946, pidió al Consejo la nulidad del inciso a) y el párrafo del artículo 2º del Decreto 2812 de 17 de noviembre de 1945.

Las disposiciones demandadas son del tenor siguiente:

“Artículo 2º—No son afiliados forzosos a la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, además de los enumerados en los apartes a) y b) del artículo 4º del Decreto número 1600 del presente año, los siguientes:

“a) Por razón de la naturaleza eminentemente transitoria de sus cargos, el Presidente de la República y los Ministros del Despacho Ejecutivo;

“Párrafo.—Los empleados y obreros que, hallándose en alguno de los casos contemplados en el presente artículo, vengán cotizando a la Caja en la forma prevista por el Decreto número 1600 de 1945, o se hayan separado del servicio con posterioridad al 19 de febrero del presente año, y después de un trienio completo de labores, o hayan sufrido, con posterioridad a la misma fecha, un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, tendrán derecho, sin embargo, a acogerse integralmente a las normas del citado Decreto 1600 de 1945, siempre que manifiesten su voluntad de hacerlo a la Junta Directiva de la Caja, a más tardar el 31 de marzo de 1946, y no hayan retirado antes las cuotas retenidas”.

El demandante concretó sus peticiones en la siguiente forma:

“1º—La disposición contenida en la letra a), pero sólo en cuanto excluye como afiliados de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales a los Ministros del Despacho Ejecutivo y consecuentemente los priva de las prestaciones sociales reconocidas en la Ley 6ª de 1945, fundándose equivocadamente en que esos cargos “son de naturaleza eminentemente transitoria”.

“2º—El párrafo del mismo artículo 2º, en lo relativo al auxilio de cesantía a que, conforme a la Ley 6ª de 1945, tienen derecho los empleados y obreros nacionales que se hayan separado del servicio con posterioridad al 19 de febrero de 1945 y después de un trienio completo de labores en la parte en que dicho párrafo dice: “... Siempre que manifiesten su voluntad de hacerlo a la Junta Directiva de la Caja, a más tardar el 31 de marzo de 1946 y no hayan retirado antes las cuotas retenidas”.

El doctor Pineda considera que las disposiciones atrás transcritas violan el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, ya que todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, y que hayan estado al servicio de la Nación al momento de iniciarse la vigencia de la ley, o que ingresen con posterioridad a dicho servicio, tienen derecho a las prestaciones sociales de que habla dicho artículo; además de las prestaciones señaladas por el artículo antes citado, la cesantía se rige también por el artículo 12 de la misma ley 6ª en cuanto cada tres años de trabajo continuo o discontinuo el trabajador adquiere el auxilio de cesantía correspondiente a este período, cesantía que no puede someterse a requisitos, exigencias y condiciones no previstas por la ley.

Sostiene también el demandante que con las citadas disposiciones se violaron claras normas constitucionales y legales, en cuanto el Gobierno extralimitó la potestad reglamentaria de que está investido y dictó dispo-

siciones que no atañen propiamente a la cumplida ejecución de la ley reglamentada, sino que contienen normas nuevas que restringen el alcance de la ley 6ª y exigen formalidades distintas de las prescritas en ella.

Hablando de los límites a que se extiende la potestad reglamentaria dice el Profesor León Duguit:

“Es evidente que existe una necesidad práctica de que el Presidente tenga este poder reglamentario; la ley no puede descender a ciertos detalles de simple aplicación, que no tienen lugar adecuado en la ley misma, 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. Pero la potestad reglamentaria del Jefe de Estado, en esta hipótesis, es limitada. No puede por de pronto establecer, evidentemente, ni una pena ni un impuesto que no estén previstos en la ley. No puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera; no sólo la ley que completa, sino cualquiera otra ley, toda vez que una disposición de una ley formal no puede ser modificada sino por una ley formal, y el reglamento, aun cuando es un acto legislativo material, es también, desde el punto de vista formal, un acto en forma de decreto. El reglamento, además, completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él completa. Se halla, pues, en rigor, contenido en la ley a que se refiere. Desarrolla los principios formulados por la ley, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto por lo que se refiere a las personas como a las cosas. Si, por ejemplo, la ley establece ciertas formalidades exigibles para la validez de un acto, el reglamento determinará la manera según la cual estas formalidades habrán de cumplirse, pero no puede exigir formalidades nuevas. Si la ley exige ciertas condiciones de capacidad, el reglamento podrá precisar estas condiciones, pero no alterarlas, haciéndolas más o menos severas”. (Anales del Consejo de Estado, números 275 a 277, página 17).

El doctor Pineda pidió también la suspensión provisional de las disposiciones por él señaladas como violadoras de la Constitución y de la ley, y el Consejo en auto de fecha 27 de junio del corriente año las suspendió, dando como razones las que en seguida se transcriben y que el Consejo ahora acoge en forma definitiva:

“El artículo 2º del Decreto número 1600 citado dispone que son afiliados forzosos de la Caja los empleados y obreros de carácter permanente, al servicio de la Nación, en cualquiera de los ramos del Poder Público, cuyos sueldos, salarios o emolumentos se paguen exclusivamente con cargo al Tesoro Nacional y que reúnan las condiciones de pertenecer actualmente al servicio público nacional, o haber pertenecido a él hasta el 19 de febrero de 1945, inclusive, cuando menos, o ingresar a él con posterioridad a la expedición del mismo Decreto, y no estar afiliados a otra institución oficial de previsión social, creada y reconocida por leyes, decretos o resoluciones anteriores de carácter nacional, ni estar exceptuados de la afiliación forzosa por este mismo Decreto.

“Entre los empleados y obreros que carecen de alguno de los requisitos para ser afiliados forzosos, el artículo 4º del propio Decreto 1600 enumera los empleados y obreros nacionales que tengan el carácter de transitorios o eventuales, citando como ejemplos los supernumerarios o contratistas de servicio por lapsos inferiores a tres meses, los obreros

accidentales para casos de emergencia, los empleados y obreros de los Ferrocarriles Nacionales y de otras instituciones semioficiales, etc.

"El doctor Pineda considera que el Presidente de la República y los Ministros del Despacho no se encuentran incluidos dentro de estas excepciones, porque lejos de ser cierto que sus cargos sean transitorios o eventuales, son de creación constitucional y por tanto de carácter permanente, carácter que no pierden por el hecho de que el Presidente de la República tenga un período de cuatro años señalado por la Constitución, o que el Presidente pueda nombrar y remover libremente sus Ministros.

"El Consejo encuentra fundadas las razones expuestas por el demandante para decretar la suspensión provisional del aparte a) que se deja transcrito, pues no hay duda que este aparte contraría la letra y el espíritu de los artículos 2º y 4º del Decreto 1600, expedido por el Presidente de la República en uso de las autorizaciones especiales que le fueron conferidas por el artículo 18 de la Ley 6ª de 1945".

En cuanto a la parte final del párrafo del artículo 2º del Decreto 2812 de 1945, dijo el Consejo:

"En efecto, dispone dicho párrafo que los empleados y obreros que hallándose en algunos de los casos contemplados en el mismo artículo, vengan cotizando a la Caja en la forma prevista por el Decreto 1600 de 1945, o se hayan separado del servicio con posterioridad al 19 de febrero del mismo año, y después de un trienio completo de labores, o hayan sufrido, con posterioridad a la misma fecha, un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, tendrán derecho, sin embargo, a acogerse íntegramente a las normas del citado Decreto 1600, siempre que manifiesten su voluntad de hacerlo a la Junta Directiva de la Caja, a más tardar el 31 de marzo de 1946 y no hayan retirado antes las cuotas retenidas.

"La parte subrayada es la que el doctor Pineda pide que se anule y se suspenda provisionalmente, en el concepto de que el auxilio de cesantía concedido por la ley y reconocido por el párrafo 4º del artículo 3º del Decreto 1600, entró al patrimonio de los empleados y obreros nacionales cuando éstos se retiraron del servicio público con posterioridad a la vigencia de la Ley 6ª de 1945, la cual en su artículo 6º estatuye que cada tres años de trabajo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período; y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido, disposición que el demandante considera aplicable a los empleados oficiales.

"También arguye el demandante que el aparte final del párrafo materia de la acusación no sólo viola los derechos adquiridos de los empleados, sino que excede la potestad reglamentaria de un decreto al cual él le concede fuerza de ley.

"El Consejo no sólo por las razones expuestas habrá de suspender la parte subrayada de la disposición referida, sino porque violaría los derechos de los empleados al privarlos de una prestación reconocida por las disposiciones vigentes en el caso de que no manifiesten su voluntad

En el auto de suspensión provisional se suspendió en su totalidad el aparte a) del tantas veces citado artículo 2º del Decreto 2812, pero ahora se observa que el demandante sólo pidió la nulidad de dicho aparte en lo que respecta a los Ministros del Despacho Ejecutivo, y sólo en esta parte habrá de ser anulado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, declara nulos el aparte a) del artículo 2º del Decreto 2812 de 1942, pero sólo en cuanto se refiere a los Ministros del Despacho Ejecutivo; y el parágrafo del mismo artículo en su parte final que dice: "Siempre que manifiesten su voluntad de hacerlo a la Junta Directiva de la Caja, a más tardar el 31 de marzo de 1946, y no hayan retirado las cuotas retenidas".

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Carlos Rivadeneira G. — Guillermo Neira Mateus. — Gonzalo Gaitán. — Jorge Lamus Girón. — Guillermo Hernández Rodríguez. — Gabriel Carreño Mallarino. — Gustavo A. Valbuena. — Luis E. García, Secretario.

PROPOSICIÓN

República de Colombia. — Consejo de Estado. — Secretaría. — Número 15486. — Bogotá, octubre 5 de 1946.

Señor doctor Guillermo Neira Matéus. — La ciudad.

Tengo el gusto de transcribir a usted la proposición que la Sala Plena, en sesión de ayer, aprobó por unanimidad:

“El Consejo de Estado acepta la renuncia irrevocable que del cargo de Magistrado Principal del Tribunal Administrativo de Cundinamarca presenta el señor doctor Guillermo Neira Matéus; reconoce los servicios valiosísimos prestados en su ya larga carrera judicial, especialmente en la jurisdicción contencioso-administrativa, y recomienda sus actuaciones como ejemplo de rectitud y competencia”.

Con sentimientos de distinguida consideración y aprecio me suscribo como su servidor muy atento,

Luis E. García V.,

Secretario del Consejo de Estado.

Hay un sello que dice: República de Colombia—Consejo de Estado. Secretaría.

AUTORIDADES NACIONALES

Consejo de Estado. — Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y siete.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

Por medio de las Resoluciones Nos. 72 de 16 de abril de 1946 y 104 de 27 de junio subsiguiente, debidamente aprobadas por la Contraloría General de la República, la Junta de Previsión Social de esta entidad, negó al señor Emilio Valencia, el auxilio de cesantía pedido por éste como empleado que fue de la expresada Contraloría, durante once meses, seis días, en la Auditoría Fiscal de Radiocomunicaciones.

Tales resoluciones dieron lugar a que el doctor Genaro Otero B., con poder de Valencia, ocurriera ante esta Corporación solicitando:

“1º—Que se revisen dichas resoluciones y se las declare nulas en todas sus partes;

“2º—Que se condene a la Junta de Previsión Social de la Contraloría General de la República, a pagar a mi representado, por la cesantía que se le adeuda, la suma de doscientos setenta pesos (\$ 270.00), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto número 2567 de 1946, del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, que dispone que el auxilio de cesantía de los empleados y obreros de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará teniendo en cuenta el último sueldo devengado; y con el numeral a) del artículo 1º de la Resolución No. 744 de 1946, expedida por la Contraloría General de la República; y

“3º—Que se condene a la Junta de Previsión Social de la Contraloría General de la República, al pago de las costas que ocasione esta demanda, ya que dicha institución no tiene el carácter de nacional, sino de semiprivada, puesto que los fondos se constituyen con los aportes periódicos del personal de la Contraloría General de la República”.

Agotada como está la sustanciación propia de esta clase de juicios, procede fallar y con tal fin se adelantan las siguientes consideraciones:

Fundamenta la Junta antes citada las resoluciones que por la presente se revisan, en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 1º de la Resolución No. 744 de 1946, parágrafo 1º, de la misma Contraloría, cuya aplicación deduce con base en el hecho plenamente acreditado de que los servicios prestados por Valencia alcanzaron tan sólo a once meses, seis días.

Los términos en que están concebidos tales artículos son estos:

“Artículo 17.—Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

“a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942....”.

Artículo 1º—“Desde el 1º de enero de 1946 el Fondo de Seguro y Previsión Social de la Contraloría General de la República atenderá las siguientes prestaciones:

“a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción. Este auxilio se liquidará a partir del 1º de enero de 1942, y no tendrán derecho a él quienes hayan sido retirados por mala conducta comprobada.

“Parágrafo 1º—El auxilio de cesantía se reconocerá aún en los casos de retiro voluntario, pero no tendrán derecho a él quienes hayan perma-

necido en el servicio de la Contraloría menos de un año completo, cualquiera que sea la causa de su retiro....”.

Para el Consejo ninguna de las dos disposiciones sirven para sustentar la tesis acogida por la Junta de Previsión:

No sirve la primera, o sea el artículo 17, por dos razones de excepcional importancia:

1º—Porque las disposiciones de la Ley 6ª de 1945 no son aplicables a los empleados y obreros afiliados a Cajas distintas a la Nacional, como lo es la de la Contraloría, a virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley 6ª, que es de este tenor:

“Las instituciones de previsión social de empleados y obreros oficiales, ya existentes, podrán a su arbitrio, y por decisión de sus organismos directivos, fundirse con la Caja que por la presente ley se crea, **o continuar como entidades independientes, en cuyo caso los empleados u obreros afiliados a ellas no gozarán sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas asociaciones o corporaciones**”; y

2ª—Porque por virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la misma ley 6ª, en lo relativo a prestaciones sociales prefieren las disposiciones más favorables, aun cuando sean de leyes anteriores:

“Las disposiciones de esta sección y de la sección segunda, en cuanto sean más favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualesquiera otras que regulen la materia a que ellas se refieren; a su turno estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueren más favorables a los trabajadores”.

No es aplicable el párrafo del referido artículo 1º, por decir relación únicamente a los casos de retiro voluntario. Caso en que no se encuentra Valencia que fue retirado del puesto por virtud de la Contraloría y no por propia voluntad.

Para el Consejo, es aplicable, a este pleito el ordinal a) del mismo artículo 1º que reconoce a favor de los empleados retirados por causa distinta de la mala conducta comprobada, un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción de año, al decir como dice:

“a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año de **servicio o fracción....**”.

La interpretación que la Junta de Previsión da al Párrafo 1º referido, pone en contradicción tal párrafo con lo dispuesto en el ordinal a) primer inciso y es, por consiguiente, inaceptable.

Acorde con lo dispuesto en el referido inciso a) están los artículos 11 del Decreto 1600 de 1945, numeral c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y hoy el artículo 1º del Decreto 2576 de 1946, que es de este tenor:

“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, **o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses....**”.

Sirve lo dicho para concluir que las dos primeras peticiones de la demanda deben ser falladas de conformidad. No así la última, o sea la re-

lativa a costas, por no estarse en presencia de un caso en que esta condena-
ción pueda hacerse de acuerdo con las leyes vigentes al respecto.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado oído el parecer fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulas las Resoluciones Nos. 72 de 16 de abril de 1946 y 104 de 27 de junio del mismo año, que por la presente se revisan y ordena que por la Junta de Previsión Social de la Contraloría General de la República se pague al señor Emilio Valencia, como auxilio de cesantía, la suma o cantidad de doscientos setenta pesos (\$ 270.00) m/l., dentro de los seis (6) días siguientes a la notificación de este fallo.

Niégrese las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y comuníquese a la Contraloría General de la República y archívese el expediente.

— Guillermo Hernández Rodríguez. — Carlos Rivadeneira G. — Jorge Lamus Girón. — Gonzalo Gaitán. — Pedro Gómez Parra. — Jesús Estrada Monsalve. — Gustavo A. Valbuena. — Luis E. García V., Secretario.



RESOLUCIONES MINISTERIALES

Consejo de Estado. — Bogotá, diez y siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

Por escrito de 18 de septiembre de 1945 el doctor Helí Rodríguez, abogado titulado e inscrito, en su propio nombre, como cesionario del doctor Arcadio Dulcey, solicitó del Consejo estas declaraciones:

“a) Que es nula la Resolución número 77, fechada el 28 de febrero de 1945, que en copia auténtica presento, por medio de la cual el Ministerio de Minas y Petróleos declaró que “lo denunciado en estas diligencias por el doctor Arcadio Dulcey no constituye un bien oculto del Estado”;

“b) Que, en consecuencia, es bien oculto lo denunciado, esto es, “el impuesto sobre el patrimonio que el Banco ed la República ha dejado de denunciar y pagar y el Gobierno de liquidarle y cobrarle a esa entidad, correspondiente a los años de 1936, 1937, 1938, 1939, 1940, 1941 y 1942, más los recargos ha que haya lugar por falta de declaración de dicho patrimonio, según los artículos 9º y 20 de la Ley 78 de 1935 y sus concordantes, y los intereses devengados por ese impuesto insoluto;

“c) Que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales debe rehacer las liquidaciones correspondientes al impuesto sobre el patrimonio del Banco en los años citados e imponer allí las sanciones legales a la entidad mencionada en vista de que esos años no presentó las declaraciones de patrimonio que la ley manda, comprendiendo la renta y el exceso de utilidades, y ordene el cobro de lo que resulte de las liquidaciones y de las sanciones”.

Son hechos fundamentales de esta demanda, según el mismo libelo, los siguientes:

“1º—En los años que cité en el punto b) de las peticiones que aquí hago, el Banco de la República no hizo la declaración de patrimonio, renta y exceso de utilidades en la forma que la ley prescribe, sino que se limitó, con violación del artículo 9º de la Ley 78 de 1935, a presentar como tal declaración los meros balances, acompañándolos de anexos y documentos explicativos, como inventarios y cuentas de pérdidas y ganancias;

“2º—La Administración de Hacienda de Cundinamarca le admitió al Banco esos balances como declaración, y con los datos de ellos procedió a hacer las liquidaciones, sin que, como es natural dada la finalidad y naturaleza de esos documentos, apareciera la indicación concreta del patrimonio del contribuyente y declarando exentas inversiones que no lo están por la ley o que el Banco no tenía;

“3º—Además, la Administración de Hacienda no computó como patrimonio gravable en 31 de diciembre de cada uno de esos años, las reservas, ni las utilidades que el Banco tenía en su poder, sin pagarlas a los socios;

“4º—En vista de que los balances no son admisibles como declaración de renta, patrimonio y exceso de utilidades y de que, por admitirlos, ese contribuyente no denunció patrimonio y la Administración de Hacienda no le liquidó el impuesto respectivo, el doctor Arcadio Dulcey propuso al Ministerio de Minas y Petróleos la celebración de un contrato para denunciar tal impuesto como bien oculto de la Nación, el que se firmó el 23 de septiembre de 1943;

“5º—El bien oculto denunciado por el doctor Dulcey en su exposición del 14 de diciembre de 1943, comprendió los recargos provenientes de la falta de declaración, ya que los balances no son admisibles como declaración, por mandato legal;

"6º—Cumplidas las diligencias que la ley prescribe en el denuncia de un bien oculto, el Ministerio de Minas y Petróleos dictó la Resolución que demandó por nula, oportunamente pedí reposición de ella, recurso que se me negó en la marcada con el número 132, fechada el 17 de abril de 1945, que en copia auténtica acompaño, y con la cual terminó el procedimiento gubernativo, como es necesario para pasar al jurisdiccional".

Como disposiciones violadas por los actos acusados cita el actor los artículos 9º, 17 y 18 de la Ley 78 de 1935, violación que deduce de los hechos antes apuntados, o sea, de no haber presentado el Banco, en los formularios respectivos y con expresión precisa de su patrimonio, sus declaraciones de renta, así como, también, de no haberse computado como patrimonio gravable en cada uno de los años referidos, las reservas y las utilidades que el Banco tenía en su poder, sin pagarlas a los socios respectivos.

Sustanciado el juicio, como lo fue, en legal y debida forma, es el caso de fallar y con ese fin se adelantan las siguientes consideraciones, en relación con los puntos controvertidos, entre los cuales figura en primer término, como cardinal, el de saber si el empleo de formularios, es condición sin la cual no puede aceptarse una declaración de renta, ni tenerse, en ninguna época, por bien hecha, ya que en autos aparece plenamente acreditado que los denuncios se hicieron sin el lleno de esta formalidad, y ya que, por otra parte, el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, en su ordinal 1º dice que con excepción del caso en que no se hubiera hecho declaración, después del 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente al en que se hagan los denuncios, no se pueden revisar las liquidaciones, ni hacer cambio alguno en los impuestos; disposición que sirvió al Consejo para sostener, como sostuvo en sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, entre otras, que en el evento allí contemplado, es decir, cuando ha habido declaración, no cabe, después del 1º de septiembre cambio alguno en los impuestos, ni, por consiguiente, denuncia, como bien oculto, de lo que hubiera dejado de declararse y por tal concepto de liquidarse y pagarse.

Así lo acepta el demandante, en oposición, a lo afirmado por su cede en el escrito de denuncia, desde luego que en la demanda que dio lugar a este juicio después de hacer hincapié en la falta de formularios y de sostener en contra de lo que aparece acreditado, que como denuncia sólo se presentaron unos balances, inaceptables como declaración desde todo punto de vista, consigna estos conceptos:

"Demostrado el hecho de que el Banco apenas presentó como declaración unos balances, afirmo que el punto principal y fundamental de la decisión que haya de darse a este asunto consiste en saber si los balances pueden aceptarse como declaración, porque si se admite esta tesis, lo demás relativo a la mala liquidación, a los recargos como sanción por no haberse declarado no tiene objeto, ya que el inciso del ordinal 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931 dice que "con excepción del caso de los contribuyentes mencionados en el numeral 2º de este artículo (los que hayan hecho declaración) no se hará cambio alguno por dicho Director General en la renta tasable o en el impuesto de cualquier contribuyente después del 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquél en que se hizo la declaración".

Es decir si el balance es declaración, al Banco no se le puede cambiar la renta tasable, ni rectificar el impuesto de patrimonio, ni imponer las sanciones, por haberse pasado para todos los años del denuncia la fecha indicada del 1º de septiembre siguiente. Que si lo es, (sic) hay que apli-

car las sanciones y rehacer las liquidaciones en cualquier tiempo y, como consecuencia que no es necesario ordenar en el fallo, que en ellas se suman al activo o se restan del mismo estas o aquellas partidas, se exoneren estos o aquellos documentos de inversión, puntos que contienen errores que naturalmente se analizaron en el denuncia de bien oculto, para hacer ver como se ha evadido el impuesto que el Banco tiene que pagar, a través de una serie de complacencias y de equivocaciones....”.

Formularios y Balances

Dicen al respecto los artículos 9º de la Ley 78 de 1935, 1º y 3º del Decreto 818 de 1936:

Artículo 9º—El artículo 11 de la Ley 81 de 1931, quedará así:

“1º.—Todo individuo sujeto a esta ley, que reciba una renta bruta de seiscientos pesos o más durante el año gravable; toda sociedad anónima o encomandita por acciones, y todo agente o representante de una sociedad anónima o encomandita por acciones, extranjera, que no tenga oficina o sitio de negocios en el país, todo depositario, liquidador de quiebras, o agente que esté administrando un negocio; y todo fideicomisario, albacea o representante de una sucesión, y cualesquiera otras personas sujetas a esta ley, presentarán, durante los meses de enero y febrero de cada año, un informe que indique la renta bruta durante el año gravable anterior y las deducciones y exenciones permitidas por esta ley, y cualquier otra información necesaria para la determinación de la renta líquida gravable, en la forma en que el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales lo requiera. Estos informes serán presentados bajo juramento en los formularios prescritos por el Jefe de Rentas Nacionales, y por triplicado, al respectivo Recaudador de Rentas Nacionales, quien ayudará al declarante que lo solicite en la elaboración del informe. El hecho de no recibir los formularios de que trata esta disposición no exonera a ningún contribuyente de la obligación de rendir el informe exigido por esta ley. Un ejemplar de cada uno de los informes presentados será enviado inmediatamente al Administrador de Hacienda Nacional del respectivo Departamento, otro al Jefe de Rentas Nacionales, y otro para el archivo de la Recaudación. Dicho informe será presentado, cuando se trate de personas naturales, en el Municipio de su vecindad, y cuando se trate de personas jurídicas, en donde tenga el asiento principal de sus negocios. El asiento principal de los negocios de una persona jurídica lo determinará la naturaleza del negocio.

“2º.—Toda sociedad colectiva y encomandita simple, rendirá bajo juramento un informe anual al Administrador de Hacienda Nacional del Departamento en que tenga el asiento principal de sus negocios. Este informe contendrá la renta bruta de la sociedad durante el año gravable y las deducciones permitidas por el artículo 2º; y expresará los nombres y las direcciones de los individuos que participan de la renta líquida de la sociedad en el año gravable y la cuantía de la participación de cada uno.

“El informe anual o declaración de renta que de acuerdo con este artículo está obligada a presentar toda persona natural o jurídica sujeta al impuesto, no podrá suplirse con la sola presentación de los balances del contribuyente. Tales balances deberán acompañarse a la declaración, y en todo caso, deberá adjuntarse a ellos un detalle del movimiento de la cuenta de reservas, de las pérdidas y ganancias y de los gastos generales. Esto sin perjuicio de las demás informaciones que el respectivo Administrador de Hacienda crea conveniente solicitar....”.

“Artículo 1º—Toda persona natural o jurídica que obtenga al año una renta bruta de \$ 600.00 o más, o que en 31 de diciembre del año gravable haya poseído derechos apreciables en dinero que pasen de \$ 10.000.00, o ambas cosas a la vez, está obligada a presentar, por sí o por medio de apoderado legalmente constituido durante los meses de enero y febrero de cada año, un informe que indique la renta bruta durante el año gravable anterior, las deducciones y exenciones permitidas por la ley, el conjunto de derechos o haberes apreciables en dinero, y cualquiera otra información necesaria para la determinación de la renta líquida y del patrimonio gravable, sin que le sirva de excusa el que pueda tener derecho a deducciones o exenciones que alcancen a igualar o sobrepasar la totalidad de la renta bruta, o deudas que igualen o sobrepasen el activo del contribuyente.

“El activo patrimonial o los derechos apreciables en dinero, menores de \$ 10.000.00 y poseídos en la fecha indicada en el inciso anterior, deben denunciarse por los contribuyentes que quieran acogerse a la exención establecida en el artículo 98, numeral 4º de la Ley 63 de 1936”.

Artículo 3º—“Los informes de que trata el artículo anterior, se presentarán bajo juramento y por triplicado ante el Recaudador de Hacienda Nacional del Municipio del domicilio del contribuyente, en los formularios prescritos por el Jefe de Rentas Nacionales, sin que el hecho de no recibir estos últimos, exonere a ningún contribuyente de la obligación de rendirlos”.

Dedúcese de estos preceptos que la obligación por medio de ellos impuesta a las personas naturales y jurídicas, allí expresadas, es la de presentar, en los meses de enero y febrero de cada año, ante las autoridades en ellos mencionadas, un informe detallado acerca de la renta obtenida en el año inmediatamente anterior, informe que debe reunir estos requisitos:

- a) Ser jurado;
- b) Rendirse en los formularios prescritos por el Jefe de Rentas; y
- c) Presentarse por triplicado.

Dados los términos claros y precisos en que están concebidos estos preceptos, es innegable que está en lo cierto el demandante al afirmar, como afirma en varios pasajes del respectivo libelo de demanda, que el informe referido debe ir en los formularios prescritos para ello por el Jefe de Rentas. Al respecto no hay discrepancia alguna de criterio entre el Consejo y el demandante.

Pero en lo que sí no está de acuerdo esta Corporación con el actor, es en las consecuencias que éste asigna a la omisión de ese requisito, o sea al hecho de considerar, el informe así rendido y aceptado por los liquidadores, como no presentado para los efectos del artículo 15 de la Ley 81, mencionada ya, y esto por las siguientes razones:

1º—Porque tal requisito que sólo se exige con el objeto de facilitar la labor del contribuyente y del liquidador, no es substancial o de fondo, sino extrínseco o de forma, cuyo cumplimiento, por ende, no puede exigirse, una vez aceptada la declaración y liquidado el impuesto, máxime, cuando, interviene, como interviene en el caso de autos, el asentimiento de quien tenía facultad de no darle curso a la declaración por tal causa y cuando se interpone, como se interpone aquí, la ejecutoria del respectivo auto de liquidación, ejecutoria que se cumple, tanto en lo judicial, como en lo administrativo, aun cuando en asuntos de impuesto sobre la renta en un término mayor porque en estos procesos, como en aquellos, es necesario que las resoluciones adquieran la estabilidad y firmeza que toda

situación jurídica individual exige. Esta ha sido siempre la doctrina de los tratadistas sobre la materia. Fleiner, en su obra "Instituciones de Derecho Administrativo", dice lo siguiente:

"Los principios **quieta non movere** y de la buena fe, tienen validez también para las autoridades administrativas. Ciertamente constituye una amenaza constante para el particular la posibilidad de que se revoque una disposición que le favorece. Por consiguiente, el legislador tuvo que pensar seriamente en limitar esta facultad de revocar una disposición, teniendo en cuenta aquellos casos en que así lo exija la seguridad jurídica. Así, pues, el legislador ha garantizado sobre todo la inmutabilidad de aquellas disposiciones que originan derechos y deberes y que han podido ser dictadas por la autoridad solamente después de un previo y complicado procedimiento de reclamación o información; pues la misión de semejante expediente estriba, de una parte, en que se examine a fondo cuando afecte el interés público, y de otro, en garantizar al ciudadano la inmutabilidad de la orden que ha seguido este trámite....".

2ª.—Porque a la excepción que expresamente consagra el inciso 1º del artículo 9º, antes citado, con relación a los casos en que no se reciban oportunamente los respectivos formularios hay que agregar necesariamente la relativa a los casos en que tales formularios resulten inadecuados o inservibles al objeto para que fueron destinados, como sucede en el caso de autos, en que no es posible material y físicamente hacer caber las diversas partidas que integran el activo y el pasivo en los pocos renglones destinados para ello, pues nótese que para el detalle de cada uno de estos capítulos se dejan disponibles tan solo máxime seis renglones y que la relación de los negocios del Banco requiere muchos más, como es fácil comprobarlo leyendo los respectivos balances y su explicación o detalle.

En estas condiciones resulta absurdo, por decir lo menos, negar esta excepción, que encuentra apoyo en el inciso 3º del citado artículo que al mismo tiempo que prohíbe presentar como declaración los meros balances, permite aceptarlos cuando van acompañados del movimiento de las cuentas allí expresadas, pues si no fuera tal disposición en la parte que dice: "El informe anual o declaración de renta que de acuerdo con éste artículo está obligada a presentar toda persona natural o jurídica sujeta al impuesto, no podrá suplirse con la sola presentación de los balances del contribuyente. Tales balances deberán acompañarse a la declaración, y en todo caso, deberá adjuntarse a ellos un detalle del movimiento de la cuenta de reservas, de las pérdidas y ganancias y de los gastos generales. Esto sin perjuicio de las demás informaciones que el respectivo Administrador de Hacienda crea conveniente solicitar", carecería de objeto ya que la obligación de exhibir los comprobantes allí referidos se impone a todos los contribuyentes por medio del artículo 12 de la Ley 81, **ordinales 1º y 2º; y**

3ª.—Porque no es lo mismo dejar de declarar, que declarar deficientemente, quien deja de declarar elude el estudio de su situación financiera, quien declara con omisión de requisitos extrínsecos nada oculta desde luego que somete al estudio y análisis de su situación por parte de las autoridades encargadas de fijar los tributos, autoridades que pueden exigirle para definir el impuesto respectivo, hasta la presentación de sus libros. Si éstas, en tales casos, son negligentes en la investigación, es sobre el Estado, no sobre los particulares, sobre quien debe recaer toda la responsabilidad, pues en ningún caso esa falta de diligencia puede crear una situación permanente de inseguridad.

“Si la jurisprudencia moderna, se dice en la citada sentencia de nueve de diciembre de 1941, admite que el Estado debe resarcir los daños causados a particulares por los agentes de aquél, con mayor razón éste debe sufrir las consecuencias de las omisiones en que incurren sus agentes al estimar la renta gravable, ya que para eso el numeral 3º del mismo artículo 15 da al Director de Rentas facultades para exigir informes escritos de los contribuyentes, para requerir la presencia de testigos, recibir declaraciones bajo juramento y examinar los libros y comprobantes, dentro de un término que la ley fija perentoriamente”.

Siendo, pues, distinta, como en realidad lo es, la situación jurídica del que no declara, al que lo hace aun cuando sea deficientemente y no habiendo, como no hay, disposición alguna que asimile los unos a los otros para los efectos legales consiguientes a esas dos situaciones, es indiscutible que el contribuyente que sí declaró, está amparado, a diferencia del que no lo hizo, por el término corto de revisión señalado en el artículo 15 de la ley 81 y, por ende, que en este caso no existe bien oculto que denunciar, porque nada tiene la Nación que hacer valer contra la persona natural o jurídica que así procedió.

Para terminar este punto, bueno es advertir, dadas las afirmaciones que el demandante hace en los apartes de la demanda últimamente transcritos:

1º—Que no es cierto, como allí se afirma, que el Banco hubiera presentado como declaración, en los años a que se refiere la demanda, tan solo los balances consolidados.

En autos obran los expedientes respectivos y en ellos se encuentran, como documentos que integran las respectivas declaraciones, con ligeras variantes, los siguientes:

Balances consolidados en 30 de junio y 31 de diciembre, certificados por la Superintendencia Bancaria;

Balances descompuestos;

Relación de valores diversos;

Movimiento de las cuentas de Reservas Eventuales;

Relación de abonos;

Detalle de bienes raíces;

Relación de muebles y enseres;

Relación de útiles y papelería;

Detalle de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias;

Relación de documentos de inversión del seguro de vida de empleados;

Relación de documentos de inversión del fondo de recompensas y jubilaciones;

Relación de los empleados al servicio del Banco con indicación de su domicilio y el sueldo devengado por cada uno de ellos;

Cuadro comparativo de utilidades y gastos; y

2º—Que lo que la ley prohíbe admitir como declaración es la exhibición de los solos balances, no la de éstos acompañados de los documentos que los justifiquen y que la misma ley expresa, por lo cual los razonamientos del demandante al respecto, son inaceptables.

Errores en las liquidaciones

Pero aún en el supuesto de que el actor tuviere razón en cuanto afirma en relación con los formularios y los balances y de que en la misma situación estuvieran colocados los que no declaran y los que sí lo hacen, tampoco sería el caso de anular las resoluciones demandadas, por no apa-

recer en forma alguna acreditado que el Banco de la República estuviera en la obligación de pagar el impuesto de patrimonio que constituye el bien oculto denunciado y de que éste se le hubiere dejado de cobrar ilegalmente por la Nación.

Para demostrarlo basta tener en cuenta:

a) Que el referido bien oculto lo determina así, el actor:

"El impuesto sobre el patrimonio que el Banco de la República ha dejado de denunciar y pagar y el Gobierno de liquidarle y cobrarle a esa entidad correspondiente a los años de 1936, 1937, 1938, 1939, 1940, 1941 y 1942, más los recargos a que haya lugar por falta de declaración de dicho patrimonio, según los artículos 9º y 20 de la Ley 78 de 1935 y sus concordantes, y los intereses devengados por ese impuesto insoluto";

b) Que la falta de las referidas liquidaciones y pago la deduce el demandante de estos errores en que afirma incidió el liquidador al hacer las operaciones respectivas:

"1º—Prescindir, en las operaciones que la ley manda hacer para hallar el patrimonio gravable, de tomar en cuenta como activo o como pasivo, el renglón formado en el Balance por el "Capital Pagado", "Fondo de Reservas" y "Reservas Eventuales";

"2º—Restar de la diferencia entre el Activo y el Pasivo todo el monto de las inversiones, sin pensar que no todos los documentos de deuda pública están exceptuados del impuesto de patrimonio;

"3º—Restar por segunda vez las acciones del Banco de la República en el Banco Central Hipotecario;

"4º—Aceptar el mero Balance del Banco de la República como la declaración que éste ha debido hacer y tiene que hacer de su renta, exceso de utilidades y patrimonio".

Errores que no resultan ciertos según lo demuestran los documentos que obran en autos, oportunamente tenido en cuenta por el liquidador y de los cuales se deduce:

1º—Que el patrimonio gravable del Banco se buscó teniendo en cuenta, como lo ordena el artículo 21 de la citada ley 78; el activo total del Banco, constituido por todos los bienes apreciables en dinero que éste tenía en 31 de diciembre del año respectivo, entre los cuales están comprendidos, como es natural, el Capital Pagado, el Fondo de Reservas y las Reservas Eventuales, representados en dinero, en bienes raíces, en préstamos, etc., y descontando luego de este activo, así formado, el total de las deudas a favor de terceros o sea el pasivo, y las inversiones exentas de la tasa del patrimonio, conforme a lo estatuido en los artículos que más adelante se citan.

2º—Que al activo denunciado por el Banco, no sumó el liquidador los renglones de Capital Pagado, Fondo de Reserva y Reservas Eventuales que figuran por razones de contabilidad en el pasivo del Balance consolidado, por ser estos renglones, precisamente, los que componen el patrimonio imponible de acuerdo con la ley tributaria y por estar representados en él, como ya se dijo, por dinero, bienes y préstamos, pero que si fueron descontados del pasivo del balance, por no pertenecer a él, para los efectos imposables. Operación ésta que excluye aquélla, so pena de gravarse dos veces los mismos bienes.

3º—Que para efectos de la liquidación no se descontó del activo el valor de todas las inversiones en papeles de crédito, sino tan solo los "Bonos Dinu" y las Cédulas Hipotecarias, papeles exentos de impuesto, éstos, por lo dispuesto en los artículos 1º de la Ley 48 de 1937, 1º y 121 del Decreto 1021 de 1932 y 6º del Decreto Legislativo 945 de 1932, y aque-

llos, por lo estatuido en los artículos 1º y 4º del Decreto-ley 1154 de 1940, concebidos así:

"Artículo 1º—El ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, quedará así:

"4º—Las exenciones de impuestos otorgadas a los bonos de la Defensa Nacional, a los bonos de deuda interna de interés no mayor del 7 por 100, y a las cédulas de los Bancos Agrícola Hipotecario y Central Hipotecario, se cumplirán en armonía con las disposiciones legales y los contratos que autorizaron su emisión".

"Artículo 1º—Apruébase el siguiente contrato:

"Artículo 121.—Todas las cédulas que emita el Banco y sus intereses, de acuerdo con el contrato celebrado con el Gobierno, estarán exentos de todo impuesto presente y futuro, con excepción del actual impuesto sobre la renta. En consecuencia, ellas no podrán ser gravadas en ninguna forma por el Gobierno Nacional ni por los Gobiernos Departamentales o Municipales".

"Artículo 6º—Las cédulas hipotecarias y los títulos de acciones al portador que emita el Banco tendrán validez en juicio aunque no se extiendan en papel sellado, y su capital e intereses estarán libres de todo impuesto presente y futuro distinto del de la renta que rige actualmente".

"Artículo 1º—Procédase a realizar las operaciones conducentes a la conversión, transformación o amortización de las deudas internas a cargo del Tesoro Nacional, o de parte de ellas, mediante la emisión de documentos de crédito o bonos redimibles a no más de 30 años y de un interés máximo del 6 por ciento anual".

"Artículo 4º—Los nuevos bonos de deuda interna nacional que se emitan de conformidad con el presente decreto, estarán exentos del pago de todo impuesto nacional, departamental y municipal, con excepción del de la renta, el cual se cobrará a la tarifa señalada por la Ley 81 de 1931, tal como se aplica a los bonos nacionales actualmente en circulación".

Respecto de estos artículos y para refutar los argumentos en contrario, dice el Ministerio de Minas, en Resolución de 28 de febrero de 1945, lo que en seguida transcribe el Consejo, para fundamentar debidamente este fallo, por encontrarlo ajustado en un todo a derecho:

"En cuanto a los Bonos Dinu, la Jefatura se apoya en lo dispuesto por el artículo 4º del decreto legislativo número 1154 de 1940, para considerarlos exentos del impuesto de patrimonio. Tal precepto dice así:

"Los nuevos bonos de deuda interna nacional que se emitan de conformidad con el presente decreto, estarán exentos de todo impuesto nacional, departamental y municipal, con excepción del de la renta, el cual se cobrará a la tarifa señalada por la Ley 81 de 1931, tal como se aplica a los bonos nacionales actualmente en circulación".

"Y puesto que a los bonos nacionales que se hallaban en circulación en la fecha del nombrado decreto no se les liquidaba y cobraba el impuesto de patrimonio, la Jefatura ha creído que a los Dinu tampoco debía cobrarlos pues no otra cosa quiere decir la frase comparativa que emplea el mencionado artículo: "tal como se aplica a los bonos nacionales actualmente en circulación".

"Contra esta interpretación arguye el denunciante que si dichos bonos pagan el impuesto sobre la renta, necesariamente deben pagar el de patrimonio puesto que éste es sólo una modalidad del primero que es único aunque tiene tres bases para su imposición que son la renta propiamente dicha, el patrimonio y el exceso de utilidades.

"Para este Ministerio, es acertada la interpretación que hace la Jefatura, pues si el Decreto Legislativo en el artículo 4º arriba citado dice expresamente que el impuesto sobre la renta que grava los "Bonos Dinu se cobrará a la tarifa de la Ley 81 de 1931" está diciendo que, dado que tal tarifa es única, es decir, no está recargada según que la renta provenga o no de capital, o que produzca o no determinado porcentaje de utilidades, así debe aplicarse, esto es sin los recargos dichos. Luego siendo clara y explícita la ley, no puede el intérprete aplicarla en forma distinta. Debe aplicar la tarifa señalada que, se repite, no está recargada con las de patrimonio, y exceso de utilidades, y, además, contempla una progresión más moderada. Luego el liquidador del impuesto no ha incurrido en error al deducir las inversiones en Bonos Dinu, del patrimonio del Banco, para hallar el gravable.

"Ahora, con relación a las Cédulas del Banco Central Hipotecario, la exención se apoya en el artículo 1º de la Ley 48 de 1935, que dice:

"El ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, quedará así: "4º—Las exenciones de impuestos otorgadas a los bonos de la defensa nacional, a los bonos de deuda interna de interés no mayor del 7 por ciento, y a las Cédulas del Banco Agrícola Hipotecario y Central Hipotecario, se cumplirán en armonía con las disposiciones legales, y los contratos que autorizaron su emisión".

"Se remite el legislador a lo que sobre este particular se haya dispuesto en leyes especiales y en los contratos respectivos.

"El Decreto 1021 de 1932, por medio del cual se aprobó el contrato celebrado entre el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Comité nombrado para la elaboración de los estatutos del Banco Central Hipotecario reproduce la cláusula siguiente aquel contrato:

"Artículo 121.—Todas las cédulas que emita el Banco y sus intereses, de acuerdo con el contrato celebrado con el Gobierno, estarán exentos de todo impuesto presente y futuro, con excepción del actual impuesto sobre la renta. En consecuencia, ellas no podrán ser gravadas en ninguna forma por el Gobierno nacional, ni por los Gobiernos Departamentales o Municipales".

Y el artículo 6º del Decreto Legislativo número 945 de 1932, que demandado ante la Corte Suprema fue declarado exequible, dijo lo siguiente:

"Las cédulas hipotecarias y los títulos de acciones al portador que emita el Banco, tendrán validez en juicio aunque no se extiendan en papel sellado, y su capital e intereses estarán libres de todo impuesto presente y futuro distinto del de la renta que rige actualmente".

"De modo que no solamente por virtud de la disposición general que acaba de transcribirse sino por cláusula contractual, pactada dentro de las disposiciones legales, las Cédulas del Banco Central Hipotecario y sus respectivos intereses están exentos de todo impuesto nacional, departamental y municipal, excepción hecha del actual impuesto sobre la renta; es decir, del impuesto sobre la renta vigente al tiempo de la exención, que lo era el consagrado en la Ley 81 de 1931, cuya tarifa opera exclusivamente sobre la base de la renta líquida del contribuyente.

"No puede este despacho aceptar la analogía que en este particular plantea el denunciante entre la exención a los Bonos Dinu y a las Cédulas del Banco Central Hipotecario y la pactada en los contratos con las **Compañías Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company**, acerca de la cual se pronunció nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencias harto conocidas, porque no hay paridad entre los términos de la analogía.

“En efecto, la excepción a la exención pactada con las dos compañías se hizo en forma simple o general, al paso que en el caso de los bonos Dinu se dijo expresamente que el impuesto sobre la renta que los grava, “se cobrará a la tarifa señalada por la Ley 81 de 1931”, y en el de las Cédulas del Banco Central Hipotecario se expresa que el impuesto dicho es “el que rige actualmente, esto es, en esa fecha.

“Quiere decir esto, en concepto de este despacho, que la Corte decidió recta y acertadamente en el caso de las compañías por cuanto en las estipulaciones respectivas se las eximió de todos los impuestos con excepción del de la renta (así en general); luego si éste es aumentado por ley posterior, no podían las sociedades dichas pretender que no les obligaba el aumento decretado. Pero si la excepción se hace con determinación precisa de la tarifa que ha de regir para esa tributación (como son los dos casos de los bonos y de las cédulas) es obvio que no podría hacerse efectivo un aumento posterior.

“En resumen: No se han descontado del patrimonio del Barco de la República las inversiones hechas por él en todos los papeles de crédito que dice el denunciante. Solamente se han restado las de los bonos Dinu y de Cédulas del Banco Central Hipotecario, que están exentos del gravamen complementario sobre patrimonio. Luego nada se ha dejado de liquidar y cobrar al Banco, dicho por este concepto y esa institución nada debe al Estado por tal causa”.

3º—Que carece en absoluto de respaldo probatorio la aseveración que el demandante hace con respecto al hecho de haberse descontado dos veces las acciones del Banco de la República en el Banco Central Hipotecario.

Con relación a este punto es satisfactoria la explicación del Jefe de Rentas, dada en informe que obra en autos y que el Consejo acoge por encontrarse ajustada a lo que consta en los expedientes que sirvieron de base a la liquidación:

“Equivoca el memorialista la deducción que hizo la oficina liquidadora de las cédulas del Banco Central Hipotecario con las acciones de la misma entidad, partidas estas que son totalmente distintas. Las primeras no pagan porque la ley tributaria expresamente las exceptúa, y las segundas, se restan porque quedan gravadas en cabeza de la sociedad anónima”.

Confirman lo anteriormente aseverado y relievan el hecho de que no hay, en el caso de autos patrimonio gravable, las siguientes partidas que sirvieron de base a las liquidaciones objetadas:

AÑO DE 1937

Activo reconocido			127.738.633.66
Pasivo del balance	132.530.615.53		
Pasivo aceptado por la Jefatura	116.697.998.54	116.697.998.54	
Diferencia	15.832.517.99		
Bienes exentos de impuesto		19.127.766.90	135.825.765.44

Sin patrimonio gravable.

AÑO DE 1938

Activo reconocido			130.381.298.16
Pasivo del balance	134.200.153.14		
Pasivo aceptado por la Jefatura	118.075.672.71	118.075.672.71	
Diferencia	16.124.480.43		
Bienes exentos de impuesto		19.140.532.80	137.216.105.51

Sin patrimonio gravable.

AÑO DE 1939			
Activo reconocido			134.902.436.44
Pasivo del balance	137.315.825.00		
Pasivo aceptado por la Jefatura	121.131.265.34	121.131.265.34	
Diferencia	16.184.559.66		
Bienes exentos de impuesto		18.604.194.15	139.735.459.49

Sin patrimonio gravable.

AÑO DE 1940			
Activo reconocido			147.983.729.44
Pasivo del balance	150.700.156.18		
Pasivo aceptado por la Jefatura	133.492.727.57	133.492.727.57	
Diferencia	17.207.428.61		
Bienes exentos de impuesto		21.017.613.07	154.510.340.64

Sin patrimonio gravable.

AÑO DE 1941			
Activo reconocido			169.440.708.21
Pasivo del balance	171.941.790.85		
Pasivo aceptado por la Jefatura	154.301.947.86	154.301.947.86	
Diferencia	17.639.842.99		
Bienes exentos de impuesto		26.629.675.70	180.931.623.56

Sin patrimonio gravable.

AÑO DE 1942			
Activo reconocido			211.219.738.45
Pasivo del balance	214.519.691.87		
Pasivo aceptado por la Jefatura	193.475.558.19	193.475.558.19	
Diferencia	21.044.133.68		
Bienes exentos de impuesto		28.016.276.76	221.491.834.95

Sin patrimonio gravable.

Las cantidades expresadas en el resumen anterior, con el mote "Diferencia", corresponden precisamente a Capital Pagado, Fondo de Reserva y Reservas Eventuales.

Cree el Consejo suficiente lo dicho hasta aquí para dejar claramente establecido que no hay bien oculto y, por ende, que no es el caso de anular las resoluciones demandadas.

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 de su Fiscal, y en un todo de acuerdo con él, NIEGA las peticiones de la demanda a que se haceho mérito en la parte motiva de este fallo.

Notifíquese, cópiese, dése cuenta al señor Ministro de Minas y Petróleos y archívese el expediente.

Guillermo Hernández Rodríguez. — Jesús Estrada Monsalve. — Gustavo A. Valbuena. — Jorge Lamus Girón. — Carlos Rivadeneira G. — Pedro Gómez Parra. — Gonzalo Gaitán. — Luis E. García V., Srío.

IMPUESTOS

Consejo de Estado. — Bogotá, cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

En apelación de la sentencia que niega las súplicas de la demanda, vino a esta Superioridad, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el juicio iniciado por la Bolsa de Bogotá, sociedad anónima, con domicilio en esta ciudad, a fin de que previos los trámites de rigor, se hicieran estas declaraciones:

“1°—Que son nulas la liquidación del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, correspondiente al año de 1940 formulada por la Administración de Hacienda de Cundinamarca, a cargo de la Bolsa de Bogotá S. A., con fecha 26 de junio de 1941, y la Resolución número R-1680-H de 18 de diciembre de 1943 por medio de la cual la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales confirmó la liquidación del impuesto acusada.

“2°—Que por causa de la nulidad pedida en el punto anterior se haga una nueva liquidación de los referidos impuestos directos, que debe pagar la Bolsa de Bogotá por el año de 1940.

“3°—Que en consecuencia se declare devolver a la Bolsa de Bogotá S. A. la cantidad de novecientos noventa y tres pesos con dos centavos (\$ 993.02) (o lo que resulte de la nueva liquidación pedida al Tribunal), pagada de más por la Bolsa de Bogotá como resultado de la liquidación cuya nulidad demando”.

Sustanciada esta segunda instancia en legal y debida forma, es llegado el caso de fallar y a ello se procede, previas estas consideraciones:

Persigue la Sociedad actora, con la anulación pedida, que se liquide el impuesto sobre la Renta que a ella corresponde pagar por el año de 1940, sin tener en cuenta la suma o cantidad de \$ 10.695.00 m/l., proveniente de la cuenta denominada en los libros de la Bolsa “Diferencia en movimiento de inversiones” y que en realidad representa la ganancia obtenida, durante el año gravable, en venta de valores, cantidad que tanto la Administración de Hacienda, como la Jefatura, toman en cuenta para liquidar tal impuesto.

Pleito análogo al presente, en que se discute la misma cuestión jurídica, o sea la de saber si las ganancias obtenidas por la referida sociedad al comprar y vender acciones o valores, podían o no computarse como renta, fue fallado por esta superioridad en sentencia de 13 de agosto de 1946, a la cual pertenecen los siguientes apartes:

“La ganancia obtenida, dice el numeral segundo del artículo 1° de la Ley 78 de 1935, sustitutivo del 1° de la Ley 81 de 1931, o la pérdida de una persona o entidad, que directamente o por conducto de un comisionista, venda, cambie o de otra manera disponga de propiedades muebles o inmuebles, por mayor o menor valor 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.

"Y agregó el artículo 40 del Decreto reglamentario de aquella ley, número 818 de 1936: "Para 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 comisionista **compre habitualmente** 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".

En otros términos: la ganancia obtenida o la pérdida sufrida al enajenar una propiedad mueble o inmueble, por mayor o menor valor del de costo, constituyen o no renta gravable o pérdida deducible de la renta bruta, según que la operación se haga o no por una persona que ejerce esta rama del comercio, esto es, que habitualmente compra y vende o cambia determinada clase de muebles o inmuebles.

"Lo que hizo el Decreto reglamentario en relación con el numeral 2º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, no fue sino precisar la significación de la expresión **tiene el negocio**, usada por el legislador, atribuyéndole la de tráfico habitual en determinada rama del comercio, por oposición a operaciones ocasionales.

"Ahora bien: por lo que hace al caso concreto de la Bolsa de Bogotá, concurren las siguientes circunstancias:

"1º—Que el objeto principal de la fundación de esta sociedad, según lo dice el artículo 2º de sus estatutos, numeral a) en consonancia de su propia denominación, fue el de establecer en Bogotá, "una bolsa de valores y de cambio", o sea un centro de operaciones de compraventa de papeles de crédito o valores comerciales;

"2º—Que el segundo de los negocios enunciados en dichos estatutos como objetivo de la sociedad, fue el de "la adquisición de valores", para obtener con ellos renta o valorización, pero no con el objeto de rápida especulación;

"3º—Que durante el año de 1941 hizo una serie de ventas de acciones de distintas sociedades anónimas, que según su propia declaración le reportó una utilidad de \$ 30.275.91; pero que según el informe de los funcionarios oficiales señores Alfonso Rico Martín y Carlos Zuloaga, le produjo un rendimiento de \$ 34.793.91;

"4º—Que en el mismo año de 1941, y según la relación hecha por el señor Gerente en memorial dirigido al Asesor Jurídico de la Jefatura de Rentas, adquirió acciones de la Sociedad Industrial de Alicachín, recibidas como dividendos en especie; suscribió Bonos de Deuda Interna del Departamento de Cundinamarca, aunque tan solo, por complacer al señor Gobernador; y suscribió acciones por valor de \$ 77.400.00 para el ensanche de capital de la Financiera Mobiliaria S. A. cuyas acciones no se cotizan en la Bolsa, y sociedad que es además conexas a la Bolsa de Bogotá, al decir del señor Gerente.

"Sostener, en presencia de estas circunstancias, que la Bolsa de Bogotá S. A., no tiene el negocio de comprar, vender, cambiar o disponer de otra manera de valores de Bolsa, y que por el contrario son ocasionales las operaciones de esta naturaleza que le produjeron la utilidad cuyo gravamen se discute en este juicio, es tanto como desconocer la evidencia de los hechos que se dejan relatados....".

Y como contra lo entonces resuelto no se ha hecho valer, ni prueba, ni razón alguna que imponga un cambio de doctrina al respecto, preciso es concluir que la sentencia de primer grado que en el transcrito fallo se funda, es legal y debe confirmarse.

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, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada, que lleva fecha ocho de noviembre postrero.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Guillermo Hernández Rodríguez. — Jorge Lamus Girón. — Jesús Estrada Monsalve. — Gonzalo Gaitán. — Carlos Rivadeneira G. — Pedro Gómez Parra. — Gustavo A. Valbuena. — Luis E. García V., Srío.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

DECRETOS DEL GOBIERNO

Consejo de Estado. — Bogotá, tres de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

Por escrito de 10 de febrero postrero, solicita el doctor Eustorgio Sarria, abogado titulado e inscrito, que se declare nulo el artículo 1º del Decreto Ejecutivo número 303 de 9 de febrero de 1945, reglamentario del 3º de la Ley 54 de 1944, con base en estos hechos:

“1º—El Congreso, en sus sesiones del año de 1944, expidió la Ley 54 cuyo artículo 3º dispone lo siguiente: “Mientras subsistan las actuales condiciones de anormalidad económica, y las dificultades para la consecución de maquinarias y equipos, el Ministerio del ramo podrá ampliar o prorrogar prudencialmente los plazos que tanto para la exploración como para la explotación de las minas de la reserva nacional se hayan estipulado en los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la presente ley, o aceptar la renuncia del contratista”;

“2º—La Rama Ejecutiva del Poder Público, en ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere la constitución, expidió el Decreto número 303 de nueve de febrero de 1945, cuyo artículo 1º, dispone lo siguiente: “Las personas que hayan celebrado con el Gobierno contratos de exploración y explotación de minas de la reserva nacional y que deseen acogerse a lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 54 de 1944, deberán elevar al Ministerio del ramo, **dentro de los seis meses siguientes a la fecha de este Decreto**, la solicitud de prórroga o ampliación de los términos o formular renuncia del contrato. Si ese plazo vence sin que los concesionarios hayan hecho la respectiva manifestación, se entenderá que no desean acogerse a dicho precepto, y los convenios seguirán rigiéndose por las correspondientes estipulaciones contractuales”;

“3º—Es un hecho evidente, y del dominio público, que aún subsisten las condiciones de anormalidad económica y las dificultades para la consecución de maquinarias y equipo para las explotaciones mineras, que subsistían en el año de 1944, o sea cuando se expidió la Ley 54 y su artículo 3º;

“4º—Respecto al contenido del hecho anterior y como prueba inequívoca de origen oficial, está lo afirmado por la Contraloría General de la República en los Anales de Economía y Estadística, números 15 y 16, que se acompañan a esta demanda. Dice tal organismo: “Del conjunto de las cifras comentadas se deduce que nuestra industria minera sigue por los caminos de crisis porque ha trajinado en los años pasados. En realidad, ninguna de las causas que han influido en la reducción de la productividad de la industria se ha modificado sensiblemente, y es de presumir que en el transcurso del año no observemos ninguna reacción favorable, al menos mientras la situación inflacionaria continúe y no trate siquiera de amainar”.

“5º—Corroborando el concepto oficial está el de la reconocida Oficina de Promociones y Servicios Industriales de esta ciudad, que original se acompaña a la demanda, y que concluye así: “aún subsisten las condiciones de anormalidad económica y las dificultades para la consecución de maquinarias y equipos, creadas por la pasada guerra”.

La atenta lectura de los dos preceptos, el 3º de la Ley 54 de 1944 y el 1º del Decreto 303 de 1945, pone de manifiesto que éste excede a aquél en cuanto restringe el plazo indeterminado que aquel da, tanto para pedir las prórrogas de que allí se habla, como para renunciar las concesiones de

que se ocupa ese mismo precepto, reduciéndolo a seis meses, cuestión que no puede hacerse por medio de simples decretos reglamentarios, que deben limitarse, según constante doctrina de esta misma Corporación, a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar, facilitando su ejecución y cumplimiento.

Son, pues, justificados los siguientes conceptos del Fiscal de esta Corporación, incluídos, en su vista de fondo:

“El artículo 1º del Decreto 303 de 1945, en cuanto limita o restringe el derecho que consagra el artículo 3º de la Ley 54 de 1944, reduciendo a seis meses el término que este artículo concede con el fin allí mismo indicado, resulta, **prima facie**, violador de este precepto, por lo cual es el caso de suspenderlo provisionalmente, tal como lo solicitó el actor”.

“Evidentemente, como lo afirma el H. Consejo, la disposición demandada viola manifiestamente el artículo 3º de la Ley 54 de 1944, porque fija el plazo de seis meses para el ejercicio de un derecho, excediéndose, por este aspecto, a la letra y al espíritu de la citada norma legal, que no lo condicionó a plazo definido alguno, sino a circunstancias que debían apreciarse en oportunidad por el respectivo Ministerio.

“Habiéndose, pues, extralimitado el Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley, debe prosperar la demanda instaurada por el doctor Sarria para que se declare la nulidad del artículo 1º del Decreto Ejecutivo No. 303 de 1945, originario del Ministerio de Minas y Petróleos, por ser violatorio de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 54 de 1944”.

Por lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara NULO el artículo 1º del Decreto 303 de 1945 originario del Ministerio de Minas y Petróleos, suspendido provisionalmente por auto de 20 de febrero último.

Notifíquese, cópiese, dése cuenta al señor Ministro de Minas, y archívese el expediente.

Guillermo Hernández Rodríguez. — Carlos Rivadeneira G. — Jorge Lamus Girón. — Gonzalo Gaitán. — Jesús Estrada Monsalve. — Pedro Gómez Parra. — Gustavo A. Valbuena. — Luis E. García V., Srío.

JURISDICCION COACTIVA

Consejo de Estado. — Bogotá, doce de febrero de mil novecientos cuarenta y siete.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

Por auto de 23 de julio postrero, que esta superioridad revisa en grado de apelación, el Tribunal Administrativo de Cartagena, falló así las excepciones propuestas por el doctor Clodomiro Herrera Meñaca, fiador del deudor alcanzado Francisco Elguedo:

“A mérito de las anteriores consideraciones, el Tribunal Administrativo de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído y tenido en cuenta el concepto del señor Agente del Ministerio Público, señor Fiscal 1º del Tribunal Superior, declara que la excepción no puede prosperar....”.

Para resolver se considera:

La excepción propuesta, a que el fallo ajelado dice relación, es la de “Carencia de Derecho para pedir”, que el excepcionante deduce de la circunstancia de ser la Contraloría Departamental de Bolívar, la responsable de que el señor Elguedo hubiera defraudado al Fisco departamental por haber acogido esa entidad los procedimientos adoptados por el deudor en la rendición de cuentas, procedimientos que le valieron al empleado Luis Dovale el ser llevado, junto con Elguedo, a juicio criminal, por peculato.

Estos son los términos en que están concebidos los hechos fundamentales de la referida excepción:

“1º—Nuestro compromiso de fianza, al tenor del documento protocolado bajo el No. 460 de julio 11 de 1939 de la Notaría Primera de este Circuito, se subordina al contraído por nuestro fiador, señor Francisco Elguedo, que según el mismo documento se comprometió a: “...2º—A llevar y rendir las cuentas de la Oficina, en la forma y términos que establecen las disposiciones fiscales y las instrucciones de sus superiores;

“2º—La Contraloría del Departamento, por conducto de sus empleados respectivos, inspeccionó las cuentas del señor Francisco Elguedo H., tolerando los hechos delictuosos de que se valía el señor Elguedo para ocultar su fraude;

“3º—La Contraloría del Departamento, por conducto de sus empleados, acogió las formas de cuentas rendidas por el señor Francisco Elguedo, dándole su aprobación, no solo por el examen personal y material que hicieron de los papeles y caudales que manejaba el señor Francisco Elguedo, como hay constancia, sino también por medio de un examen frío y sereno firmado por la Contraloría por conducto de sus empleados para ocultar lo que estaba sucediendo;

“4º—Sin el concurso de la Contraloría Departamental, ya por sí misma, ora por conducto de sus empleados, el señor Francisco Elguedo H., no hubiera podido ejecutar las rendiciones de cuentas que merecieron pública aprobación, que lo autorizaron para seguir cometiendo una serie de maquinaciones tendientes a la defraudación del fisco departamental;

“5º—Si la Contraloría Departamental hubiera obrado en forma correcta desde el primer momento, nosotros hubiéramos ejercitado el derecho y las acciones correspondientes a evitarnos los perjuicios que se pretende acusar;

“6º—El señor Julio Dovale, uno de los empleados de la Contraloría, con autorización suficiente para visitar y observar al Ar. Francisco Elguedo en su manejo de Habilitado de la Secretaría de Obras Públicas, ha

sido llamado a juicio criminal por peculado junto con el señor Francisco Elguedo, en expediente que se encuentra actualmente al estudio del señor Magistrado doctor Gómez Naar;

“7º—Además de Julio Dovale, empleado autorizado de la Contraloría, esto es, legítimo representante de ésta, intervinieron otros empleados que también ocultaron deliberadamente faltas que determinaron fraude a las rentas;

“8º—La fianza que otorgamos fue para responder, indudablemente, de hechos de la entera responsabilidad de Elguedo, y jamás de Elguedo y de la Contraloría, sin cuya complicidad, no se hubieran cometido”.

No encuentra el Consejo aceptables las razones antes expresadas para fundamentar la excepción, pues, sabido es que los fiadores responden por los alcances que resulten a cargo de sus fiados, provengan de malos manejos de éstos solamente, o de manejos indebidos acordados con otros empleados. Al respecto no hacen las leyes fiscales diferenciación alguna.

Por estas razones y por las que el Tribunal expresa en el fallo que se revisa y que se reproducen en seguida por encontrarlas el Consejo en un todo ajustadas a derecho, habrá de confirmarse la providencia recurrida.

Tales razones son:

“Los argumentos del demandante para excepcionar el juicio ejecutivo que adelanta el señor Juez de Ejecuciones Fiscales del Departamento al señor Francisco Elguedo H., y a sus fiadores, entre quienes se encuentra el doctor Clodomiro Herrera Meñaca, se hallan concretados en el libelo de excepciones y pueden resumirse en el sentido de que por los empleados examinadores de las cuentas del manejo del señor Elguedo, no se fijó la debida atención en el estudio de ellas y que el hecho de que por haber dado la Contraloría acogida a la forma como se rindieron las cuentas y por el examen frío que de ellas se hizo, fue por lo que el señor Elguedo pudo seguir sus maquinaciones tendientes a defraudar al Tesoro del Departamento; pero la caución a que se refiere el artículo 260 del Código Fiscal del Departamento de Bolívar, es precisamente para poner al Departamento y a los Municipios a cubierto en el manejo de sus fondos o bienes por las personas encargadas de ellos, y los fiadores están en la obligación de responder de esa custodia o manejo, en los términos exigidos por el mencionado Código Fiscal, sin que se pueda excepcionar la obligación, por el hecho de que haya habido descuido por parte de otras entidades en el examen de las cuentas; pues el único caso contemplado en el Código Fiscal del Departamento, es cuando la responsabilidad es imputada a otros empleados subalternos cuyo manejo esté igualmente garantizado con fianza, pero como el caso de autos no es el contemplado en el artículo 250 del ya citado Código, la excepción no tiene fundamento para poder prosperar”.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de 23 de julio postrero, que por el presente se revisa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Rodríguez. — Jesús Estrada Monsalve. — Gonzalo Gaitán. — Jorge Lamus Girón. — Gustavo A. Valbuena. — Carlos Rivadeneira G. — Pedro Gómez Parra. — Luis E. García V., Secretario.

IMPUESTOS

Consejo de Estado. — Bogotá, veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y siete.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

Por recurso de apelación interpuesto por la parte actora, es el caso de revisar la sentencia de 31 de julio de 1946, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, falló, en forma adversa a las pretensiones del demandante, el juicio iniciado por la “Droguería Nueva York”, sociedad anónima con domicilio en Bogotá, para que fueran revisadas las Resoluciones que fijaron en \$ 129.679.75 el impuesto que a tal sociedad correspondía pagar por Renta, Patrimonio y Exceso de Utilidades, recargos e inversión para Bonos Denal en el año de 1943, descontando de las utilidades, como expensas ordinarias, la cantidad de \$ 147.328.31, parte de los honorarios correspondientes a los gerentes, o en subsidio, declarando que la expresada cantidad no se debe sumar al pasivo y, por consiguiente deducirla del patrimonio, como lo hizo la Jefatura, para el efecto de liquidar el impuesto sobre exceso de utilidades.

Tramitada la instancia en legal y debida forma es oportuno fallar y con ese fin se adelantan las siguientes consideraciones:

Los motivos que dieron lugar a este juicio, son, según el actor, éstos:

“Los Gerentes de la Drogrería Nueva York tienen como honorarios por su trabajo, una participación en las utilidades que obtiene la sociedad. Pero como el artículo 24 del Decreto 554 de 1942, limita los sueldos o compensaciones por servicios personales de tales empleados, la sociedad, para acomodarse a tal disposición abonó por ese concepto únicamente la cantidad de cuarenta y dos mil pesos, repartidos así: Para Jaime Rodríguez Lalinde, quince mil pesos; para Ramón de Bedout, quince mil pesos, y para Ricardo Rodríguez Jaramillo, doce mil pesos.

“La cantidad excedente, a que tienen derecho estrictamente, en virtud de su participación en las utilidades de la sociedad, o sea la suma de ciento cuarenta y siete mil trescientos veintiocho pesos, treinta y un centavos (\$ 147.328.31) se contabilizó como utilidad de la misma sociedad, y el abono correspondiente a los gerentes se hizo en forma de reparto de utilidades.

“La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de las resoluciones citadas atrás, confirmó la liquidación verificada por la Administración de Hacienda Nacional, liquidación que se hizo mediante la deducción del activo de la sociedad de la expresada cantidad de \$ 147.328.31, bajo el renglón denominado “Participaciones de Gerentes”. La inclusión de la anotada partida en el pasivo de la sociedad, como es obvio, produce el efecto de elevar el impuesto de exceso de utilidades, por la disminución del patrimonio de aquella.

“El procedimiento adoptado por la Administración de Hacienda es muy singular. Grava a la sociedad por el monto de sus utilidades líquidas, incluyendo la cantidad de \$ 147.328.31, que no reconoce como emolumentos de los gerentes de la drogrería, por la limitación que establece el artículo 24 del Decreto 554 de 1943, y en cambio, para establecer el monto del patrimonio de la sociedad, deduce esa misma cantidad, con lo cual se obtiene que el impuesto de exceso de utilidades sea mayor. Trata esa cantidad de diversas maneras: primero, como utilidades de la droguería, no de los gerentes, y en seguida, como deuda de la drogrería en favor de sus empleados. Como puede verse, hay en ello una gran contradicción....”.

Las resoluciones demandadas obran en autos y de lo que en ellas y en los demás documentos traídos al proceso consta, se deduce, en relación con los puntos controvertidos, lo siguiente:

1º—Que la administración de la sociedad demandante se ejerce en Bogotá por tres gerentes, los señores Jaime Rodríguez Lalinde, Ramón de Bedout y Ricardo Rodríguez Jaramillo, los cuales como tales, gozan de un sueldo eventual, equivalente para los dos primeros al 16.362% de las utilidades netas y para el último al 12.276% de las mismas utilidades;

2º—Que estos sueldos alcanzaron en el año de 1943 a la suma total de \$ 189.328.31, distribuída así:

Jaime Rodríguez Lalinde	\$ 68.839.77
Ramón de Bedout	68.839.77
Ricardo Rodríguez J.	51.648.77
Suma	<u>189.328.31</u>

3º—Que la expresada sociedad en el respectivo denuncia de renta hizo constar:

a) Que su patrimonio bruto en 31 de diciembre ascendía a la cantidad de \$ 3.099.740.25 y su pasivo a \$ 1.201.856.25; y

b) Que su renta bruta había ascendido en el referido año a la suma de \$ 969.820.25 y las deducciones, por gastos, etc., a que tenía derecho, a la en el artículo 24 del Decreto 554 de 1942, como honorarios de los Gerentes, tan solo, la cantidad de \$ 42.000.00.

De estos hechos de gran importancia en el debate dan cuenta:

La declaración de renta visible al folio 1º en la cual consta:

“Patrimonio:

Activo en 31 de diciembre de 1943	3.099.740.25
Pasivo (deudas) en 31 de diciembre de 1943	<u>1.201.856.25</u>
Patrimonio (artículo 21, Ley 78 de 1935) ..	<u>1.897.884.00</u>

“Renta:

Ventas netas		2.983.335.50
Menos: existencias al costo al principio del año	1.034.942.21	
Costo de mercancías	<u>2.623.434.42</u>	
Suma	3.658.376.63	
Menos: inventario al costo al terminar el año	<u>1.627.063.21</u>	<u>2.631.313.42</u>
Utilidades netas en ventas		952.022.08
Otras ganancias		17.798.79
Total de la renta bruta		969.820.87
Deducciones totales según anexo		<u>585.754.81</u>
Renta líquida		384.066.81
Menos rentas no sujetas a impuestos		<u>335.08</u>
Renta gravable		<u>383.730.98</u>

Anexo No. 4

"Especificación de Gastos y Pérdidas:

1º—Abogados y honorarios semejantes	
24.—Sueldos, jornales y comisiones	260.834.84
.....	
Suman los gastos	585.745.81

Anexo No. 11

"Relación de sueldos, jornales y comisiones:

Ramón de Bedout	15.000.00
Jaime Rodríguez Lalinde	15.000.00
Ricardo Rodríguez J.	12.000.00
.....	
Suman los sueldos	260.834.84

3º—Que tanto la Adiministración de Hacienda de Cundinamarca, como la Jefatura de Rentas, aceptaron en su totalidad el referido denuncia y de acuerdo con él practicaron la liquidación, agregando al pasivo denunciado, para los efectos del impuesto sobre patrimonio y el de exceso de utilidades solamente, la suma de ciento cuarenta y siete mil trescientos veintiocho pesos con treinta y un centavos, resto de lo que a los gerentes correspondía y que no había sido reconocido como gastos de la sociedad, ni deducido de la renta bruta para formar la líquida gravable.

De ello da cuenta la liquidación respectiva, concebida en lo conducente así:

"Patrimonio:

Activo		3.099.740.25
Pasivo (el denunciado)	1.201.856.25	
Más parte gerentes	147.328.31	1.349.184.56
Patrimonio líquido		1.750.555.69
Menos Bonos Denal y Dinu		12.465.00
Patrimonio gravable		1.738.090.69
Valor impuesto		12.494.73

"Renta		969.820.87
Deducciones	585.754.81	
Menos pérdida venta bonos	2.149.00	583.605.81
Renta gravable		386.215.06
Valor impuesto		45.860.11

"Exceso de utilidades:

Renta, base para el exceso		386.215.06
12% sobre s/. \$ 1.750.555.69	210.066.68	
Valor impuesto	58.354.84	
35% s/ \$ 58.254.84	20.389.19	288.810.71

Exceso gravable				97.404.35
Valor impuesto				10.638.19
3% s/. \$ 1.750.555.69 — \$ 52.516.67	52.516.67	10%	5.251.67	
Saldo	44.887.68	12%	5.386.52	
				10.638.19
"Recargos:				
35% s/. \$ 68.893.00 p. respaldo empréstito ..				24.112.56
20% s/. \$ 10.638.19 (impto. exceso utilidades)				2.127.64
Total recargos				26.240.20
Suman los impuestos				95.233.23
50% s/. \$ 68.893.03, para invn. bonos Denal				34.446.52
TOTAL A CARGO DEL CONTRIBUYENTE				129.679.75

Dados estos hechos, debidamente acreditados, respecto de los cuales no existe discrepancia alguna entre la Administración y los reclamantes, es el caso de examinar:

1º—Si el procedimiento de que esos hechos dan cuenta se ajusta a la ley, o mejor dicho, si procedió legalmente la Administración al no tener en cuenta, para liquidar la renta gravable, la cantidad de \$ 147.328.31, parte como se ha visto de la que por honorarios pagó o debía pagar, la sociedad a sus gerentes; y

2º—Si es legal o no el procedimiento adoptado por los liquidadores de sumar al pasivo y restar del activo, para fijar el impuesto sobre patrimonio y el de exceso de utilidades, la expresada cantidad de \$ 147.328.31, rehusada o no tenida en cuenta como gasto para deducir la renta líquida gravable.

Cuestión 1ª

Para el Consejo no es ilegal el procedimiento a que dice relación la cuestión primera y no lo es habida consideración a que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 78 de 1935, no todo lo que se pague por honorarios, es deducible de la renta bruta para fijar la líquida gravable, desde luego que por medio de tal precepto se autoriza deducir tan sólo los que la Administración considere al respecto equitativos y justos, pues no otro es el significado de la palabra "razonable" que tal artículo emplea, al decir:

"Al computar la renta líquida se harán las siguientes deducciones de la renta bruta:

1º—Las expensas ordinarias causadas y pagadas durante el año gravable en el manejo de cualquier comercio o negocio cuya renta sea gravable de acuerdo con esta ley, con inclusión de una cantidad razonable por salarios u otra compensación de servicios personales realmente prestados, y con inclusión también de arrendamientos u otros pagos que se hayan hecho como condición para continuar en el uso y goce para los fines del comercio, negocio, profesión o industria, de propiedades sobre las cuales el contribuyente no tiene o no está en vía de tener título de propiedad en todo o en parte....; y desde luego, también, que el Órgano Ejecutivo,

por medio del artículo 24 del Decreto 554 de 1942, señaló como cuantía máxima de tales honorarios, en administraciones complejas, la de quince mil pesos anuales.

Y no se diga, como el demandante lo afirma en el libelo de demanda, para sacar adelante su tesis, que tal artículo, que hace parte del Decreto 554, dictado en uso de facultades extraordinarias, es inconstitucional, por no haber dentro de las precisas facultades conferidas al ejecutivo por medio de la ley en que tal decreto se funda, pues aún en el supuesto de que esto fuera así, que a primera vista no parece serlo, por decir relación esas facultades a situaciones fiscales de cuyo carácter participa el mencionado precepto, es lo cierto que tal artículo que ni directa, ni indirectamente viola uno de orden superior, bien puede considerarse como reglamentario del artículo 2º de la ley 78, atrás citado, ya que se limita a definir lo que se entiende y debe entenderse por honorarios razonables y justos, señalando al efecto un límite tendiente a poner coto tanto a las arbitrariedades en que pudieran incurrir los liquidadores, dueños únicos, por falta de reglamentación, de facultad de apreciación que la calificación de lo que es "razonable" entraña, como a los abusos que los contribuyentes pudieran cometer desconociendo, para eludir el impuesto de exceso, compensaciones y honorarios exagerados, sin proporción o relación equitativa con los trabajos prestados por las personas a quienes se va a retribuir.

Los términos en que está concebido el citado artículo, comparados con los del artículo 2º de la ley 78, no dejan, con respecto a su alcance simplemente reglamentario, por su claridad y precisión, duda alguna en el ánimo de quien desprevénidamente lea tal precepto, que a la letra dice:

"Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 1º de la Ley 78 de 1935, no se considerarán como razonables las compensaciones por servicios personales de directores, gerentes, administradores, presidentes y empleados similares, superiores a quince mil pesos (\$ 15.000.00) al año; ni la de técnicos, subadministradores, superintendentes, subgerentes y empleados similares superiores a diez mil pesos (\$ 10.000.00) al año. De consiguiente, lo que se pague en exceso sobre esas cantidades se considerará como distribución de utilidades sujetas a gravamen. El liquidador graduará las cantidades admisibles teniendo en cuenta el volumen de negocios y capital de la empresa, relacionándoles con empresas de la misma región o del país en general".

Aun cuando muchas otras consideraciones pudiera el Consejo adelantar para sostener la legalidad del comentado artículo 24, se prescinde de hacerlo por innecesario, ya que aun aceptando, en gracia de discusión, que tal artículo no sea reglamentario y lo que es más que esté viciado de inconstitucionalidad, la resolución de la Jefatura con respecto al punto estudiado, contra la cual nada demostrado hay en autos, debe sostenerse por encontrar apoyo en el ordinal 1º del tantas veces mencionado artículo 2º de la Ley 78 de 1935, como se advirtió en la parte primera de este estudio.

Cuestión 2ª

No puede decirse lo mismo, ni, por consiguiente, llegarse a idéntica conclusión, en cuanto dice relación a la cuestión segunda o sea al hecho de haberse sumado al pasivo denunciado, como deuda de la sociedad, para deducirla del activo patrimonial, la expresada cantidad de \$ 147.328.31, porque de acuerdo con los principios que rigen esta clase de impuestos o tributos, el valor de las expensas ordinarias del negocio que produce la renta, sean provenientes de salarios, sueldos, o de otra clase, se descuen-

tan no como deuda del patrimonio, sino de la renta como gastos, aun en el supuesto de que al expirar la respectiva vigencia no estén satisfechos o pagos. Siempre eso sí, en este caso, que el contribuyente lleve libros de comercio en la forma y con los requisitos que la ley exige y que los gastos se acrediten en cuenta especial. Requisito ampliamente satisfecho en el caso de autos, como lo demuestra el anexo número 12, visible al folio 29 en el cual consta:

Grupo b): Acreedores que al mismo tiempo tienen cuenta con saldo deudor, así:

	Saldos Acreed.	Saldos Deud.	Saldos Acreed.	Saldos Deud.
Ramón de Bedout	50.624.44	6.643.13	43.981.31	
Félix de Bedout e Hijos	27.586.87	28.397.14		810.27
Drogrerías Aliadas	25.030.02	28.397.14		3.367.12
Jaime Rodríguez L.	53.367.63	5.040.00	48.327.63	
Ricardo Rodríguez J.	39.132.75	4.800.00	34.332.75	
Sumas	195.741.71	73.277.41	126.641.69	4.177.39

Resumen:

Valor acreedores del grupo A	\$ 1.006.114.54
Valor acreedores del grupo B	195.741.71

Total \$ 1.201.856.25,

Al respecto son terminantes los artículos 2º de la Ley 78 de 1935, ordinales 2º y 3º y 86 del Decreto 818 de 1936, concebidos de este modo:

Artículo 2º—“Al computar la renta líquida se harán las siguientes deducciones de la renta bruta:

“1º—Las expensas ordinarias causadas y pagadas durante el año gravable en el manejo de cualquier comercio o negocio cuya renta sea gravable de acuerdo con esta ley, con inclusión de una cantidad razonable por salarios u otra compensación de servicios personales realmente prestados, y con inclusión también de arrendamientos u otros pagos que se hayan hecho como condición para continuar en el uso y goce para los fines del comercio, negocio, profesión o industria, de propiedades sobre las cuales el contribuyente no tiene o no está en vía de tener título de propiedad en todo o en parte....”

“3º—Las personas o entidades que lleven libros de comercio en la forma y requisitos exigidos por la ley, tendrán derecho a que se les deduzcan de su renta bruta, las expensas e intereses de que tratan los numerales anteriores, causados durante el año gravable, aunque tales gastos o expensas no hayan sido pagados aún, siempre que, además de llenar las condiciones expresadas en tales numerales, hayan sido acreditados en cuenta especial, y en forma que, cuando se haga el pago o pagos respectivos, se imputen a dicha cuenta, y se evite el riesgo de una nueva deducción en el año en que se realicen tales pago o pagos”.

Artículo 86.—“Todas las deducciones a que se refieren los artículos anteriores, deberán limitarse a las estrictamente necesarias para los fines del comercio, industria o negocio; deben guardar proporción con las operaciones del contribuyente, y haber sido realmente pagadas durante el año gravable, con excepción del caso previsto en el numeral 3º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935.

Los sueldos y remuneraciones cuya deducción autoriza la ley, serán las usuales en la región para toda clase de servicios prestados. Los pagados por servicios prestados en el exterior, no gravables en cabeza de quienes los reciben al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de este decreto, no son deducibles”.

Para terminar bueno es advertir que las Resoluciones que se estudian, con respecto al punto controvertido si bien favorecen los intereses nacionales en casos como éste, en que hay derecho a cobrar exceso de utilidades, los perjudican, haciendo bajar el impuesto de Patrimonio, cuando no hay lugar a ese exceso.

De acuerdo con lo dicho la liquidación debe quedar así:

Patrimonio:

Activo	3.099.740.25	
Pasivo	1.201.856.25	
Patrimonio líquido	1.897.884.00	
Menos Bonos Denal y Dinu	12.465.00	
	1.885.419.00	
Valor del impuesto		13.673.36

Renta:

Deducciones	585.754.81	969.820.87	
Menos pérdida venta bonos ..	2.149.00	583.605.81	
Renta líquida		386.215.06	
Valor del impuesto			45.860.11
Suma			59.533.47

Exceso de utilidades:

Renta base para el exceso ..		386.215.06	
12% s/. \$ 1.897.884.00	226.746.08		
Valor impuesto	59.533.47		
35% s/. \$ 59.533.47	20.836.71	307.116.26	
Exceso gravable		79.098.80	
Valor del impuesto			8.353.12
3% s/. 1.897.884.00 \$ 56.936.52	56.936.52	10% 5.693.65	
Saldo	22.162.28	12% 2.659.47	
Totales	386.215.06	79.098.80	8.353.12

Suma			67.886.59

35% s/. \$ 67.886.59 para respaldo empréstito		23.760.31
20% s/. \$ 8.353.12 (impto. exceso utilidades)		1.670.62

Suman los recargos		25.430.93

Suman los impuestos		93.317.52
50% s/. \$ 67.886.59 para invn. bonos Denal		33.943.30

TOTAL A CARGO DEL CONTRIBUYENTE		127.260.82

En relación con las inversiones forzosas nada se dispone, por no haber sido objetada la liquidación en esta parte.

No es el caso de decretar de conformidad la petición subsidiaria formulada al final del respectivo escrito de demanda, bajo el mote "Otro sí", para que se dé aplicación al artículo 5° del Decreto 1757 de 1942, por no aparecer acreditado en forma alguna que se esté en presencia de alguno de los casos a que tal precepto se refiere.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él, REVOCA el fallo apelado, REVISA las resoluciones demandadas y FIJA el impuesto sobre la Renta, Patrimonio y Exceso de Utilidades, Recargos e inversión en bonos Denal, que a la Drogrería Nueva York S. A., le corresponde pagar por el año de 1943 en la suma total de ciento veintisiete mil doscientos sesenta pesos con ochenta y dos centavos (\$ 127.260.82), así:

Impuestos	93.317.52
Para inversión bonos Denal ...	33.943.30
Total	127.260.82

Por la Administración de Hacienda Nacional se devolverá a la expresada sociedad, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la cantidad de dos mil cuatrocientos diez y ocho pesos con noventa y tres centavos (\$ 2.418.93) m.l., cobrados en exceso a la mencionada sociedad.

En lo demás, o sea en lo relativo a inversiones forzosas, congelaciones, etc.; quedan en firme las expresadas resoluciones.

Notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Guillermo Hernández Rodríguez. — Gonzalo Gaitán. — Carlos Rivadeneira G. — Jesús Estrada Monsalve. — Pedro Gómez Parra. — Jorge Lamus Girón. — Gustavo A. Valbuena. — Luis E. García V., Secretario.

Nota del Relator: Por auto de 26 de febrero de 1947, se corrigió el error puramente aritmético en que se incurrió al liquidar el Exceso de Utilidades, computando en \$ 226.746.08 el 12% del Patrimonio, que es exactamente de \$ 227.746.08. Error que se traduce en un aumento de \$ 120.00 en el impuesto de Exceso de Utilidades.

No tiene razón en cuanto afirma que también se aumentó el impuesto con el recargo del 35% sobre los mismos \$ 120.00; pues, el 35% se cobró sobre los Impuestos de Patrimonio y Renta, en cuya deducción no se incurrió en error alguno.

Tampoco la tiene, en cuanto solicita que se haga el descuento de que trata el artículo 18 de la Ley 45 de 1942, ordinal a), aparte 2°, porque, este descuento no se hizo en la liquidación primitiva, liquidación que no fue acusada por este aspecto.

En consecuencia, fíjase en la suma de ciento veinte y siete mil ciento cuarenta pesos con ochenta y dos centavos (\$ 127.140.82) el impuesto a que se refiere el fallo cuya corrección se solicita.

La suma o cantidad que la Administración de Hacienda debe devolver a los interesados, es la de dos mil quinientos treinta y ocho pesos con noventa y tres centavos (\$ 2.538.93).

Queda así resuelto el anterior memorial.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejeros ponentes, doctores Gustavo A. Valbuena y Guillermo Hernández Rodríguez)

Consejo de Estado. — Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

En grado de apelación interpuesta por el doctor Aníbal Galindo E., ha venido la Resolución número 2005, de fecha 19 de octubre del año pasado, por la cual el Ministerio de Guerra aprueba la marcada con el número 1943 de fecha 30 de agosto de 1945, dictada por la Comisión de Sueldos de Retiro, que niega al Teniente Piloto Antonino Olano Arboleda el derecho al goce de sueldo de retiro, dejando a salvo los que pueda tener a otras prestaciones de las que correspondan a los miembros de la Fuerza Aérea Nacional.

Surtida como está la tramitación propia de la instancia, para resolver lo que sea legal se considera:

De la correspondiente hoja de servicios aparece que el peticionario sirvió en la Fuerza Aérea por un tiempo de 8 años y 10 meses, que se elevan a 9 años, conforme al artículo 13 del Decreto 1795 de 1942, y que fue retirado del servicio activo en forma temporal y a solicitud propia, de conformidad con el Decreto 574 de 8 de marzo de 1945, y que el número de horas de vuelo fue de 1.229 con 55 minutos.

La Comisión de Sueldos de Retiro para negarle al Teniente Piloto Olano Arboleda el reconocimiento y pago de la pensión de retiro del 80% del último sueldo devengado, que solicitó con invocación del artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, se fundó en que el peticionario no tenía el tiempo de servicio que determina el parágrafo 1º del artículo 31 del Decreto 1680 de 1942 en cuanto se refiere a los Oficiales Pilotos que se retiren voluntariamente, tesis que el Ministerio de Guerra encontró conforme con las disposiciones legales que rigen la materia, en la providencia que es materia de la alzada.

El recurrente en su alegato ante el Consejo sostiene que es aplicable al caso de autos el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936.

El problema jurídico que esta solicitud de pensión plantea consiste en decidir si jurídicamente debe aplicarse a los aviadores las disposiciones contenidas en el parágrafo 1º del artículo 31 del Decreto número 1680 de 1942 o si debe darse preferencia a lo dispuesto sobre el particular en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936. Se analizará en seguida la ley y luego el valor jurídico de aquel decreto en relación con las facultades especiales y extraordinarias en que se basa.

- I -

Sueldo de retiro en la Ley 6ª de 1936

La circunstancia de que los militares de la fuerza aérea nacional, por la peligrosidad del arma que manejan, están frecuentemente arriesgando la vida, hizo necesario, para la época de la ley 6ª de 1936, halagar el ingreso a esta clase de servicio estableciendo prestaciones sociales que estuvieran en concordancia con lo muy expuesto que era entonces, el enrolarse en aquella clase de actividades. A medida que la técnica en la construcción de aviones se desarrolla y que la organización interna de nuestras fuerzas aéreas se hace más eficiente, se van disminuyendo los porcentajes de peligrosidad en el servicio aéreo de la nación y no sería

de extrañar que en estas circunstancias y para el porvenir se pudiera ampliar, en forma legal, el lapso necesario para obtener sueldo de retiro. Pero no sería justo que a los jóvenes colombianos que entraron a la fuerza aérea en épocas difíciles y halagados en parte por las prestaciones sociales de entonces, se les venga a poner condiciones más graves en momentos en que la legislación del trabajo lejos de restringir sus beneficios tiende a ampliarlos cada vez más. No parece justo que para el personal de una arma de tal peligrosidad se aplique con retroactividad una legislación social que aminora sus prestaciones cuando sucede lo contrario para el resto de los trabajadores nacionales y particulares.

Con base en estas consideraciones de carácter general, se analizarán las diferentes disposiciones legales y reglamentarias que se deben tener en cuenta para resolver el caso de autos, comenzando por establecer que el artículo fundamental sobre la materia, el 1º de la Ley 6ª de 1936, dijo:

"Artículo 1º 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% del sueldo que están devengando en el momento en que se les conceda retiro, el cual no podrá decretarse sino por las sumas que determine el Gobierno en el decreto reglamentario de esta ley".

- II -

Cambio de legislación con base en autorizaciones legales

Lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936 se venía aplicando en virtud de su fuerza legal sin que haya mediado otra ley que modifique clara y expresamente esa situación. Pero en forma irregular se han querido cambiar las condiciones de temporalidad exigidas para tener derecho a la prestación de sueldo de retiro, recurriendo a las facultades especiales contenidas en el artículo 8º de la Ley 89 de 1940 y a las autorizaciones extraordinarias a que se refiere el artículo 16 de la Ley 128 de 1941. Estas disposiciones dicen así:

a) Ley 89 de 1940, artículo 8º:

"Autorízase al Gobierno para dictar providencias que tiendan a organizar las fuerzas militares en el sentido de mejorar su funcionamiento y de perfeccionar la carrera de Oficiales, Suboficiales y del personal técnico".

b) Ley 128 de 1941, artículo 16:

"Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942, para tomar las medidas que sean indispensables en el orden internacional o interno, para el mantenimiento legal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericana, de acuerdo con los compromisos anteriores de la Nación.

"Asimismo, revístese al Presidente de facultades extraordinarias y hasta la misma fecha, para adoptar todas las medidas económicas y fiscales que sean precisamente necesarias para conjurar un eventual desequilibrio fiscal, allegar los recursos que fueren indispensables para el normal funcionamiento de los servicios y empresas públicas, atender los gastos militares y de orden público y proveer al desarrollo de la producción nacional.

"Igualmente usará de las mismas facultades y en el mismo tiempo, para organizar la vigilancia, control y reglamentación de las actividades de los extranjeros en el país; para ejercer el control total o parcial de

las empresas o entidades cuyo funcionamiento pueda afectarse por virtud de medidas tomadas en relación con ellas por los países beligerantes; para controlar el movimiento de fondos y cuentas de ciudadanos o entidades extranjeras y el de títulos o acciones pertenecientes a extranjeros; para proteger los intereses de los accionistas colombianos en sociedades que tengan su sede en país extranjero; para reglamentar la entrada, permanencia y salida de los extranjeros al territorio de la República; y para prevenir, con toda eficacia, cualquier actividad de nacionales o extranjeros que ponga en peligro la seguridad pública o que constituya una evidente amenaza para el desarrollo de la política internacional de Colombia.

“Parágrafo. Es entendido que en ejercicio de las facultades de que trata este artículo, no podrá el Presidente de la República autorizar al Gobierno para efectuar, con posterioridad al 20 de julio de 1942, actos o contratos no comprendidos dentro de la órbita constitucional ordinaria de las atribuciones del Órgano Ejecutivo.

Con base en las autorizaciones de diverso orden contenidas en los artículos legales que acaban de citarse, se expidió el Decreto número 1680 de 1942, el cual dispone en el parágrafo 1º del artículo 31:

“Los oficiales pilotos sólo podrán retirarse voluntariamente con derecho a sueldo de retiro después de quince años de servicio”.

- III -

Inconstitucionalidad de la reforma

Se examinará en seguida el carácter de las autorizaciones en que se basó el Gobierno para modificar el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936 en sentido desfavorable a los aviadores militares.

a) Autorizaciones especiales:

La autorización contenida en el artículo 8º de la Ley 89 de 1940 implica un mandato especial al gobierno para organizar las fuerzas militares y mejorar y perfeccionar la carrera de Oficiales, Suboficiales y del personal técnico. El decreto expedido con apoyo en esta disposición lejos de mejorar a los Oficiales en su carrera les crea una situación menos ventajosa puesto que aumenta en siete años, casi el doble, el requisito de tiempo de servicio para que el personal de la fuerza aérea pueda disfrutar de la ley que han sido rebasadas en detrimento de los aviadores.

De otra parte, con base en autorizaciones especiales, según jurisprudencia del Consejo de Estado, no se pueden modificar ni derogar las leyes. El doctor Tulio Enrique Tascón en su tratado de *Derecho Constitucional Colombiano*, dice al respecto lo siguiente:

“Las autorizaciones especiales u ordinarias de que habla el ordinal 8º son cosa muy distinta de las facultades extraordinarias de que habla el ordinal 9º. El Consejo de Estado, separándose del parecer de la Corte Suprema, ha dicho que los Decretos del Órgano Ejecutivo dictados en uso de autorizaciones especiales no pueden modificar ni derogar las leyes, pues para este efecto se requieren facultades extraordinarias. Tales autorizaciones deben contraerse a la ejecución de actos administrativos (jamás legislativos) que, dentro de la órbita constitucional que determina las funciones propias de la administración, pueden serle concedidas a ésta: se limitan a actos que constitucionalmente la Administración no puede ejecutar sin la previa o posterior aprobación del Congreso; los ejemplos puestos por el ordinal 8º aclaran el pensamiento del Constitu-

yente: celebración de contratos, negociación de empréstitos y enajenación de bienes, a los cuales podría agregarse: la ejecución de obras nacionales o el establecimiento de ciertos servicios públicos, es decir, actos todos ellos de carácter meramente administrativo”.

b) Autorizaciones extraordinarias:

Las facultades extraordinarias de que fue revestido el gobierno nacional por el artículo 16 de la Ley 128 de 1941 se refieren a toda una serie de aspectos de la vida administrativa, económica y fiscal del país pero no comprenden las materias sobre que versó el Decreto 1680 de 1942. Esta circunstancia había sido ya observada por el Consejo de Estado cuando no aplicó por inconstitucionales los Decretos 1025 y 1123 de 1942 “elaborados también con base legal en las mismas normas de facultades extraordinarias que se invocan en el Decreto reservado 1680”.

Además media el antecedente de que el Consejo de Estado en sentencia del doctor Gabriel Carreño Mallarino, con relación al caso del capitán aviador Enrique Moncayo, idéntico al del teniente Antonino Olano, dijo: “La circunstancia de exceder dicho decreto las facultades extraordinarias en que dice apoyarse le resta todo valor jurídico en contra de la Nación y de las entidades oficiales como la referida caja de sueldos de retiro”.

No parece justo que en igualdad de condiciones y de servicio se le decrete, como se hizo, sueldo de retiro al capitán Moncayo y se le negara al teniente Olano sin que las disposiciones del Decreto 1680 de 1942 hayan sido purificadas, por su transformación en ley, del vicio de inconstitucionalidad que enerva sus efectos.

La sentencia aludida lleva fecha de 6 de julio de 1943, y fue publicada en los números 329 a 334 de los *Anales del Consejo de Estado*, página 24, y en sus partes esenciales dice:

“El Capitán Aviador Enrique Moncayo, por medio de apoderado especial, pidió a la Comisión de la Caja de Sueldos de Retiro del Ministerio de Guerra, en escrito presentado a tal entidad el tres de octubre último, que le reconociera y ordenara pagar la pensión de que trata el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, por haber servido el mismo Moncayo durante más de ocho años en la Aviación Militar, y que le reconociera y ordenara pagar por el Tesoro Nacional “la compensación que la ley determina para los Oficiales Aviadores que sean retirados del servicio activo por invalidez relativa y permanente”.

El solicitante acompañó los siguientes documentos: a) Poder legalmente conferido al doctor Carlos Alberto Vergara Puertas; b) Hoja de servicios, en la cual consta que Moncayo sirvió en el Ejército, como Aviador Militar, durante ocho años, ocho meses y diez y nueve días; c) Certificado del Ministerio de Guerra que acredita que el solicitante no ha incurrido en las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 1º de la Ley 72 de 1917 y que el último sueldo de Moncayo fue de doscientos treinta y un pesos (\$ 231.00) mensuales; d) Sendos certificados del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República que demuestran, respectivamente, que el peticionario no ha recibido pensión del Tesoro Nacional y que no es deudor moroso del mismo Tesoro; e) Acta expedida por la Dirección General de Sanidad, Sección 2ª, Ministerio de Guerra, según la cual el solicitante padece de una inhabilidad relativa y permanente para el servicio activo en el Ejército, inhabilidad adquirida en tal servicio y por razón de éste.

“Por Resolución número 1244 de 3 de diciembre último, la mencionada Comisión de Sueldos de Retiro determinó reconocer al Capitán Moncayo el derecho a recibir de dicha entidad un sueldo mensual de retiro de ciento ochenta y cuatro pesos ochenta centavos (\$ 184.80), equivalente al ochenta por ciento (80%) del sueldo correspondiente a su grado, pagadero desde el 26 de noviembre de 1942, fecha en que se causó la novedad de la baja efectiva, advirtiendo que tal Oficial quedaba obligado a comprobar la supervivencia. Se omitió resolver la segunda petición de Moncayo, o sea la tocante a la compensación por la invalidez relativa y permanente.

“Esta Resolución se le notificó al apoderado del solicitante, y él la aceptó expresamente.

“En cumplimiento del artículo 158 de la Ley 167 de 1941, la providencia antedicha pasó a estudio del Ministerio de Guerra, y éste, en Resolución número 379, de 10 de abril postrero, la improbo en todas sus partes, teniendo en cuenta que la Caja de Sueldos de Retiro dejó de aplicar el Decreto 1680 de 1942 al caso contemplado. Establece este Decreto —según dice el Ministerio— que sólo después de cumplir doce años los pilotos y quince el resto del personal, se tiene derecho a sueldo de retiro y a una cantidad unitaria equivalente a un año de sueldo de actividad en caso de retiro por invalidez permanente y relativa. El Ministerio en el mismo acto resolvió reconocer, en cambio, al Capitán Moncayo como indemnización por tal invalidez la cantidad de cinco mil quinientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 5.544), equivalente a dos años de sueldo de actividad del solicitante, aplicando también en este aspecto el Decreto 1680 de 1942, ordinal b) del artículo 52. Ni el Consejo de Estado ni los particulares conocen este Decreto por ser de carácter reservado. (Folios 26 y 27 del expediente).

“El apoderado del demandante apeló en tiempo de esta última resolución ante el Consejo de Estado. Surtido el trámite de que trata el artículo 160 de la Ley 167 de 1941, y no habiéndose solicitado practicar pruebas distintas de las que desde el principio de la actuación administrativa obran en el expediente, procede ahora pronunciar sentencia, para lo cual se considera:

“El Fiscal del Consejo dice:

“La Resolución del Ministerio se basa en el Decreto 1680 de 1942, que es de carácter reservado y que no ha sido publicado. Todo esto consta en el expediente, siendo de advertir que sin estar promulgado dicho acto no puede aplicarse a los particulares, porque eso iría contra lo dispuesto en el artículo 52 del Código Político y Municipal. Por otra parte, no está de más observar que si el Consejo no aplicó por inconstitucionales los Decretos 2025 y 1123 de 1942, ‘elaborados también con base legal en las mismas normas de facultades extraordinarias que se invocan en el Decreto reservado 1680’, con mayor razón debe dejar sin aplicación éste último.”

Las razones de la Fiscalía son suficientemente claras y concluyentes, por lo que el Consejo las acoge en su integridad.

Aunque la Resolución del Ministerio de Guerra ha venido al Consejo en apelación, es lo cierto que impone obligaciones a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro, “que es persona administrativa de carácter nacional” (artículo 159, Ley 167 de 1941 *in fine*). Dicha Resolución hubiera, pues, venido a esta corporación de todos modos en grado de consulta.

Por tanto, el Consejo a pesar de que el recurso de alzada debe entenderse interpuesto sólo en lo desfavorable al apelante, tiene en este caso jurisdicción para revocar el acto recurrido, como habrá de hacerlo, aun en aquella parte que favorece al Capitán Moncayo e impone una obligación ilegal a la Caja de Sueldos de Retiro: la de pagar \$ 5.544 moneda legal a Moncayo como indemnización por la invalidez de que se ha hecho mérito. La misma razón que hay para revocar el acto acusado en cuanto perjudica al recurrente, obra también para revocarlo en cuanto lo favorece con detrimento de la Caja de Sueldos de Retiro. Si, como lo estima el Consejo, el hecho de ser reservado el Decreto 1680 de 1942, lo hace inaplicable en contra de los particulares, la circunstancia de exceder dicho Decreto las facultades extraordinarias en que dice apoyarse le resta todo valor jurídico en contra de la Nación y de las entidades oficiales como la referida Caja de Sueldos de Retiro.

"Basta lo expuesto para que el Consejo de Estado, en un todo de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falle, como en efecto falla:

1º Revócase la Resolución número 379, de diez de abril postrero, originaria del Ministerio de Guerra, por la cual se impróbó en todas sus partes la número 1244, de 3 de diciembre último, de la Comisión de Sueldos de Retiro del mismo ramo; y

2º Confírmase la Resolución número 1244, de 3 de diciembre último, de la referida Comisión de Sueldos de Retiro".

- IV -

Ambito de esta sentencia

El Consejo observa que el gobierno no tenía facultad para modificar el contenido del artículo 1º de la Ley 6ª de 1936 y que por las razones que antes se expusieron, no debe darse aplicación al parágrafo 1º del artículo 31 del Decreto 1680 de 1942. En consecuencia, el juicio que en este fallo se emite sólo comprende la no validez del parágrafo que acaba de citarse pero no se refiere a las demás disposiciones del Decreto que requerirían un estudio especial que no es pertinente desarrollar porque no están *sub judice*. En efecto, muchas de esas disposiciones tienen base en las autorizaciones especiales que se han citado y otras toman su fuerza de la potestad reglamentaria de que está investido el gobierno para reglamentar ciertas leyes.

- V -

Liquidación

De conformidad con la disposición que debe aplicarse, o sea, el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, los colombianos que hayan servido a la República como aviadores militares o civiles, durante un lapso mayor de 8 años y que estén incorporados en el Ejército, tendrán derecho a una pensión de retiro igual al 80 % del sueldo que estén devengando en el momento en que se les conceda el retiro. De conformidad con las pruebas que obran en autos el último sueldo que devengó el teniente Antonino Olano Arboleda fue de doscientos diez pesos (\$ 210.00), lo que le da derecho a una pensión de retiro de ciento sesenta y ocho pesos (\$ 168.00).

- VI -

Fallo:

En virtud de las consideraciones anteriores el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, reconoce a favor del teniente Antonino Olano Arboleda el derecho a gozar de una pensión mensual de retiro de ciento sesenta y ocho pesos m. l. (\$ 168.00) a partir del 10 de septiembre de 1945, día de la solicitud, la cual le será pagada por la Caja de Sueldos de Retiro de los Oficiales del Ejército.

Queda en estos términos reformada la Resolución objeto de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Se habilitará el papel común empleado en la actuación.

Carlos Rivadeneira G.—Gustavo A. Valbuena—Guillermo Hernández Rodríguez—Jorge Lamus Girón—Gonzalo Gaitán—Firmo con salvamento de voto, Tulio Enrique Tascón—Gabriel Carreño Mallarino—Luis E. García V., Srío.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR TULIO ENRIQUE TASCON

En el fallo que precede salvo mi voto por las mismas razones que expuse en el proyecto de sentencia que como consejero sustanciador sometí a la consideración de la Sala y que fue negado por ésta.

Dichas razones son las siguientes:

Aparece de la correspondiente hoja de servicios que el Teniente Piloto Antonino Olano Arboleda sirvió en la fuerza aérea por un tiempo de 8 años y 10 meses, que se elevan a 9 años conforme al artículo 13 del Decreto 1795 de 1942, y que fue retirado del servicio activo en forma temporal y a solicitud propia, después de haber realizado un número de horas de vuelo de 1.229 y 55 minutos.

La Comisión de Sueldos de Retiro para negarle al peticionario el reconocimiento y pago de la pensión de retiro del 80% del último sueldo devengado, que solicitó con invocación del artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, se fundó en que el Teniente Piloto Olano Arboleda no tenía el tiempo de servicio que determina el parágrafo 1º del artículo 31 del Decreto número 1680 de 1942 en cuanto se refiere a los oficiales pilotos que se retiren voluntariamente, tesis que el Ministerio encontró conforme con las disposiciones legales que rigen la materia, en la providencia que ha sido materia de la alzada.

El recurrente en su alegato ante el Consejo sostuvo que es aplicable al caso de autos el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, concepto que ha acogido la mayoría de la Sala por estimar que es la interpretación más favorable y que en tal virtud dicha ley debe prevalecer sobre el Decreto 1680.

Pero el suscrito observa que el artículo 7º de la Ley 196 de 1936 dispuso:

“El Gobierno dictará las reglamentaciones que fueren necesarias para la cumplida ejecución de esta ley, así como sobre primas de riesgos y vuelos, sobre carrera técnica del personal de aviación, sobre la formación del escalafón del arma y sobre inclusión, dentro de las disposiciones sobre Caja de Sueldos de Retiro, de todo el personal técnico de aviación”.

La Ley 89, por su parte, dispuso:

“Artículo 8º Autorízase al Gobierno para dictar providencias que tienden a organizar las fuerzas militares en el sentido de mejorar su funcionamiento y de perfeccionar la carrera de Oficiales, Suboficiales y el personal técnico”.

Con base en tales autorizaciones el Gobierno dictó el Decreto número 991 de 1941, “orgánico de la fuerza aérea”, al cual se ha dado aplicación en la resolución que se revisa.

Esto está diciendo que la Ley 6ª de 1936 se encuentra hoy modificada, como así lo dijo el Consejo en sentencia de 12 de diciembre del año pasado, proferida en el caso del Mayor Piloto Alberto Parada Carrillo y a la cual pertenecen los siguientes párrafos:

“Para sustentar su tesis, el doctor Isaacs alega que conforme al artículo 2º de la Ley 196 de 1936, el personal técnico de la aviación tiene derecho a pensión o sueldo de retiro en las mismas condiciones que los Oficiales de guerra según las leyes vigentes, o sea sueldo de retiro y compensación por invalidez adquirida en el servicio y determinantes del retiro, y que según el artículo 40 de la Ley 2ª de 1945, la compensación debe graduarse de acuerdo con la disminución de la capacidad para el

trabajo, siendo, por tanto, aplicables a los aviadores las disposiciones del reglamento de invalideces.

“El Consejo observa que el artículo 68 de la Ley 2ª de 1945 enseña: ‘Las pensiones, auxilios, asignaciones de retiro y compensaciones para el personal de la Armada Nacional, se rigen por las disposiciones de esta ley, con las variaciones que establece su propia legislación’. Esto quiere decir que tratándose de compensaciones para oficiales de la Armada continúa rigiendo el Decreto 1680 de 1942, ya que las prestaciones sociales para los miembros de la marina de guerra y de la fuerza aérea nacional han sido objeto de legislación especial para cada arma, a partir de las leyes 6ª, 105 y 196 de 1936, relativas la primera y la última a la fuerza aérea y la segunda a la marina. Así se explica que los Decretos 1025 y 1123 de 1942 se entendieran aplicables únicamente a la fuerza terrestre y que para hacerlos extensivos a la Armada Nacional se hubiera considerado necesario disponerlo expresamente por medio de los artículos 46 del primero y 59 del segundo; que respecto de la fuerza aérea se dictara separadamente el Decreto 1680 de 1942, y que, para hacer aplicables a la marina las disposiciones de la Ley 2ª de 1945, en lo relativo a prestaciones, se incluyera en su texto el artículo 68 transcrito.

“Ahora bien, la no inclusión de la fuerza aérea en las disposiciones del artículo 68 de la Ley 2ª ni en otro artículo especial, no puede tener otra consecuencia que la de que las prestaciones sociales de la fuerza aérea sigan rigiéndose por la disposición especial anterior a la Ley 2ª, tal como se resolvió en las sentencias referentes al mecánico Botero Medina y al aviador González Echeverri”.

Esto quiere decir que, conforme a la transcrita jurisprudencia del Consejo, el Decreto 1680 de 1942 es aplicable a casos como el que se contempla y que, en consecuencia, la providencia que niega al piloto Olano Arboleda el sueldo de retiro por él solicitado resulta arreglada a las disposiciones sobre el particular vigentes, y en este concepto la Resolución 2005 de 1945, dictada por el Ministerio de Guerra y que ha sido materia de la apelación, ha debido ser confirmada.

Bogotá, junio 1º de 1946.

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

INDEMNIZACIONES

(Consejero ponente, doctor Gustavo A. Valbuena)

9

Consejo de Estado. — Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

“El Siglo, S. A.”, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, por medio de su Gerente, señor Luis Ignacio Andrade, quien en tal calidad constituyó como apoderado de aquella entidad al doctor Hernando Uribe Cualla, abogado titulado e inscrito, presentó en la Secretaría del Consejo, con fecha 13 de septiembre de 1944, un escrito para los fines que en seguida se expresan.

La demanda

- “Solicito que el Consejo de Estado por los trámites de un juicio administrativo, con audiencia y citación del agente del ministerio público o sea del Fiscal del Consejo de Estado, se (sic) decrete a favor de la sociedad anónima “El Siglo, S. A.” domiciliada en Bogotá, y en contra de la Nación, las indemnizaciones correspondientes que ésta debe pagar a aquélla, como consecuencia de la clausura y suspensión del periódico “El Siglo” que por una vía de hecho de la Administración, dejó de imprimirse y salir al consumo del público desde el día 11 de julio del corriente año hasta el 6 de agosto también del corriente año, inclusive.

“Pido desde ahora que como monto de la indemnización, se señale la cuantía que fijen peritos expertos, nombrados legalmente por las partes dentro del término de prueba.

“Son hechos de esta demanda:

“1° El día 10 de julio del corriente año, estalló en la lejana población de Pasto, un alzamiento militar y fue puesto preso el Presidente de la República señor Alfonso López, que se hallaba en esa ciudad con ocasión de unas maniobras militares, y en ejercicio del mando.

“2° El mismo día se encargó de la Presidente de la República en su calidad de primer designado el señor doctor Darío Echandía y con la firma de todos los ministros, previo concepto del Consejo de Estado, se declaró turbado el orden público, en todo el territorio nacional (decreto número 1632 de 1944);

“3° El mismo día 10 de julio se dictó por el señor Director General de la Policía Nacional, General Carlos Vanegas M., la resolución número 882 de 1944 que figura publicada en el *Diario Oficial* de 11 de julio del corriente año (número 25.590), y en la cual se comisionó a los señores Jefes de la Oficina de Información y Control de Noticias, al abogado Jefe de la Asesoría Jurídica y al Mayor Alvaro González, del Ejército Nacional, para que revisen todo el material impreso destinado a la publicación en las redacciones de los periódicos de la ciudad;

“4° En esa misma resolución se dispuso que: ‘En esa labor obrarán de acuerdo con los funcionarios citados, los señores Comandantes Guillermo Nieto Gracia, Alfonso Escobar Calvo, Diógenes Osorio, Alberto Lara y Benito Arce, quienes permanecerán en las redacciones de los periódicos en el siguiente orden:

En “El Tiempo”, el señor Comandante Guillermo Nieto Gracia; en “El Liberal”, el señor Comandante Alfonso Escobar Calvo; en “El Diario Popular”, el señor Comandante Diógenes Osorio; en “El Espectador”,

el señor Comandante Lara; en "La Razón", el señor Comandante Benicio Arce;

"5º En dicha resolución se excluyó el nombre de "El Siglo" y se prescindió de designarle el funcionario civil o militar para que revisase todo el material impreso destinado a la publicidad";

"6º Ningún periódico podía salir desde el día 11 de julio sin estar sometido a la censura, la cual físicamente no podía actuar sin el nombramiento de censores;

"7º El día 10 de julio en las horas del medio día, llegó al edificio de *El Siglo* una escolta de la Policía Nacional, rodeó el inmueble e impidió la entrada y salida del personal de redactores y de empleados en general;

"8º La fuerte escolta que rodeó el inmueble y la manzana en que se halla situado, estaba comandada por el Oficial Salgado, del Ejército Nacional y por el Capitán Díaz Torres. Estos solicitaron hablar con el Jefe del personal de *El Siglo* y le dijeron al primer sub-Gerente de la Empresa, doctor Alvaro Gómez Hurtado, que por orden superior el personal que se hallaba dentro del edificio no podía salir y que ninguna persona podía entrar; que tampoco se permitiría la entrada de víveres, artículos o enseres;

"9º El doctor Alvaro Gómez Hurtado preguntó a los oficiales que mandaban la escolta que si los ocupantes del edificio se debían considerar como detenidos, a lo cual el oficial Salgado contestó que la situación jurídica del personal no la calificaba, pero que sostenía las medidas que se acaban de comunicar al sub-Gerente de la empresa verbalmente;

"10º La misma medida se tomó en los locales que quedan en la parte baja del edificio con la carrera 13 y para la calle 15, que estaban alquilados a distintas personas por el Banco Central Hipotecario, administrador del inmueble; y esa providencia se extendió también al apartamento que ocupaban el doctor Laureano Gómez y su familia;

"11º El sábado 15 de julio el Gerente de la empresa acompañado del señor Luis Enrique Uribe Cualla, Cajero de la misma y del Jefe de Máquinas, señor Carlos J. Moreno, a eso de las dos y media de la tarde pretendieron entrar a las dependencias de *El Siglo* y se lo impidieron los policías de la escolta;

"12º El 19 de julio el suscrito Gerente solicitó permiso para entrar al edificio al Jefe de la Seguridad, con el objeto de sacar dinero para atender a gastos urgentes de la empresa. Aquel, previa consulta al Director General de la Policía, dejó entrar al suscrito Gerente con el Cajero y con el cobrador señor Zerda, pero custodiados por un detective;

"También fue preciso pedir permiso al Jefe de la Seguridad para poder sacar del apartamento que habitaba el doctor Laureano Gómez con su familia, algunos efectos de uso personal. El Gerente de la empresa y el doctor Dario Botero Isaza, miembro de la Junta Directiva de la misma, le expusieron el caso al Jefe de la Seguridad y previa consulta con el señor Director General de la Policía Nacional, se permitió que el Gerente con una señora de la familia del doctor Gómez entraran a sacar las cosas de uso personal, bajo la vigilancia de detectives. En esa ocasión se permitió también a los arrendatarios de los locales que penetraran a ellos, previa una inspección de que no estaban comunicados con las oficinas de *El Siglo* y por esa razón hubo que construir una pared para independizar más fuertemente uno de aquellos locales del que ocupa *El Siglo*;

"13° Como el Banco Central Hipotecario según convenio hecho por escritura pública, es administrador del edificio de *El Siglo*, y la empresa que gerencio es arrendatario del Banco, se le hizo saber por carta del 22 de julio del corriente año la perturbación que estaba sufriendo la empresa y se le pedía que en su calidad de arrendador restableciera a sus inquilinos en el uso y goce del inmueble arrendado. El Banco contestó que no podía actuar porque estaba enfrente de un caso de fuerza mayor debido a actos de la autoridad;

"14° El señor Alberto Barrientos, Inspector de la Compañía Colombiana de Seguros, comisionado por esta entidad, se presentó con el suscrito Luis Ignacio Andrade, el día 17 de julio del corriente año al edificio de *El Siglo* en las horas de la mañana, para examinar los daños causados por un motín popular que estalló frente a *El Siglo* el referido 10 de julio del corriente año, no obstante que las manifestaciones públicas estaban prohibidas según decreto número 1636 de 1944, publicado en el *Diario Oficial* del 11 de julio del mismo año;

"15° Los visitantes de que trata el numeral anterior, no pudieron penetrar al edificio por habérselo impedido la policía;

"16° El día 29 de julio entre las tres y las cuatro de la tarde se presentaron con ánimo de entrar a las oficinas de *El Siglo* el suscrito Gerente de la empresa acompañado de los señores Silvio Villegas, Carlos Echeverri Cortés, Gabriel Carreño Mallarino y Hernando Uribe Cualla, quienes encontraron cerradas las puertas del edificio y custodiado éste por cuatro agentes de la Policía Nacional;

"17° El suscrito Gerente quiso entrar al edificio con sus compañeros pero los agentes de la policía se lo impidieron; uno de éstos en vista de la insistencia del personal que acompañaba al suscrito, manifestó que iba a consultar el punto con el Capitán Sáiz, y efectivamente lo llamó por el teléfono de una tienda vecina. Pocos minutos después acudió el referido Capitán y dentro del café que funciona en los bajos de *El Siglo* manifestó que no podía acceder a la solicitud de permitir la entrada porque tenía órdenes superiores en contrario, pero que iría a pedir nuevas instrucciones, y volvería luego. Así lo hizo y a los veinte minutos más o menos se presentó el Capitán Sáiz y declaró ante todos los presentes que el propio Director de la Policía Nacional, General Carlos Vanegas, le había confirmado la orden de no permitir que entrara ninguna persona en el edificio;

"18° Desde el día 10 de julio, por orden de la policía comunicada a las respectivas empresas, fueron suspendidos los servicios públicos de electricidad y teléfonos pertenecientes a *El Siglo*;

"19° El 13 de julio del corriente año el señor doctor Alvaro Gómez Hurtado como sub-Gerente de *El Siglo*, S. A., dirigió una comunicación al señor Presidente de la República para dejar constancia de varios hechos. Se agrega una copia de la escritura de protocolización del respectivo documento. (Escritura número 3395 de 13 de agosto de 1944 otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá);

"20° La Gerencia de *El Siglo* solicitó del Tribunal Superior de Bogotá que se practicase una inspección ocular en las oficinas y dependencias de *El Siglo* para establecer ciertos hechos que aparecen relacionados con la diligencia de inspección ocular que tuvo lugar en los días 2, 3 y 9 de agosto del corriente año, según consta de la copia auténtica que se acompaña a esta demanda;

"21° El día 5 de agosto se permitió por la policía que entraran al edificio de *El Siglo* el Gerente y demás personal de redacción y administración a ocuparse en sus labores habituales;

"22° El día 7 de agosto reapareció el periódico bajo censura y previo nombramiento de censores para el periódico señores Jorge Castaño Castillo y Jaime Soto;

"23° Las labores de la empresa editorial *El Siglo*, S. A. y por consiguiente las del periódico *El Siglo* que en ella se edita, para cumplir uno de los fines sociales, duraron suspendidas a causa de las órdenes oficiales que se dejan relacionadas en los numerales anteriores, durante 27 días, en los cuales la empresa se gravó con todos los gastos ordinarios sin rendimiento alguno;

"24° *El Siglo* dejó de cumplir desde luego por fuerza mayor, durante 27 días, con los compromisos que tenía pactados con muchos anunciantes;

"25° Al iniciar de nuevo sus labores sufrió la empresa los daños consiguientes a la vida de una casa editorial y de un periódico que dejó de serlo, por la misma suspensión, como se demostrará en el término probatorio;

"26° Ocurrió desde luego una desorganización del periódico y de la marcha normal de la empresa, determinada por la suspensión violenta de sus labores;

"27° La suspensión de un diario produce tales perjuicios que *El Tiempo* y *El Espectador*, debido a un daño en su maquinaria, para evitarlos prefirieron como es público y notorio, pedir hospitalidad en los talleres de *El Siglo*, S. A. para editarles dos ediciones de cada uno de ellos, no obstante la condición de adversarios y de competidores. *El Siglo*, por elementales consideraciones entre colegas, accedió a ello, pues jamás pretendió favorecerse con la fortuita suspensión de aquellos periódicos;

"28° Las condiciones en que el edificio de *El Siglo*, S. A. estuvo durante los 27 días corridos del 10 de julio al 7 de agosto del corriente año, bajo el control de la policía, con la suspensión de los servicios eléctricos y telefónicos, desacreditó los locales de propiedad de la empresa, hizo muy difícil la valorización de los arrendamientos respectivos y está dificultando la colocación del local que se halla desocupado;

"29° La maquinaria abandonada, sin engrasar durante 27 días, sufrió considerables desperfectos, aun cuando ahora haya vuelto a prestar servicios;

"30° A causa de los mencionados hechos y actos de la Administración, la empresa de *El Siglo*, S. A. y su periódico *El Siglo*, han sufrido como es obvio considerables perjuicios materiales que se podrán apreciar oportunamente;

"31° *El Siglo*, S. A. compró al General Roberto Leiva M. por escritura pública número 376 de fecha 4 de marzo de 1940, otorgada en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, el lote y el antiguo edificio que sobre él se había construido. En dicho lote se hizo una nueva construcción y por escritura pública número 616 de 7 de abril de 1941, otorgada en la Notaría 5ª se protocolizaron las declaraciones de construcción del nuevo edificio de propiedad de la Editorial *El Siglo*, S. A.;

ficio en que funciona *El Siglo* y es dueña de dicho periódico que forma la parte más importante de su patrimonio; y

"33° Entre los fines sociales de la sociedad anónima *El Siglo*, S. A. está el de fundar un diario que venía publicándose sin interrupción desde el día 2 de febrero de 1936 hasta el 10 de julio del corriente año, y que reanudó labores como se deja explicado, el 7 de agosto del corriente año. La Editorial *El Siglo*, S. A. se constituyó por medio de escritura pública número 3224 de fecha 7 de diciembre de 1934, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá".

Después de la relación de hechos que se deja inserta, se incluye en la demanda una serie de consideraciones y razonamientos de derecho, tendientes a justificar la indemnización pedida, con base, especialmente, en lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 167 de 1941. Del mérito de tales argumentos se hará el estudio correspondiente en el lugar destinado al efecto en el presente fallo.

La competencia

Presentada la demanda en cuestión, fue sometida a un largo debate para determinar la competencia, así: el Presidente del Consejo, a quien fue repartida, la regó, por las razones expuestas en auto de 23 de septiembre de 1944; el mandatario del actor, doctor Uribe Cualla, interpuso entonces el recurso de súplica para ante la Sala de Decisión; correspondió por tal motivo el estudio del negocio al Consejero doctor Carreño Mallarino, quien presentó con fecha 18 de octubre el proyecto respectivo, pero por disposición de la Sala, pasó en circulación al Consejero doctor Peñaranda Arenas; con fecha 14 de diciembre, fue considerado nuevamente el proyecto Carreño Mallarino, y se dispuso que el juicio fuera al estudio del Consejero Lamus Girón, quien redactó un nuevo proyecto, el cual fue negado en sesión del 19 de abril de 1945, y, en consecuencia, el asunto fue encomendado al Consejero doctor Gaitán para la redacción de otro proyecto; finalmente, con fecha 25 del mismo abril, fue aprobado por mayoría el del señor Consejero últimamente nombrado, con salvedades aclaratorias en cuanto a la parte motiva, hechas por el Consejero doctor Hernández Rodríguez y con salvamento de voto formulado por el Consejero doctor Lamus Girón, piezas en las cuales se consignan serios y respetables argumentos jurídicos en pro de los puntos de vista de sus respectivos autores. Pero es el caso, como queda dicho, que la demanda fue admitida por la mayoría, y, por ende, la cuestión de la competencia quedó decidida una vez por todas.

La personería

Un aspecto que debe examinarse previamente también en esta clase de negocios, es el relativo a la personería (aquí solamente en cuanto a la parte actora, por razones obvias), como presupuesto procesal imprescindible, como factor esencial, máxime tratándose de personas jurídicas. Porque si no aparece demostrada la existencia de la entidad que se presenta como demandante (personería sustantiva), o su representación (personería adjetiva), todo conforme a derecho, faltaría el sujeto activo de la relación procesal, en el primer caso, no se harían las súplicas de la demanda por medio del órgano competente, en el segundo, y entonces no habría elemento subjetivo de la acción, para que pudiera recaer un fallo adverso o favorable, o estaría mal representado.

En el presente caso, la demanda se ha promovido por la sociedad anónima que gira bajo la razón social de *El Siglo*, S. A., y conforme al precepto contenido en el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial —y la de que se trata lo es—, bastará un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que conste el número, fecha y Notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieren reformado, con las indicaciones generales que se exigen para los extractos de que tratan los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara de Comercio. El certificado en cuestión no se ha traído a los autos, pero en cambio sí se acompañó a la demanda, entre otros documentos, copia registrada de la escritura pública otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, con fecha 7 de diciembre de 1934, bajo el número 3224, en la cual aparece que los doctores Laureano Gómez y José de la Vega acordaron organizar una sociedad comercial anónima denominada “El Siglo, S. A.”, con domicilio en esta ciudad, expresando la forma de administración social y su representación jurídica, el capital suscrito y pagado por cada uno de los socios fundadores, las negociaciones sobre que debe versar el giro de la sociedad, lo relativo a distribución de utilidades, la época en que principió la sociedad y los eventos de su disolución, la forma de liquidación social llegado el caso, y, en general, los demás pactos que deben contener los contratos de esta naturaleza, previstos en los artículos 467 y 552 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898. Por consiguiente, al decir el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, que para acreditar la constitución y existencia de una compañía comercial, *bastará* el certificado allí especificado, vale decir, será suficiente, está indicando que puede haber otro medio de prueba al efecto, y siendo esto así, ninguno más a propósito que el propio acto solemne de la constitución social, si, por lo demás, reúne las formalidades legales. De otro lado —dicho sea de paso— según el artículo 43 de la Ley 58 de 1931, ninguna sociedad anónima podrá constituirse con menos de cinco accionistas, pero la ley que se acaba de citar fue suspendida desde la sanción de la 134 del mismo año, y su vigencia no comenzó sino el 1º de septiembre de 1937, por virtud del artículo 15 de la Ley 128 de 1936, de suerte que en 1934, año en el cual fue constituida la sociedad demandante, bien podría fundarse la entidad con sólo dos socios, como se hizo.

Ahora bien: por el aspecto de la representación, dispone el artículo 41 de la precitada Ley 28 de 1931 que la certificación escrita autorizada con la firma del Presidente y del Secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la Gerencia o sea representante legal de una compañía o sociedad comercial, de acuerdo con los registros que existan en la misma Cámara, constituirá prueba suficiente de la personería ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas.

A este propósito también se acompañó con la demanda un testimonio escrito que a la letra dice:

“El Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá,

“Certifican:

“Que de acuerdo con el extracto del Acta número 113, de la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad denomi-

nada "El Siglo, S. A." verificada el día siete (7) de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con fecha veinticinco de abril del mismo año, bajo el número 10.903, página 628 del libro respectivo, consta que fue nombrado Gerente principal de dicha sociedad el señor Luis Ignacio Andrade; primer subgerente, el señor Alvaro Gómez Hurtado; y segundo subgerente el señor Luis E. Uribe Cualla, quienes en tal virtud y por no aparecer registro posterior de nombramientos, se hallan actualmente en ejercicio de sus cargos.—Bogotá, agosto catorce (14) de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).

El Presidente, L. A. Lara B. (L. S.)—El Secretario, Carlos Torres Durán (L. S.)"

Como se ve, el certificado inserto no menciona el número, fecha ni Notaría del otorgamiento de la escritura social, ni otros factores distintos de la enunciación de la razón bajo la cual gira la sociedad, para establecer la identidad de la institución a que los dos documentos se contraen, pero es de presumir que sea la misma por cuanto en el expediente no aparece dato ninguno en contrario, y, además, aquella certificación supone el registro anterior de tal compañía en la Cámara de Comercio, pues de otro modo ésta no habría expedido un testimonio aislado, referente a "la sociedad denominada "El Siglo, S. A.", por el solo registro de una acta, sin que existieran en su poder todos los antecedentes de la constitución social.

Por lo dicho, es preciso concluir que tanto la personería sustantiva como la adjetiva, están acreditadas relativamente a la entidad demandante.

La acción

Se trata de saber ahora, primero en abstracto, si es o no procedente una demanda sobre indemnización u otras prestaciones, fundada en hechos o actos de carácter administrativo, que no estén representados materialmente ni por razones formales en decretos y resoluciones, por falta de la determinación externa de esta clase de providencias, o, por mejor decir, si hay actos no configurados en la forma dicha, pero que, sin embargo, son susceptibles de acción por las consecuencias que de ellos se derivan, sin que sea preciso, por una u otra causa, demandar y obtener previamente su anulación.

A este propósito, existe en el Código Administrativo el Capítulo VII del Título II, sobre "La jurisdicción contra los actos de la administración", en el cual se encuentra una serie de disposiciones relacionadas con la materia en estudio, que conviene analizar siquiera sea brevemente, en busca de solución acertada a la cuestión que se deja propuesta.

Dice, al efecto, el artículo 62 en lo pertinente, que podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

De esta manera se enuncian en el Código las bases generales del contencioso de anulación, haciendo notar sus elementos subjetivos y objetivos, como también los efectos jurídicos que está llamado a producir, y para no ser casuista en relación con el objeto, empleó la expresión genérica y otros actos, significando así que no sólo los que ostentarán la estructura ordinaria de decretos o resoluciones, podían caer en el campo de la acusación.

Al respecto, el doctor Tulio Enrique Tascón en su obra "Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano" (segunda edición, 1946), inserta, tomamos de la exposición de motivos del proyecto de Código, entre otros, los siguientes pasajes:

"Con este criterio, en primer término se relacionan los actos susceptibles de acción y los motivos por los cuales procede su nulidad, ya porque con ellos se cause una transgresión de normas jurídicas jerárquicas superiores, a las cuales deben estar sometidos; ya porque se expidan en forma irregular, esto es, sin el lleno de los requisitos necesarios; o porque falte competencia en el funcionario o corporación que los profiere, o porque existiendo la competencia, haya desviación en su ejercicio o en el fin jurídico del acto.

"Así, pues, la tutela jurisdiccional de esta acción de nulidad puede enderezarse contra los actos de la administración nacional, departamental o municipal, o de una Intendencia o Comisaría, cualquiera que sea el funcionario o corporación administrativa que los pronuncie, a fin de restituir el imperio de la juridicidad objetivamente considerado.

"En el orden nacional la sanción de nulidad recae sobre aquéllos actos que se dicten contra los preceptos de la Constitución o la ley, cuando provienen del Gobierno, los Ministros y otros funcionarios, o personas administrativas adscritas al servicio público del Estado.

"Actualmente —continúa la exposición de motivos—, según las reglas de la Ley 130, la acción que ella consagra se limita a presentar el orden jurídico contra las resoluciones de los ministerios (artículo 18, ordinal i) y los actos del gobierno o de los Ministros, permitiendo su anulación por concepto de inconstitucionalidad o ilegalidad (artículos 78 y 79). Como se ve, el proyecto extiende la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado, al colocar bajo su control los actos de otros funcionarios distintos de los ministros e imponer entre ellos el recurso de anulación cuando se invoca para mantener el imperio de la Constitución o la ley."

Hasta aquí, como queda visto, el Código vigente señala un positivo avance, no sólo en cuanto al objeto de la acusación, extendiéndola a otros actos distintos de los decretos y resoluciones, sino en lo referente a la procedencia de ellos, que comprende ya a los emanados de cualquiera funcionarios, empleados o personas administrativas. En seguida, el mismo estatuto prevé lo relativo a las acusaciones contra los actos de las Asambleas, los Gobernadores, los Intendentes y Comisarios, los Concejos y las autoridades o funcionarios administrativos del orden municipal (artículo 63, 64 y 65), disposiciones éstas y la del artículo 62, que se complementan con el 66, al consagrar y definir la acción de nulidad y prescribir que procede ella, no sólo por los motivos expresados, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere.

Los preceptos que se dejan estudiados, si bien el último le otorga la acción de nulidad a toda persona, no contemplan sino los intereses públicos o generales, a menos que el acto de que se trate haya creado situaciones individuales, concretas o subjetivas, caso en el cual la acción correspondería a quien se creyera herido en sus intereses particulares, en armonía con el principio que la fija en cabeza de quien tenga el interés jurídico correlativo. Pero el legislador dio otro paso adelante, al proveer en el artículo 67 *ibídem* que la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

No sobra traer aquí algunas explicaciones fundamentales del anterior precepto, y para ello basta tomar los apartes más salientes al intento de la exposición de motivos correspondiente, insertos por Tascón en su obra citada, y de los razonamientos originales del mismo autor

Dice tal exposición:

"Si el contencioso de anulación es un eficaz instrumento jurídico, que responde a la necesidad de mantener incólume el dominio de la ley, impidiendo el ejercicio desorbitado de los poderes que ella ha conferido a los administradores de los servicios públicos, en el desenvolvimiento de la actividad funcional del Estado, no basta a veces que el control de legalidad restablezca objetivamente, por medio de la anulación del acto perturbador, el orden jurídico, sino que es necesario, además, que el administrado, a quien esas actuaciones puedan lastimar, encuentre en los organismos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo la manera de ser protegido o restablecido en sus situaciones subjetivas de derecho.

"Aparece así el contencioso de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, que el proyecto tiende a estructurar, separándose de los rasgos generales de la llamada acción privada por la ley y la doctrina colombiana. La Ley 130 de 1913 modeló esta acción haciéndola apta para invocar y obtener la invalidación de un acto administrativo por lesión de un derecho civil; pero como es obvio, tal acción así limitada en su alcance y sus efectos, estaba aún muy lejos del contencioso de plena jurisdicción porque en éste, sobre todo, más que la finalidad de hacer desaparecer de la escena jurídica el acto irregular, se busca el efecto de tutelar subjetivamente un derecho desconocido o vulnerado por un acto jurídico de la administración o por la ejecución de un hecho material, y declarar el que exista en favor del agraviado".

En seguida, la misma exposición transcribe algunos párrafos del tratadista Roger Bonnard (*Précis de Droit Administratif*), tendientes a relevar la distinción entre las dos grandes categorías del contencioso —el de anulación y el de plena jurisdicción—, y, finalmente, emite el doctor Tascón estos conceptos:

"El artículo 67 no sólo ampara los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles que, según jurisprudencia de la Corte Suprema, son aquellos que versan sobre alguna de las materias a que se refiere el artículo 1º del Código Civil, sino los derechos adquiridos con arreglo a las leyes administrativas, por ejemplo, los derechos de los cultivadores de tierras baldías reconocidos por el Código Fiscal, los de los maestros de escuela para no ser removidos ilegalmente de sus cargos, etc.

"Es sabido que bajo la legislación anterior, sólo el agravio de los derechos civiles por un acto de la administración hacía procedente el ejercicio de la acción privada, por lo que quedaban por fuera de la protección los derechos que no habían sido adquiridos por los medios del Código Civil. Con la reforma, los derechos administrativos, o sean los producidos por relaciones entre los particulares y el Estado, quedan protegidos cuando son lesionados por un acto jurídico o material de quienes ejercen el poder público".

Se tiene, pues, hasta ahora, que son acusables o susceptibles de acción todos los actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios o personas administrativas, lo mismo que los de las entidades y corporaciones de esta categoría, sean nacionales, departamentales, municipales o de las Intendencias o Comisarías, a fin de que, mediante su anulación, si es el caso, se asegure el imperio de la legalidad, cuandoquiera que haya su-

frido lesión, mengua o menoscabo; y también que las personas naturales o jurídicas que se crean agraviadas en un derecho de origen civil o administrativo amparado por la ley, esto es, que les modifique o extinga alguna situación jurídica subjetiva, en detrimento patrimonial, por acto o hecho material proveniente de la Administración, pueden ocurrir en demanda enderezada no sólo a obtener su desaparición del cuadro de las instituciones jurídicas nacionales, sino, además, el restablecimiento en el derecho de que se trate.

Pero, a la inversa, podrá el particular agravado —y éste es el fundamento principal del presente capítulo—, ejercitar acción encaminada únicamente al restablecimiento de un derecho que se estima violado por acto originario de la Administración, sin que sea preciso demandar y obtener previa declaración de nulidad? A esto responde clara y distintamente el Código de la materia al decir en su artículo 68: “También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.

Bien se ve que el legislador quiso con este precepto extender, ante todo, hasta el máximo de la amplitud, los casos de procedencia de las acciones contencioso-administrativas, pues al paso que en los anteriormente analizados se contraen a decretos, resoluciones y otros actos, expresiones con las cuales se denota al menos cierta solemnidad pública, en el que ahora se estudia no se advierte elemento alguno limitativo, pues **hecho** en su forma positiva es todo lo que sucede o se hace, y operación, la ejecución de una cosa, como acción y efecto de operar. Lo que quiere decir que estos dos últimos vocablos son más genéricos en el plano jurídico que el primero, o lo que es lo mismo, que todo acto en derecho puede considerarse como hecho u operación, pero no al contrario, sobre todo en la rama administrativa. No de otra manera se explica la distinción que hace la ley, con visible ánimo de ampliar la órbita de acceso a los particulares relativamente a las gestiones de la Administración.

De otro lado, queda nítidamente establecido que en los eventos del artículo que se examina, la acción sobre restablecimiento del derecho procede, en forma de indemnización, según las palabras de la ley, sin necesidad de ejercitar la de anulación.

Confirma el anterior aserto, lo dicho en la exposición de motivos citada, de acuerdo con transcripción que se hace en la obra varias veces mencionada:

“La Ley 80 de 1935 —dice aquélla— dio un paso de positivo avance al disponer que, cuando se ejercita la acción privada, los fallos deberán determinar con la debida precisión la manera de restablecer el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se hubiere solicitado.

“No obstante esta norma, que vino a llenar un vacío en la función jurisdiccional del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos y a dar a las decisiones de estos organismos una eficacia hasta entonces no alcanzada, aún queda mucho por hacer en el sentido de estructurar legislativamente el contencioso de plena jurisdicción.

“En busca de este objeto se dictan las reglas necesarias según las cuales todo aquel que se crea lesionado en un derecho suyo, reconocido o sancionado por una norma de carácter administrativo o civil, puede pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en el derecho particularizado y concreto en el cual ha sufrido el agravio, o simplemente de-

mandar las indemnizaciones o prestaciones a que hubiere lugar, sin necesidad de solicitar nulidad ninguna, cuando la causa de la violación del derecho, subjetivamente considerado, es un simple hecho o una operación administrativa”.

La disposición que se comenta tiene, además, otros alcances que la justifican, como señalado progreso de las instituciones jurídicas. Porque, evidentemente, hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutados, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor. Así, por ejemplo, sin que preceda decreto, resolución u orden escrita emanada de autoridad competente que provea a una expropiación por causa de utilidad pública o interés social, como para la apertura de una nueva vía de comunicación, si de hecho se utiliza en desarrollo del plan la propiedad particular, su dueño dispondría de las acciones conducentes a quedar completamente indemne; así, cuando se ejecutan órdenes verbales, aun por los motivos más plausibles, pero que dejaron aquellos rastros o huellas, el particular agraviado, ante hechos cumplidos que no admitan reversión, se determinará por las prestaciones conmutativas; así, aunque haya existido acto formal, pero que fue revocado después de su ejecución por autoridad competente, si con él se produjo alguna lesión patrimonial, el sujeto respectivo no podrá implorar la nulidad por sustracción de materia, pero sí la indemnización a que haya lugar. Y dando un paso adelante, quizás no estaría fuera de razón que un empleado, v. gr., en goce de inamovilidad, no obstante fuera destituido por medio de decreto, en el cual se le nombrara reemplazo, y que, en tales circunstancias, aquél optara, dentro del derecho otorgado en el artículo 68 del Código, por limitar su restablecimiento a la indemnización, mediante el pago de los sueldos respectivos; porque no quisiera seguir trabajando en la institución que lo destituyó, dejando vigente el hecho del nombramiento en su reemplazo.

En los anteriores términos se dejan estudiados el alcance y trascendencia de las disposiciones contenidas en los artículos del Código que más importante papel desempeñan en relación con el asunto materia del presente fallo. Véase ahora, en concreto, si los puntos de vista expuestos en la demanda y en otras piezas del expediente, encajan dentro de las acciones por tales preceptos concedidas.

La acción en concreto

A este propósito se expresa el demandante así:

“Solicito que el Consejo de Estado por los trámites de un juicio administrativo, con audiencia y citación del agente del Ministerio Público o sea del Fiscal del Consejo de Estado, se decrete a favor de la Sociedad anónima “El Siglo, S. A.” domiciliada en Bogotá, y en contra de la Nación, las indemnizaciones correspondientes que ésta debe pagar a aquélla, como consecuencia de la clausura y suspensión de el (sic) “El Siglo” que por una vía de hecho de la administración, dejó de imprimirse y salir al consumo del público desde el día 11 de julio del corriente año, hasta el 6 de agosto también del corriente año, inclusive.

“Pido desde ahora que como monto de la indemnización, se señale la cuantía que fijen peritos expertos, nombrados legalmente por las partes dentro del término de prueba”.

Y luego de relacionar los hechos, pasa a la cuestiones de derecho,

emitiendo entre ellas las opiniones y haciendo las afirmaciones que siguen:

“La vía gubernativa, no está establecida por la ley contra resoluciones verbales o secretas que no se notificaron a los interesados y que se ejecutaron sorpresivamente. En todo caso el mismo gobierno las revocó después de veintisiete días de vigencia. De modo que no es conducente pedir el restablecimiento del derecho, sino la simple indemnización de que trata el artículo 68, inciso 2º, aplicando la interpretación opcional del referido texto de acuerdo con los comentarios del doctor Tulio Enrique Tascón, que se dejan transcritos”.

Los párrafos insertos dejan ver claramente que el actor se contrajo en este proceso al ejercicio de la acción propia para obtener —como lo cree— el restablecimiento del derecho por medio de indemnizaciones, a pesar del error en que incurre al decir que no es conducente pedir el restablecimiento, sino la simple indemnización de que trata el artículo 68, pues precisamente tal precepto hace consistir aquél en ésta. En resolución, lo que se demanda sí es, indudablemente, el derecho conferido en la norma que se examina, por considerar improcedente la nulidad de acto alguno, ya que, según afirmaciones contenidas en el libelo, se trata de una vía de hecho de la Administración y las resoluciones que pudieron antecederle, fueron revocadas o ya no existían al tiempo de su presentación. Lo demás es materia probatoria, en busca de la armonía entre los hechos demostrados y el correlativo derecho.

Análisis probatorio

De los numerosos hechos relacionados como fundamentales de la demanda, sólo aparecen probados los siguientes:

El día 10 de julio de 1944 el país se vio sorprendido y su fisonomía civil amenazada y maltrecha con las graves novedades de que dan cuenta, entre otros, estos documentos:

El doctor Darío Echandía asume el ejercicio del mando. — Circular a los gobernadores.

‘Gobernadores:

‘Se tiene conocimiento de que un grupo de Oficiales, que parece encabezado por el Teniente Coronel Gil, ha puesto preso en Pasto al señor Presidente de la República, señor doctor Alfonso López. El Primer Designado a la Presidencia de la República, doctor Darío Echandía, en vista de que el Presidente López está en imposibilidad de ejercer sus funciones, acaba de asumir provisionalmente la Presidencia, y, de acuerdo con el concepto del Consejo de Estado, se ha declarado turbado el orden público en toda la Nación. El señor General Neira, Secretario del Ministerio de Guerra, ha sido encargado del Despacho mientras regresa a Bogotá el Ministro, señor General Domingo Espinel, quien se encontraba ligeramente indispuesto en Cartagena, y quien llegará a Bogotá mañana. Se están tomando todas las medidas militares para impedir que la República se precipite al caos y se destruya la organización civil que nos honra en todo el mundo. El Gobierno está seguro de que la inmensa mayoría de las fuerzas militares, con sus Jefes y Oficiales comparte estos sentimientos de lealtad al orden constitucional, como lo comparten los Jefes y Oficiales residentes en Bogotá.

“Sírvase tomar las medidas del caso, dentro del estado de turbación del orden público, que ya está vigente, como aumento de la vigilancia de la Policía, establecimiento de severa censura periodística, clausura de to-

das las radiodifusoras, etc., e informar al pueblo de estos sucesos, pidiendo que contribuya con su esfuerzo al restablecimiento del orden, impidiendo actos que puedan facilitar los propósitos de quienes se han sublevado en un momento de locura.

“El Presidente Encargado, DARIO ECHANDIA.

“El Ministro de Gobierno, Alberto Lleras Camargo.

“El Secretario, Encargado del Ministerio de Guerra, General Miguel J. Neira”.

“Gobernadores:”

“A continuación transcribo los Decretos a que refiérese circular acabamos pasarles:

“Decreto número 1.630 de 1944 (julio 10) “por el cual el Primer Designado asume la Presidencia de la República.

“El Primer Designado a la Presidencia de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales, teniendo en cuenta los sucesos que se han presentado en el Departamento de Nariño, que alteran el orden legal e inhiben provisionalmente al Presidente de la Nación para ejercer sus funciones, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 de la

Constitución Nacional, **Decreta:**

“Artículo único. En virtud de las facultades que me confiere expresamente la Constitución, asumo desde este momento la Presidencia de la República.

“Comuníquese.—Dado en Bogotá a las once y media del día 10 de julio de 1944—DARIO ECHANDIA”.

“Decreto número 1.631 de 1944 (julio 10) por el cual se encarga de los Despachos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Guerra, de Educación Nacional, de Minas y Petróleos, de Trabajo, Higiene y Previsión Social, y de Obras Públicas a los respectivos Secretarios.

“El primer Designado Encargado de la Presidencia de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales, y **Considerando:**

“que por haber asumido el Ministro Titular de Relaciones Exteriores la Presidencia de la República, y por hallarse ausentes de la ciudad de Bogotá los Ministros de Guerra, de Trabajo, de Minas y Petróleos, de Educación Nacional y de Obras Públicas, se hace indispensable encargar a los Secretarios Generales del Despacho de los mencionados ministerios, **Decreta:**

“Artículo Único.—Encárgase de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Guerra, de Trabajo, de Minas y Petróleos, de Educación Nacional y de Obras Públicas a los señores Francisco Umaña Bernal, General Miguel J. Neira, Gustavo Gómez Hurtado, Carlos Gustavo Arrieta, Gustavo Uribe y Mario Forero Cortés, en su orden.

“Comuníquese.— Bogotá, 10 de julio de 1944.—DARIO ECHANDIA”.

“Decreto número 1.632 de 1944 (julio 10), por el cual se declara turbado el orden público en todo el territorio nacional.

“El Primer Designado Encargado de la Presidencia de la República de Colombia, **Considerando:**

“Que en el Departamento de Nariño se han presentado graves sucesos que alteran el orden constitucional en el país, y de acuerdo con el concepto emitido en esta fecha por el Consejo de Estado, **Decreta:**

"Declárase desde este momento turbado el orden público en todo el territorio nacional.—Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a las doce del día 10 de julio de 1944.

DARIO ECHANDIA.

"El Ministro de Gobierno, Alberto Lleras.

"El Secretario del Ministerio de Relaciones, encargado del despacho, Francisco Umaña Bernal.

"El Ministro de Hacienda y Crédito Público, Gonzalo Restrepo.

"El Secretario del Ministerio de Guerra, encargado del despacho, General Miguel J. Neira.

"El Secretario del Ministerio de Trabajo, Gustavo Gómez.

"El Ministro de la Economía Nacional, Carlos S. de Santamaría.

"El Secretario de Minas y Petróleos, Carlos Gustavo Arrieta.

"El Secretario del Ministerio de Educación Nacional, encargado del Despacho, Gustavo Uribe.

"El Ministro de Correos y Telégrafos, Alirio Gómez Picón.

"El Secretario del Ministerio de Obras Públicas, encargado del Despacho, Mario Forero Cortés".

El mismo día 10 de abril, el señor Director General de la Policía Nacional, dictó la siguiente providencia:

"**Resolución número 882 de 1944 (Julio 10).** El Director General de la Policía Nacional, en desarrollo del Decreto 1632 de esta fecha, **Resuelve:**

"1°—Comisiónase a los señores Jefe de la Oficina de Información y Control de Noticias, al abogado Jefe de la Asesoría Jurídica y al mayor Alvaro González, del Ejército Nacional, para que revisen todo el material impreso destinado a la publicidad en las redacciones de los periódicos de la ciudad.

"2°—En esta labor obrarán de acuerdo con los funcionarios citados, los señores Comandantes Guillermo Nieto Gracia, Alfonso Escobar Calvo, Diógenes Osorio, Alberto Lara y Benicio Arce, quienes permanecerán en las redacciones de los periódicos en el siguiente orden:

"En El Tiempo, el señor Comandante Guillermo Nieto Gracia;

"En El Liberal, el señor Comandante Alfonso Escobar Calvo;

"En el Diario Popular, el señor Comandante Diógenes Osorio;

"En El Espectador, el señor Comandante Alberto Lara;

"En La Razón, el señor Comandante Benicio Arce.

"3°—Los señores Comandantes nombrados someterán el material visado por ellos a la revisión de uno cualquiera de los tres funcionarios citados en el artículo 1° de la presente Resolución.

"4°—Todos los diarios o revistas periódicas no mencionados aquí quedan sometidos a las mismas restricciones establecidas en los artículos anteriores.

"5°—El personal necesario para el estricto cumplimiento de lo prescrito en el artículo anterior, será oportunamente designado por la Dirección de la Policía.

"Comuníquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, a 10 de julio de 1944.

"Carlos Vanegas M. — Héctor Martínez Guerra, Secretario General".

Con los anteriores documentos, que aparecen publicados en el Diario Oficial No. 25.590 del 11 de julio de 1944, se demuestran plenamente, porque, además, el ejemplar respectivo está agregado al juicio (folio 1 del cuaderno de pruebas del actor), estos hechos principales: la asunción del Primer Designado al ejercicio de la Presidencia de la República, por los

gravísimos motivos consignados en el Decreto número 1630 del 10 de julio y en la circular dirigida a los Gobernadores en la misma fecha; la turbación del orden público en todo el territorio nacional, decretada el propio día por el Primer Designado en su carácter dicho y con las firmas de todos los Ministros; las medidas que tomó, en desarrollo de la anterior, el señor Director General de la Policía Nacional, según la Resolución número 882 del precitado día, sobre revisión de todo el material impreso destinado a la publicidad en las redacciones de los periódicos de la ciudad de Bogotá, a cuyo fin fue designado un Comandante para permanecer en cada una de las de los periódicos nombrados en el artículo 2º, entre los cuales no figura "El Siglo", con advertencia de que todos los diarios o revistas periódicas no mencionados, quedarían sometidos a las mismas restricciones (artículo 4º), y de que el personal necesario para el estricto cumplimiento de lo prescrito en el artículo anterior, sería oportunamente designado por la Dirección de la Policía (artículo 5º).

No obstante lo dispuesto en los dos últimos artículos citados de la Resolución en referencia, al periódico "El Siglo" —que había llenado el requisito de la declaración a que se contrae el artículo 7º de la Ley 51 de 1898, según certificado de fls. 19 v., del cuaderno de pruebas, y las formalidades sobre registro postal, de acuerdo con certificación de fls. 23— no se le nombró censor, sino el día 6 de agosto siguiente, lo que se demuestra con el testimonio jurado del mismo Director General de la Policía, cuyo nombramiento y posesión también se hallan acreditados (fls. 19 v. y 20 íbidem), testimonio que en lo pertinente dice:

"Al punto b) Es cierto que en mi carácter de Director General de la Policía Nacional y en desarrollo de facultades que me dio el Gobierno Nacional con motivo de los sucesos del 10 de julio de 1944, dicté la Resolución número 882 de ese año, por medio de la cual se comisionó al Jefe de la Oficina de Información y Control de Noticias, al Abogado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Policía Nacional y al Mayor Alvaro González del Ejército Nacional para que revisaran todo el material destinado a la publicidad en las redacciones de los periódicos de la ciudad.

"Al punto c) Es cierto que por la misma Resolución se designó al Comandante Guillermo Nieto Gracia para que desempeñara las funciones del caso en la redacción de "El Tiempo"; al Comandante Dógenes Osorio para el "Diario Popular"; al señor Comandante Alberto Lara, para "El Espectador" y al señor Comandante Benicio Arce para "La Razón".

"Al punto d) Es cierto que en la providencia a que me he venido refiriendo no se designó funcionario alguno para el periódico "El Siglo".

"Al punto e) Es cierto que el artículo 4º de la misma Resolución 882 dispuso que todos los diarios o revistas periódicas no mencionadas en ella, quedaban sometidas a las mismas restricciones establecidas en los artículos de dicha Resolución.

"Al punto f) Es cierto que de conformidad con el artículo 5º de la referida Resolución, "el personal necesario para el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior", será oportunamente designado por el Director de la Policía.

"Al punto g) Los censores civiles y militares para el periódico "El Siglo", fueron designados el día 6 de agosto de 1944, en atención a solicitud escrita del Gerente de esa empresa, en la cual informaba al Gobierno que dicho periódico saldría el día 7 del mismo mes. Ejercieron aquellas funciones los señores Jorge Castaño Castillo, Jaime Soto y el entonces Mayor Hernando Herrera (fls. 26 y v. íbidem).

Con relación a los puntos que se dejan insertos y que son parte de la declaración rendida por el señor Director General de la Policía Nacional, el señor Fiscal del Consejo, al presentar su alegato de conclusión, acompañó una nota suscrita por aquel funcionario con fecha 13 de marzo último y bajo el número 230, que dice entre otras cosas:

"Entre el lapso comprendido del 11 de julio al 6 de agosto del 44, sí salieron a la publicidad revistas y periódicos distintos de El Tiempo, El Liberal, El Espectador, La Razón y el Diario Popular; como son Cromos, Sábado, etc., y el material de esos periódicos era revisado por la Junta de Censura creada por la Resolución No. 882 de 1944, a petición verbal hecha por los Directores de las revistas o periódicos".

Quiere esto decir que por cuanto en el indicado lapso continuaron su normal publicación revistas y periódicos distintos de aquellos para los cuales fue nombrado censor en la misma Resolución número 882, a virtud de la revisión que, a solicitud verbal de sus Directores, se hacía del material respectivo por la Junta de Censura, otro tanto hubieran podido obtener los de "El Siglo", pero es lo cierto que a todos los diarios de la Capital se les nombró desde luego censor especial, menos al últimamente mencionado, sin que por ello quedara exento de las restricciones establecidas en la resolución de policía preinserta, y que cada uno de tales censores estaba obligado a permanecer en la redacción del periódico respectivo, según la designación que ella contiene, permanencia que no era posible en relación con la de "El Siglo", por falta del nombramiento en cuestión.

En relación con los hechos marcados en los ordinales 7º y siguientes de la demanda, referentes a la escolta que, como lo afirma, rodeó el edificio de "El Siglo", aparece en autos lo que a continuación se expresa:

El testimonio jurado, rendido por el señor Director de la Policía Nacional, por medio de la certificación de que ya se hizo mérito, contiene las siguientes declaraciones sobre el particular:

"Al punto h) Es cierto que el día 10 de julio de 1944, en las horas del medio día, fue enviada una escolta de la Policía Nacional al edificio de "El Siglo", a cumplir órdenes e instrucciones del suscrito; dicha escolta impidió que se llevara a cabo la destrucción de las maquinarias del periódico, que intentaba una multitud que se había dirigido a ese sitio, lo mismo que debía impedir la entrada y salida de personal del edificio, no obstante lo cual las personas que hubieran estado dentro del edificio lograron salir, pues no se encontraron empleados del periódico posteriormente. Me recuerdo que el día 10 de julio, cuando llegó la escolta de la Policía, desde uno de los balcones del edificio, dispararon contra la multitud que pretendía penetrar al periódico y contra la policía".

"Al punto i) No me consta que el Capitán Saiz hubiera hablado con el doctor Luis Ignacio Andrade sobre el particular, pero es cierto que con motivo de aquellos sucesos, la policía tenía orden de no permitir la entrada de particulares al edificio del periódico".

El doctor Silvio Villegas (fls. 38 del cuaderno de pruebas) quien había rendido declaración durante una diligencia de inspección ocular extrajuicio practicada en el edificio de "El Siglo", por el Tribunal Superior del Distrito Judicial en Bogotá, en Sala de Decisión integrada por tres Magistrados, con asistencia del Fiscal Primero de la Corporación y de dos testigos actuarios, diligencia pedida por el Gerente del mencionado periódico, ratificó así su exposición durante el término probatorio, en forma de certificación jurada por ser miembro elegido del Congreso Nacional:

“Tengo 42 años de edad, vecino de Bogotá, y sin parentesco alguno con la parte que pidió la presente diligencia. Leída la aprobo y contestó al punto segundo: Me consta efectivamente que el día referido (alude al 29 de julio) estuve con los señores citados y con el señor doctor Luis Ignacio Andrade en la puerta de las oficinas de “El Siglo”, y después de almorzar con ellos en Jockey Club. Nuestro propósito era constatar si al gerente de dicha empresa y a los empleados se les permitía entrar al edificio donde se edita “El Siglo”, para rectificar algunas informaciones de la prensa y para cualesquiera clase de reclamos posteriores. Leída la aprobó y contestó al punto tercero: Es cierto que al llegar encontramos cerradas las oficinas de “El Siglo” las cuales estaban custodiadas por cuatro agentes de la policía que no permitían acceso al edificio. No tomé el número de las placas de los agentes, pero algunos de los compañeros sí lo hicieron. Leída la aprobó, y contestó al punto cuarto: El hecho es completamente exacto. En efecto al solicitar el doctor Luis Ignacio Andrade como gerente de “El Siglo” que se le permitiera penetrar al edificio, los agentes de la Policía manifestaron que tenían orden superior de no dejar penetrar a nadie pero que iban a llamar a sus inmediatos superiores para tomar una providencia definitiva. Leída la aprobo. Al punto quinto: Es exacto que el capitán Saiz dio el informe referido al doctor Luis Ignacio Andrade y que prometió solicitar al Director de la Policía instrucciones sobre el asunto. En todo caso, él tampoco nos permitió penetrar al edificio. Leída la aprobó, y contestó al punto sexto: Es cierto que el capitán Saiz informó al doctor Luis Ignacio Andrade que el director de la policía le había declarado que no existía permiso alguno para penetrar al edificio donde se editaba “El Siglo” y que a continuación nos retiramos. Todo lo anterior es la verdad y repito que me ratifico bajo juramento en lo dicho”.

El señor Carlos Echeverri Cortés (fls. 40), también miembro del Congreso, ratificó su declaración rendida en la misma forma que la anterior, pero como contiene algunas modalidades, se inserta en seguida:

“Tengo 43 años de edad, vecino de Bogotá y sin parentesco con la parte que solicitó esta diligencia: Leída la aprobó y contestó al punto segundo: Me consta que después del almuerzo en el Jockey Club el veintinueve (29) de julio nos dirigimos a eso de las tres de la tarde al edificio de “El Siglo” en compañía de los señores Luis Ignacio Andrade, Silvio Villegas, Hernando Uribe Cualla y Gabriel Carreño Mallarino. Leída la aprobó y contestó al punto tercero: Es verdad que al llegar encontramos cerradas las puertas y custodiadas por cuatro agentes de la policía. Leída la aprobó y contestó al punto cuarto: El doctor Luis Ignacio Andrade quiso entrar al edificio pero los agentes lo impidieron; yo les manifesté a los agentes que varios funcionarios del Gobierno me habían informado que el periódico “El Siglo” no salía porque sus directores no querían que saliese y que el único objeto de la escolta de la policía en la puerta de entrada del periódico, era dar garantías a la empresa, en vista de lo anterior uno de los agentes manifestó que iba a consultar el punto con el Capitán Saiz y efectivamente llamó por teléfono. Preguntado por el señor Fiscal: si puede el testigo decir cuáles fueron los funcionarios del Gobierno que le manifestaron que el periódico “El Siglo” no salía porque sus directores no querían que saliera, contestó: el señor Juan Lozano y Lozano me informó categóricamente que había hablado con el señor Alberto Lleras Camargo, Ministro de Gobierno, quien le había manifestado lo anterior y además algunas otras personas estrictamente vinculadas al Gobierno me lo informaron en el Club en conversaciones privadas que no creo el caso de citar. Leída la aprobó y contestó al punto quinto: El Ca-

pitán Saiz acudió pocos minutos después de la llamada del agente de policía al pequeño café que funciona en los bajos de "El Siglo" y yo, en calidad de miembro principal de la Junta Directiva de "El Siglo", le manifesté nuevamente que tenía información de que el Gobierno no se oponía a que entráramos al edificio de "El Siglo" y que, por lo tanto, deseábamos que este punto se consultara con la más alta autoridad de policía; entonces el Capitán Saiz manifestó que iría a consultar personalmente con el Director del Cuerpo. Leída la aprobó y contestó al punto séptimo: Pocos minutos después se presentó el Capitán Saiz y nos manifestó que el propio Director de la Policía Nacional, General Carlos Vanegas, le había confirmado la orden de no permitir a nadie la entrada al edificio; me parece que el Capitán Saiz sería la persona más indicada para confirmar lo que yo he afirmado en la presente declaración. Todo lo anterior es la verdad y agrego nuevamente que me ratifico bajo juramento en todo lo dicho".

En el acta de inspección ocular extrajuicio a que se ha hecho referencia, iniciada el día 2 de agosto de 1944, se dejó testimonio de los siguientes hechos, relativamente al punto que ahora se examina:

El personal de la diligencia "se trasladó al edificio situado en la carrera 13 número 15-11 de esta ciudad, donde funciona la gerencia, talleres y dependencias de "El Siglo". Una vez allí se encontró en la puerta de entrada al agente de la Policía Nacional distinguido con el número veintuno trece (2113) acompañado de otro agente, quien informado del objeto de la diligencia manifestó al señor Magistrado sustanciador que el personal de ella podía entrar al edificio y que sólo por orden superior exigía que los que entraran le firmaran a continuación de una nota que le había sido enviada de la Policía. Examinada dicha nota se observó que ella era una comunicación dirigida por el señor Magistrado sustanciador al señor Director de la Policía Nacional en que le ponía en conocimiento el decreto judicial que ordena la práctica de la diligencia y la fecha y hora en que debía comenzar, para los fines consiguientes; atendiendo esta exigencia del agente de la Policía, los señores Magistrados y el personal de la diligencia suscribieron la aludida nota....

"Acto seguido se observó que en uno de los balcones del segundo piso del edificio mencionado, que da frente de la citada carrera trece (13), se asomaba desde adentro un individuo a quien se le indicó que bajara y abriera el portón principal de entrada, que aparecía cerrado, lo que atendió inmediatamente el referido individuo, quien luego manifestó llamarse José del Carmen Cuadros y que se hallaba dentro del edificio con el joven de nombre Carlos Guillermo Caro, sin salir de él desde el día diez (10) de julio del corriente año....

"En este estado el señor Fiscal del Tribunal pidió que se dejara constancia de que el personal de la diligencia había observado que dentro del edificio de "El Siglo, S. A." antes de entrar él, se encontraban dentro varias personas, que al parecer podían transitar por todo el edificio. Esta petición se decretó de conformidad. Acto seguido el doctor Luis Ignacio Andrade, pidió se dejara constancia de los siguientes hechos, que pormenorizó por escrito, así: La primera constancia que el infrascrito Gerente de "El Siglo, S. A." quiere dejar ante los señores Magistrados y testigos es la de que al llegar a la puerta del edificio lo encontraron vigilado por agentes de la Policía Nacional que impiden el acceso a él y que para que los mismos Magistrados y testigos y el resto del personal de la diligencia pudieran penetrar al interior de la casa necesitó el Tribunal dirigir oficio a la Policía, que fue diligenciado de conformidad y sobre el cual el perso-

nal que se relaciona en la diligencia firmó antes de ganar las puertas de la misma casa. La segunda es la de que en el interior del edificio se encuentran cuatro personas que son las dos mujeres de servicio del apartamento de la familia Gómez Hurtado, comunicado con el patio interior y alto del mismo edificio, y los muchachos José del Carmen Cuadros y Carlos Guillermo Caro, portero nocturno el primero y mandadero el segundo, de "El Siglo", todos los cuales han permanecido en el interior de la casa desde la tarde del día 10 bajo la vigilancia de la policía, y que sólo el muchacho Caro ha podido salir con permiso de la misma policía a introducir alimentos para sí y los otros tres, con el control permanente de la policía; que ninguno de ellos posee llaves de las oficinas y dependencias de la empresa; que su misión por lo que a "El Siglo" se refiere, al consentir en su permanencia dentro del edificio, es la de vigilar desde el interior contra la posibilidad de robos y otros atentados y hacerlo saber a la policía....

"La quinta es la de que al edificio ha penetrado el propio gerente en compañía de algunos funcionarios de la empresa en dos ocasiones anteriores a la de la diligencia, con permiso de la seguridad y mediante la vigilancia de detectives a sacar dinero y determinados elementos de trabajo....

"El señor Magistrado sustanciador acepta las anteriores constancias, con las siguientes aclaraciones: Que el oficio dirigido a la Policía Nacional tuvo como único objeto llevar a conocimiento de dicha entidad que se iba a practicar la diligencia de que aquí se trata, en razón de afirmarse en la demanda que el edificio de "El Siglo" estaba vigilado por la policía y en ningún caso por considerar que la policía impidiera penetrar al personal de la diligencia al interior del edificio en cuestión".

El 3 de agosto, o sea el día siguiente, continuó la inspección con el personal ya mencionado, para lo cual se trasladó nuevamente al edificio de "El Siglo".

"Una vez allí —dice el acta— se encontró al Cabo de la Policía Nacional número 932, que dijo llamarse Manuel G. Contento, a quien el señor Magistrado sustanciador puso en conocimiento que se iba a continuar la diligencia de inspección ocular, y que para tal fin había que penetrar al edificio. Dicho Cabo no opuso obstáculo de ninguna naturaleza....

"Verificado lo anterior, se procedió a inspeccionar los locales externos del edificio en el siguiente resultado:

"Local número quince, cero-cinco (15-05) por la carrera trece número trece, cero-seis (13-06) por la calle 15: en este local se encontró a un señor que dijo llamarse Marco Fidel Ruiz y que era empleado de Rafael Bohórquez. A preguntas que se le hicieron manifestó que no había tenido luz desde el día 10 de julio último hasta el primero de los corrientes; que el local, en el cual funcionaba un almacén, estuvo cerrado hasta el diez y siete de julio citado por prohibición de la policía para que se abriera, y que sólo después de varias gestiones pudo restablecer el servicio de almacén. Este señor presentó un comprobante, el cual se inserta a continuación, por disposición de la Sala, a petición hecha por el doctor Andrade.—República de Colombia.—Ministerio de Gobierno.—Policía Nacional.—Número... Oficina.—Comando de la Décima División.—Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).—Al señor Oficial encargado de los servicios de "El Siglo"—La ciudad. El señor Marco Fidel Ruiz, cédula de ciudadanía número 902.181 de Bogotá, ha solicitado (sic) y obtenido permiso de este Comando, para poder abrir el local número trece, cero-seis (13-06) de la calle quince (15) y número quince, cero-cinco (15-05) de la carrera trece (13) para vender artículos sanita-

rios y de construcción en general (firmado) ilegible. (En máquina apareció escrito debajo de la firma, Gabriel Salgado J. Cond. X División); (firmado) E. Carrillo Tavera. Se indica el visto bueno por firma ilegible, aparecen sobre este documento tres (3) sellos de la Policía Nacional, dos del Departamento Nacional de Seguridad (dirección), y el otro, del Comando de la X División...

"Locales números trece-veinte (13-20) y trece-veintiseis (13-26) de la calle quince (15): En relación con estos locales manifestó el señor Alberto Niño H. que él y el doctor Botero Isaza eran arrendatarios del Banco Central Hipotecario y que en ellos está funcionando el Directorio del Partido Conservador, y que desde hacía varios días, no obstante tener él la llave, la policía no lo dejaba entrar. En este estado, a solicitud del doctor Andrade, el señor Magistrado sustanciador preguntó al agente de policía número 2180, de nombre Jesús Jiménez, qué orden tenía en relación con la vigilancia de esos locales, quien manifestó que la orden superior que tenía era de vigilar y no dejar entrar a nadie. El señor Niño nombrado, por orden de la Sala, abrió con la llave que tenía...

"Local número trece-treinta y cuatro (13-34) de la calle quince (15): En él se encontró a un señor que dijo llamarse Carlos Julio Moreno G., quien manifestó ser arrendatario del citado Banco. Informó que la Policía, no estando él, sacó a los operarios del taller de tipografía que allí existe, habiendo durado cerrado por orden de la misma, once (11) días y que sólo lo pudo volver a abrir, por orden de la Policía, hasta tanto se construyó una parte de la pared que ella ordenó a fin de que no pudiera tener comunicación con el edificio de "El Siglo". El personal de la diligencia observó que en el inodoro o sanitario contiguo al local existe una pared de ladrillo recientemente construida, sin pañetes. El mismo señor Moreno manifestó que la Policía le dio orden por escrito para abrir nuevamente tal local el día veintiuno (21) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944). La comunicación en cuestión la tuvo a la vista el personal de la diligencia y ella aparece firmada por el Director del Departamento Nacional de Seguridad, doctor Carrillo Tavera. En este estado, el doctor Luis Ignacio Andrade preguntó a los señores Magistrados de la Sala y al señor Fiscal, que ya que prácticamente estaba terminada la diligencia de inspección ocular, por él solicitada, de ahora en adelante en qué condiciones quedaba para poder penetrar al edificio junto con sus colaboradores. Tanto los señores Magistrados como el señor Fiscal le respondieron que ese era asunto que ellos no podían resolver, y que si la Policía estaba custodiando la entrada al edificio, a dicha entidad era a donde debía dirigirse, ya que la misión del Tribunal era sólo practicar la diligencia en cuestión. En este estado a solicitud del doctor Andrade, el señor Magistrado sustanciador interrogó al Cabo de la Policía Nacional número 2068, que dijo llamarse Marco Antonio Gualdrón, sobre qué orden escrita tenía para no dejar entrar y vigilar la puerta principal del edificio, quien contestó que él era hoy el primer día que prestaba servicio, que no tenía orden escrita sino verbal para vigilar y no dejar entrar ni salir persona alguna por la puerta principal del edificio, orden dada por el inmediato superior. Igualmente se interrogó al agente número 2187, quien dijo llamarse Avelino Ríos, y quien manifestó que desde el diez (10) de julio último hasta la fecha ha tenido varios turnos para vigilar el edificio con igual orden de la dada al Cabo Gualdrón, especialmente por la puerta principal. Este agente manifestó que sólo tenía orden de dejar entrar en ese día al personal de la diligencia que se estaba practicando. En este estado, presente el señor Alberto Barrientos, en representación de la Com-

pañía Colombiana de Seguros, informó que había constatado que en todo el edificio de "El Siglo" aparecían rotos ciento noventa y cuatro (194) vidrios. A petición del doctor Andrade, la Sala dispuso que se dejara esta constancia en el acta. Acto seguido el citado doctor Andrade, manifestó al personal de la diligencia que deseaba tener una comunicación telefónica con el señor Director de la Policía Nacional, a fin de averiguarle en qué condición quedaba el edificio de "El Siglo" una vez que estaba terminada la diligencia en este lugar, conferencia que quería que fuera oída por el señor Fiscal del Tribunal o uno de los Magistrados por otro aparato telefónico a fin de que oyera lo por él conversado con el señor Director y la respuesta que éste diera. Al efecto, el señor Fiscal así lo hizo. Acto seguido el doctor Andrade se puso en comunicación telefónica con la Dirección de la Policía, entablando conversación en que hacía la pregunta a que se ha hecho referencia, indicando además, que haría las gestiones del caso para poder sacar el periódico "El Siglo" bajo las normas de la censura. Terminada esta comunicación el doctor Andrade manifestó al personal de la diligencia que el General Vanegas le había contestado que se complacía en manifestarle que desde ese momento el edificio quedaba a sus órdenes, que podían los empleados entrar a trabajar y que él mantendría un servicio de policía para custodiar la casa y anotar el movimiento de las personas en ella y que además le había manifestado que esa orden ya había sido dada, pero que la repetiría al Jefe de servicio para que no les impidiera la entrada. Acto seguido el señor Fiscal manifestó que había oído parte de la conversación telefónica sostenida por el doctor Andrade con quien contestaba como Director de la Policía, conversación que más o menos fue así: "Oí por el teléfono que el doctor Andrade le dijo al señor Director de la Policía Nacional que como ya el Tribunal había terminado la diligencia de inspección ocular ahora sí podía él (Andrade) entrar libremente al edificio con sus colaboradores para ir trabajando sobre asuntos de organización y administración de la empresa, mientras hacía las gestiones del caso para sacar el periódico con la debida censura; el Director de la Policía le contestó que ya había dado la orden del caso para que entraran al edificio libremente y que repetiría esa orden para que inmediatamente fuera cumplida".

Durante la inspección, el doctor Hernando Uribe Cualla, como apoderado del gerente de "El Siglo", pidió a la Sala que se recibiera declaración a los doctores Gabriel Carreño Mallarino, Silvio Villegas y Carlos Echeverri Cortés sobre varios puntos con ella relacionados. La Sala dispuso que el peticionario formulara por escrito los interrogatorios correspondientes y que los testimonios fueran recibidos en el Tribunal, con asistencia del señor Fiscal, para cuyo efecto señaló día y hora. El 9 de agosto de 1944, se recibieran las aludidas declaraciones, de las cuales, como atrás se vio, fueron ratificadas durante el término probatorio, las de los testigos Villegas y Echeverri Cortés. La del doctor Carreño Mallarino no lo fue, aunque se observa que, en lo esencial, concuerda con las de los dos primeros.

Otro testimonio recibido durante la inspección ocular, fue el del señor Alberto Barrientos, tampoco ratificado en el plenario, pero que, no obstante, se inserta por las relaciones que tiene con la materia de la prueba en estudio.

Dice así en lo pertinente: "Advierto que actué en la diligencia practicada en "El Siglo" como Inspector de la Compañía Colombiana de Seguros. Leída la aprobó y contestó al punto segundo: Sí fui comisionado por la Compañía Colombiana de Seguros, en mi carácter de Inspector, para

examinar los daños causados en el edificio y maquinarias por motivo del motín que tuvo lugar la tarde del diez (10) de julio pasado. Leída la aprobó y contestó al punto tercero: Es verdad que me presenté con el doctor Andrade el día diez y siete (17) de julio pasado al edificio de "El Siglo, S. A." en las horas de la mañana y que éste estaba custodiado por agentes de la Policía. Leída la aprobó y contestó al punto cuarto: Yo tomé datos de la cantidad de vidrios rotos en la parte baja del edificio, y por fuera de éste; no se pudieron tomar los datos de los daños ocasionados en la parte alta del edificio por estar custodiado por la policía. Leída la aprobó y contestó al punto quinto: Sí es verdad que los daños ocasionados en la parte alta del edificio fueron tomados el día de la diligencia practicada por el Tribunal en ese edificio, por haber dado permiso para ello los señores Magistrados. Leída la aprobó y contestó a la última pregunta. Hago constar que la Compañía Colombiana de Seguros está reparando los daños ocasionados al edificio con motivo del motín ocurrido el diez (10) de julio y que dicha reparación se va a entregar a satisfacción de la empresa de "El Siglo" y del Banco Central Hipotecario, según póliza que contra motín y conmoción civil tienen el Banco y la empresa editorial de "El Siglo". Asimismo hago constar que en la revisión a las máquinas se encontró que ellas no tenían ningún daño. Repreguntado por el señor Fiscal: Haga el favor de decir el testigo en qué consisten los daños que la Compañía Colombiana de Seguros está reparando en el edificio de "El Siglo"? Contestó: Los daños que la Compañía Colombiana de Seguros está subsanando en el edificio de "El Siglo", consiste en los únicos vidrios rotos, reparaciones pequeñas en barrotes y ventanas y abolladuras pequeñas en las maderas de las ventanas. Leída la aprobó.

Como atrás se expresó, el señor Fiscal del Consejo presentó, con su alegato de conclusión (fs. 14 del cuaderno número 3), una nota suscrita por el señor Director de la Policía Nacional, cuyo numeral 1º ya se transcribió arriba, y que con referencia a la custodia oficial del edificio de "El Siglo" dice:

"2º Es cierto que el 12 de julio de 1944, en las horas de la tarde cuando llegó el doctor López, después de haber sufrido su prisión en Consacá, salió a recibirlo una gran manifestación, la cual se dividió en dos y una parte de ella siguió con el doctor López y la otra se dirigió al edificio donde funciona "El Siglo" con carácter hostil, la cual no logró hacer daños por encontrar el edificio debidamente resguardado por fuerzas de la policía nacional.

"3º No le consta a la Dirección General de la Policía Nacional, el lugar donde se encontraba con su familia el doctor Laureano Gómez, únicamente tuvo noticias que pocos días después del 10 de julio, el doctor Gómez se encontraba en la Legación del Brasil y que, de esa Legación salió el día 28 de julio para el Ecuador.

"4º Antes del 3 de agosto de 1944, el señor Gerente de "El Siglo" no hizo petición de ninguna especie ante la Dirección de la Policía Nacional para obtener la entrada ni de él ni de sus empleados colaboradores para reanudar las actividades relacionadas con la impresión y publicidad del periódico "El Siglo", ni para que se le nombrara la persona que debía ejercer la censura en dicho periódico".

Finalmente, figuran en autos otros elementos probatorios tendientes a demostrar la imposibilidad en que estuvo el periódico "El Siglo" para salir al público en los días a que alude la demanda, así:

La certificación que bajo juramento expidió el señor Director de la Policía Nacional, varias veces mencionada (fs. 27 del cuaderno de prue-

bas), dice en el punto j): "Es cierto que el suscrito ordenó a los gerentes de la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá y de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, que se abstuvieran de prestar los servicios correspondientes a "El Siglo" y que el día 6 de agosto de 1944, se ordenó a los mismos gerentes que restablecieran los servicios respectivos".

Con la declaración así concebida, concuerda la nota dirigida con fecha 8 de agosto de 1944 al señor Luis Ignacio Andrade, Gerente de "El Siglo", que expresa:

"En respuesta a su atenta carta de fecha 2 de los corrientes, que llegó a nuestro poder en las últimas horas del día 3, nos permitimos manifestarle que tanto la suspensión del servicios de los teléfonos de "El Siglo", verificada el día 10 de julio próximo pasado, como el restablecimiento de dicho servicio, fue todo ordenado por el Gobierno Nacional.

"Sin otro particular somos de usted muy atentos servidores y amigos, Empresa de Teléfonos de Bogotá—Julio Pardo Dávila, Gerente".

La firma anterior, no aparece reconocida.

También guardan armonía con el tema de que ahora se trata, las siguientes observaciones consignadas en la diligencia de inspección ocular extrajuicio tantas veces citada.

Al final del acta de fecha 2 de agosto de 1944, se dijo:

"Para que conste se extiende y firma la presente acta haciendo constar igualmente que el personal de la diligencia observó que los servicios de luz, energía y teléfono se hallan desconectados o sin funcionamiento, y que al suspenderse la diligencia salió del edificio de "El Siglo" todo el personal que había concurrido a ella. Así se firma". (Fs. 7 de la copia del acta de inspección).

En el acta del día siguiente, 3 de agosto, aparece:

Igualmente manifestó el doctor Andrade que en el día de hoy habían sido reconectados los servicios de luz, fuerza y teléfonos, hecho éste que fue verificado por el personal de la diligencia, que al efecto se trasladó nuevamente hasta el departamento de máquinas, en donde presenció lo siguiente: que se puso a funcionar a fin de observar su estado la máquina rotativa o impresora, la que puesta en movimiento hizo desaparecer el corto tiraje impreso que se había observado el día anterior, hasta quedar sin papel dicha máquina.

"Según el operario y el doctor Andrade, funcionaba normalmente y no demostraba daño alguno; se observó que el contador automático de esta máquina que el día de ayer indicaba el número 28.039, con el movimiento que tuvo en el día de hoy quedó marcando el número 28.100.

"De la misma manera se pusieron a funcionar las máquinas que indicó el doctor Andrade y que fueron inspeccionadas el día de ayer, dando igual resultado de correcto funcionamiento (fls. 12 v. de copia del acta de inspección ocular).

Por lo demás, también aparece en autos que según escritura pública otorgada en la Notaría Quinta de este Circuito con fecha 4 de marzo de 1940, bajo el número 376, registrada el 14 de los mismos, la sociedad anónima "El Siglo", representada por su gerente, señor Luis Ignacio Andrade, adquirió a virtud de compra hecha al General Roberto Leiva M., un inmueble situado en esta ciudad de Bogotá en la intersección de la carrera 13 con la calle 15, con extensión superficial de 2202-29 v. c., cuyos números y linderos se determinan en ese título; que en el terreno en que estaba el antiguo edificio, la nombrada sociedad levantó uno nuevo, según declaraciones rendidas por los arquitectos señores Harry Child y Jorge Luzardo, al cual correspondieron los números que en ellas se indican de

numeración actual, entre otros el 15-11 de la carrera 13; y que en el edificio marcado con este último fue en donde se practicó la inspección ocular extrajuicio reiteradamente citada, lo mismo que la efectuada en juicio, cuyo mérito se considerará adelante.

Resumen y valor probatorio

De todo lo expuesto hasta aquí, se desprenden, como acreditados, los siguientes hechos fundamentales: 1º—Las medidas tomadas por el gobierno provisional de la Nación, por conducto del Director General de la Policía, durante el estado de turbación del orden público decretado el 10 de julio de 1944, referentes a la revisión de todo el material impreso destinado a la publicidad en las redacciones de los periódicos de la ciudad de Bogotá, a cuyo efecto fue nombrado un Comandante para permanecer en cada una de las de los periódicos nombrados en el artículo 2º de la Resolución No. 882 de aquel día, entre las cuales no figura la de “El Siglo”, sin que por ello quedara eximido de las restricciones en tal acto especificadas; 2º—El envío, con fecha 10 de julio de 1944, y con motivo de los sucesos de esa fecha atrás relacionados, de una escolta de la Policía Nacional al edificio de “El Siglo” a cumplir órdenes e instrucciones del Director de esa institución, entre las cuales estaba la de impedir la entrada y salida de personas del edificio, si bien por medio de dicha escolta pudo evitarse la destrucción de las maquinarias del periódico, que intentaba una multitud que se había dirigido al indicado sitio; y 3º—La orden emanada del funcionario nombrado y dirigida a los gerentes de la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá y de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, para que se abstuvieran de prestar los servicios correspondientes a “El Siglo”.

Son pruebas de los hechos que se dejan enumerados, los documentos, testimonios y observaciones que se han reproducido en esta providencia o de los cuales se ha hecho mención, pues si es cierto que algunas de aquellas pruebas son incompletas por sí solas, también lo es que cada una está debidamente establecida y todas guardan estrecha conexión con el hecho principal averiguado, cual es el de la suspensión de las actividades del periódico “El Siglo” por cierto número de días, en virtud de hechos u operaciones de la Administración.

En efecto: Si la certificación jurada suscrita por el señor Director General de la Policía Nacional no puede estimarse jurídicamente como confesión capaz de perjudicar al Estado, representa, en cambio, un testimonio de fuerza excepcional, no sólo por el carácter del funcionario que lo rinde, sino por ser de él de quien emanaron los actos cuyas consecuencias se controvierten en el juicio. Y este testimonio, en cuanto al punto primero, se encuentra respaldado con los documentos oficiales contentivos de las medidas a que se refiere; en relación al punto segundo, con las declaraciones de los señores doctor Silvio Villegas y Carlos Echeverri Cortés, rendidas en la inspección ocular extrajuicio y ratificadas durante el término probatorio de este proceso y que son concordantes, en el fondo, con las observaciones consignanadas en la misma diligencia de inspección y con los indicios que se derivan de las exposiciones de los testigos Carreño, Mallarino y Barrientos, no ratificadas en juicio; y en cuanto al punto tercero, con las observaciones del personal de la diligencia de inspección y el indicio que se desprende de la nota suscrita por el gerente de la Compañía de Teléfonos de Bogotá, cuya autenticidad no se ha discutido. En consecuencia, todos los elementos de convicción acompañados a la deman-

da y producidos en el plenario, apreciados en su conjunto, constituyen plena prueba de los hechos principales que se han examinado.

La Administración obró con derecho?

Examinada como ha sido la cuestión probatoria, procede ahora el estudio de los elementos jurídicos de que disponía el Gobierno para tomar las medidas relacionadas con el problema que es objeto de este debate, a efecto de establecer si su actuación fue ajustada o no a derecho.

El día 10 de julio de 1944, como aparece demostrado en el expediente, y según manifestación del propio demandante, estalló en la ciudad de Pasto un alzamiento militar y fue puesto preso el Presidente de la República.

En la indicada fecha regía el artículo 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (117 de la Codificación de 1936, igual al 121 de la actual) cuyo texto es el siguiente:

“En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

“Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

“El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

“El Gobierno declarará restablecido el orden tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

“Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

“Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

“En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio”.

También estaba en vigencia, y en el fondo lo está, el artículo 113 de la Codificación de 1936 (118 de la actual), que dice:

“Corresponde al Presidente de la República, en relación con el Poder Legislativo:

“8º.—Dictar en los casos y con las formalidades prescritas en el artículo 117, decretos que tengan fuerza legislativa”.

Sólo que el citado artículo 118, correspondiente al 27 del Acta Legislativa número 1º de 1945, cambió la expresión Poder Legislativo por Congreso, y agregó, con referencia a los decretos mencionados, la fundamental condición de que dejarán de regir al restablecerse el orden público”.

Igualmente pertenece a la Codificación de 1936 el artículo 115, que en su ordinal 7º dispone:

“Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

“Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”. (Artículo 120, Codificación actual).

Y los artículos 36 y 37 que, en su orden, preceptúan en lo pertinente:

“Artículo 36 (42 de la actual Codificación). La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública”.

“Artículo 37 (38 de la actual). Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos”. (Artículo 5° del Acto Legislativo número 1° de 1945).

Que la conmoción interior producida por el alzamiento militar del día 10 de julio de 1944 fue, por su naturaleza, una de las más graves que se puedan presentar en cualquier país del mundo, tanto más en Colombia —cuya fisonomía civil constituye su mejor orgullo y es motivo de emulación en muchos otros pueblos— no puede remitirse a duda. Tan tremenda fue, que el Presidente de la República a quien están atribuidas las facultades de que se ha hablado, no pudo físicamente ejercer sus funciones, y tuvo que asumirlas el llamado constitucionalmente a reemplazarlo, fijándose en éste, por ese sólo hecho, todas aquellas facultades. Y fue así como el Designado por decretos de esa misma fecha y en uso ya de las atribuciones de que quedó investido, dictó, entre otras, las siguientes medidas tendientes a cumplir su deber primordial, por sobre todos, de restablecer el orden alterado.

Principió, lógicamente, por reconocer el estado de turbación y así lo declaró, con las solemnidades del caso: audiencia previa del Consejo de Estado (artículo 7° del Acto Legislativo de 1914, 122 de la Codificación Actual) y la firma de todos los ministros, una vez reconstruido el gabinete ejecutivo; luego expidió el decreto número 1633 de la misma fecha 10 de julio, en el cual se dispuso: “Artículo 1°—Desde este momento, y mientras subsista la turbación del orden público, prohíbese la circulación en el territorio nacional de toda clase de impresos, sin la autorización previa de la primera autoridad política. Prohíbese igualmente la radio-difusión y las telecomunicaciones en todo el país, mientras dure el estado de emergencia, y sin la expresa autorización. Artículo 2°—Encárgase de la ejecución de este decreto a la Dirección General de la Policía Nacional y a los Gobernadores de los Departamentos...”; y por decreto número 1634 bis, también del 10 de julio, se ordenó entre otras cosas: “Artículo 4°—En todo el territorio nacional se establecerá la censura de la prensa. Los Gobernadores, Intendentes y Comisarios tendrán a su cargo el desarrollo de esta medida, adecuándola en cada caso a las modalidades de la prensa local. En Bogotá se encargará de la censura periodística el Director General de la Policía Nacional. Artículo 5°—Los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, y el Director General de la Policía Nacional, tienen facultad de suspender una publicación cuando a juicio del respectivo agente del Gobierno sea imposible establecer sobre ella una censura suficiente, o cuando viole las disposiciones adoptadas por el Gobierno”.

Los Decretos que se han enunciado últimamente y transcrito en parte, llevan las firmas del Primer Designado, encargado de la Presidencia de la República, y de todos los Ministros.

Se tiene, pues, que la declaración del estado de sitio cuando se hace con las formalidades constitucionales y por motivos sobradamente justificativos, como en el evento que se ha examinado, produce, entre otras, las siguientes consecuencias: Sin que, en manera alguna, cese el imperio de la Constitución y de las leyes, y sin que éstas últimas puedan ser derogadas por el Órgano Ejecutivo, el Gobierno sí queda facultado para suspen-

der, por medio de decretos de carácter extraordinario con fuerza legislativa, las que, a su juicio, sean incompatibles con el estado de sitio; y además de las facultades legales, el mismo Gobierno queda investido de las que rigen para la guerra entre naciones, conforme al Derecho de Gentes.

A este propósito, es oportuno recordar aquí que cuando se declaró turbado el orden público, Colombia se encontraba, además, en situación de beligerancia con una potencia extranjera, como lo reconocieron el Gobierno y el Senado de la República y después lo anota la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en sentencia de fecha 12 de junio de 1945, asimilando dicha situación a un verdadero estado de guerra.

Por tanto el Gobierno, no sólo tenía derecho sino, aún más, la obligación ineludible de proveer lo conducente al restablecimiento del orden alterado, y dentro de su facultad de suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio, juzgó conveniente impedir como lo dice el considerando del Decreto 1634 bis, que la prensa y demás comunicaciones no controladas por el Estado, pudieran contribuir a la perturbación o servir de medios de entendimiento entre personas interesadas en fomentar agitaciones. Por demás está decir que no es preciso, al ejercer tan necesaria facultad, que se exprese la ley o leyes de cuya suspensión se trata: basta al intento que se dicten disposiciones contrarias o limitativas de las que, en situación normal, rigen sobre determinadas materias.

Ahora bien: los decretos extraordinarios que en tales casos dicte el Presidente, suponen su inmediata ejecución, cosa que no será posible sino por medio de los agentes del Gobierno, uno de los cuales, acaso el más indicado al efecto, es la Policía Nacional. De consiguiente, estuvo muy bien que aquel alto funcionario encomendara al Director General de este cuerpo para que en Bogotá cumpliera lo relacionado con la censura periodística, dotándolo a la vez de la facultad de suspender una publicación cuando, a su juicio, fuera imposible establecer sobre ella la censura adecuada. Y ya se ha visto cómo el Director General de la Policía, principiando por expedir la Resolución número 882 de 1944 (julio 10), cumplió su cometido, adoptando, además, medidas de oportuna previsión, valiéndose de las fuerzas bajo su mando, para evitar destrucciones o daños que, de no haber procedido así, hubiera causado en el edificio y maquinaria de El Siglo una multitud que con ademanes hostiles se dirigía al sitio de su ubicación. Tales medidas y resolución ya han sido suficientemente analizadas en el cuerpo de esta providencia.

Consecuencia inevitable de lo dicho, es la de que tanto el Presidente de la República, acompañado de todos sus Ministros, como su agente, el Director General de la Policía Nacional, obraron dentro del derecho conferido por la Constitución y las leyes, en presencia del grave estado de anormalidad que confrontaba a la sazón el país.

Sentado lo anterior, es procedente ahora el estudio del concepto jurídico sobre **vía de hecho**, ya que en él descansa lo fundamental de la acción intentada, y a fin de determinar con este examen los efectos que adelante se verán.

Qué se entiende por vía de hecho de la Administración?

Es preciso ahora fijar el verdadero sentido de esta expresión, esto es, lo que debe entenderse comprendido dentro de ella, admitida como está en el lenguaje jurídico, tanto más cuanto que quizás no existe texto legal que la defina. Habrá de recurrirse entonces a la opinión de los autores, así nacionales como extranjeros, especialmente a los invocados por el actor y por el señor Fiscal en el proceso.

Según Hauriou, citado por ambos y transcrito por el último:

"No hay operación administrativa sino en el ejercicio de un derecho que ha sido reglamentado en provecho de la Administración, con empleo del procedimiento correspondiente.

"La sanción de este principio consiste en lo que se llama la **vía de hecho**, es decir que:

"1°—La Administración comete una **vía de hecho** o una **usurpación de poder** si usa un derecho que no ha sido previa y formalmente reglamentado;

"2°—La Administración comete una **vía de hecho** o una **usurpación de poder** si usa un derecho que posee realmente, pero sin observar los procedimientos que le son impuestos, protectores de los intereses de terceros.

"En ambas hipótesis, la víctima de la **vía de hecho** o de la **usurpación de poder**, puede demandar ante los tribunales judiciales la reparación del daño que le ha sido causado, y esto, bien en contra del agente, bien en contra de la Administración misma; los tribunales judiciales son competentes precisamente por hallarse en presencia de un asunto de derecho común y no de una operación administrativa.

"Ejemplos de **vías de hechos**. Volvamos a las dos especies de **vías de hecho** por falta de derecho y por falta de procedimiento:

"1°—**Vía de hecho** por falta de derecho. Fuera del de derecho de expropiación y del derecho de requisición militar, la Administración no tiene poder alguno para apoderarse de una cosa perteneciente a un particular, especialmente carece del derecho de confiscación; y no tiene el derecho de imponer a los ciudadanos el trabajo personal obligatorio y gratuito, fuera del reclutamiento militar y de las prestaciones vecinales. No tiene el derecho de mantener en prisión, a un ciudadano sin juicio, por medida de policía ni el de expulsar de Francia a un francés por una medida administrativa, etc., ni el de proceder a un embargo administrativo.

2°—**Vía de hecho** por falta de procedimiento. De otro lado, para ejercer los poderes de la Administración, el Poder Público está obligado a observar los procedimientos consagrados, y si ejerce poderes, aun legales, fuera de todo procedimiento o con procedimientos que no son los pertinentes, es como si obrara en absoluto sin poderes.

"Tanto en un caso como en el otro, sea que haya operación fuera de los poderes o fuera de los procedimientos, el acto del Poder Público debe ser calificado como **vía de hecho** ya que no es administrativo.

"La autoridad judicial es competente entonces para reparar el derecho y acordar las indemnizaciones, si hay lugar a ello, y aún para evitar, por pronta providencia, el cumplimiento de una **vía de hecho** (jur. Trib. Cfl.).

"La **vía de hecho** por falta de procedimiento existe en dos series de casos: 1°—Si el acto ha sido cumplido por un agente que no tenía delegación regular del Poder Público, como en el caso del empresario de trabajos públicos que se apodera de un terreno con miras a una ocupación temporal, sin autorización del Prefecto. 2°—Si el acto, aunque cumplido por un agente administrativo con delegación regular, está fuera de los procedimientos legales de la Administración, por ejemplo, si un empresario de trabajos públicos departamentales empezara a construir sobre la plaza pública de un Municipio, sin previo acuerdo amigable entre las dos administraciones, o sin que hubiera juicio de expropiación, o se apoderara de un terreno de propiedad privada antes de la expropiación correspondiente. Por ejemplo en el caso de un edificio que amenaza ruina, cuya demolición se efectúa sin observancia del procedimiento de la ley de 21 de junio de 1898. No es suficiente que haya habido una irregularidad, una

omisión en el procedimiento, es necesario una ausencia completa de procedimiento.

“Observación. En los casos de vías de hecho, frecuentemente habrá **hecho personal** del funcionario, pero la responsabilidad de éste no es obstáculo para que el interesado reclame directamente de la Administración el restablecimiento de su derecho.

“Por otra parte, la vía de hecho no debe confundirse con el hecho de servicio, perjuicio causado por una falta en el servicio administrativo, que da lugar a reclamación ante los tribunales administrativos; y no es un hecho de servicio la vía de hecho, porque está absolutamente por fuera de los poderes de la Administración o de sus procedimientos, y por consiguiente por fuera de la ejecución de los servicios. La vía de hecho tampoco debe ser confundida con el acto tachado de **exceso de poder**: un acto tachado de exceso de poder no permanece por ello menos administrativo. Conviene anotar que la vía de hecho por falta de derecho confirma con el exceso de poder por incompetencia, pero aquella es una incompetencia que va hasta la **usurpación de poder**; allí no hay apariencia alguna de competencia; así mismo, la vía de hecho por falta de procedimiento colinda con el exceso de poder por violación de las formalidades que va hasta la ausencia total de ellas”.

Para Desgrangés, citado por el actor, analizado por el Consejero doctor Hernández Rodríguez al finalizar sus salvedades aclarativas a la parte motiva del auto que admitió la demanda, y transcrito por el señor Fiscal, la **vía de hecho** se define así:

“Acción material, o decisión ejecutoria inexistente, consumada sin poder, sea porque el autor no es un agente administrativo, sea porque le está prohibida a la Administración en ausencia de actos o hechos legalmente indispensables para que tenga naturaleza administrativa”.

Según Moreau, también invocado por el apoderado del demandante y por el Fiscal, existe la vía de hecho: “Por una parte, cuando la Administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra la Administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto”.

También el autor nacional, doctor Carlos H. Pareja, en su curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico, se expresa así al respecto:

“Hay vía de hecho en lo administrativo cuando el funcionario procede a ejecutar una medida mediante la acción directa, es decir, sin estar autorizado para ello o en cumplimiento de un acto por sí mismo inexistente, y sin llenar las formalidades legales. La vía de hecho puede pues definirse diciendo que es el acto cuasi-delictual de una autoridad, ejecutado sin competencia y sin formalidad legal, en perjuicio de terceros. Ejemplos de vía de hecho: el acto de privación de la libertad de un individuo sin fórmula de juicio, por autoridad incompetente para efectuarla; la expropiación de la propiedad privada sin previa declaración de utilidad pública y por agentes no capacitados para expropiar; la suspensión arbitraria de un periódico; la invasión sin fórmula de juicio de una propiedad privada por un agente administrativo encargado de ejecutar una obra pública inmediata; el decomiso por funcionarios no pertenecientes al ramo de higiene, de una existencia de productos farmacéuticos no tachados de vicio alguno; la destrucción de un edificio, en el supuesto de que amenaza ruina, por la autoridad administrativa, sin la previa formalidad legal; y en general, la ejecución de cualquier acto administrativo de los que hemos llamado inexistentes, o el resultado de un abuso de autoridad, etc.”.

El señor Fiscal de la corporación, luego de hacer transcripciones y citas de los prenombrados autores y de otros, endereza sus alegaciones hacia un severo y bien meditado análisis jurídico, tendiente a fijar el concepto de **vía de hecho**, para demostrar que en el caso de autos no la hubo; y en seguida explica todas las circunstancias que militaron para que la Policía Nacional obrara como lo hizo, justificando sus actuaciones y procedimientos, para concluir que no es al Consejo de Estado a quien compete el conocimiento del negocio, pues que, en su concepto, apenas puede derivarse para el Gobierno que dictó las medidas generadoras de tales actuaciones, una responsabilidad política.

En cuanto a la opinión de que no hubo vía de hecho, en el fondo la comparte el Consejo por las siguientes razones:

Conio se ha visto, los tratadistas opinan unánimemente que la **vía de hecho** se configura y caracteriza por dos elementos esenciales: por una parte, cuando la Administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra, cuando la Administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto.

Ahora bien: siendo así que el Gobierno, en el evento que se estudia hizo uso, al dictar las medidas previstas en los decretos atrás insertos, de las facultades constitucionales de que estaba investido, frente a la conmoción interior originada por el golpe de Pasto, y que el Director General de la Policía Nacional, a su turno, obró dentro de las atribuciones conferidas por quien a la sazón presidía el Estado, y mediante procedimiento que a falta de normas preexistentes que los consagraran específicamente juzgó más adecuados para llenar su delicada misión, obteniendo, además, la protección de la empresa del demandante, no puede atribuírsele a esas actuaciones el calificativo de **vía de hecho**, que supone arbitrariedad. Tanto más cuando, al decir de la Corte Suprema de Justicia (auto de septiembre 26 de 1889, citado por el Fiscal), "a la Policía está sujeta toda clase de personas; ella lo abarca todo, procede sumariamente y se separa de las fórmulas comunes de enjuiciamiento, especialmente cuando procede de una manera preventiva, porque si así no fuera, su misión no sólo sería ineficaz y tardía, sino inútil y hasta ridícula".

De otro lado, siguiendo al tratadista Hauriou, a la **vía de hecho** se opone precisamente la operación administrativa, que consiste en el ejercicio de un derecho que ha sido reglamentado en provecho de la Administración, con empleo del procedimiento correspondiente. Y si la sanción —entiéndase lo contrario— de este principio es la **vía de hecho**, conclúyese, necesariamente, que los dos fenómenos se excluyen entre sí, no pueden coexistir, y que aquí se trata, por tanto, de una operación administrativa, mas no de una vía de hecho.

El citado autor, como se vio de lo antes transcrito, llega lógicamente a conclusiones sobre competencia, atribuyéndola a los tribunales ordinarios, fundado seguramente en la legislación y jurisprudencia francesa, que conducen a las otras consecuencias jurídicas por él anotadas, cuando se está en presencia de una vía de hecho. Pero lo cierto, lo evidente, es que la legislación colombiana consagra en la materia principios diferentes, como en seguida se verá.

Partiendo del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, y pasando por el 51, que consagran principios generales sobre competencia, se llega al 67 de la misma obra, según el cual "la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho"; y, finalmente, en el mismo orden

de ideas y como señalado progreso de las instituciones nacionales, frente a los derechos de terceros, preceptúa el artículo 68: "También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa (subraya el Consejo).

Es decir, que al paso que en Francia, a juzgar por lo que se deja estudiado, sólo puede haber acción si concurre vía de hecho o usurpación o desvío de poder, fenómenos contrarios a la operación administrativa, en Colombia expresamente se concede la de restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación (quizás más propiamente perjuicio) es un simple hecho o una operación administrativa.

Así lo explica también el doctor Tulio Enrique Tascón en su tratado de Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano, al reproducir los siguientes pasajes de la exposición de motivos del artículo 68 de la Ley 167 de 1941:

"La Ley 80 de 1935 dio un paso de positivo avance al disponer que, cuando se ejercita la acción privada, los fallos deberán determinar con la debida precisión la manera de restablecer el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se hubiere solicitado.

"No obstante esta norma, que vino a llenar un vacío en la función jurisdiccional del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos y a dar a las decisiones de estos organismos una eficacia hasta entonces no alcanzada, aún queda mucho por hacer en el sentido de estructurar legislativamente el contencioso de plena jurisdicción.

"En busca de este objeto se dictan las reglas necesarias, según las cuales todo aquel que se crea lesionado en un derecho suyo, reconocido o sancionado por una norma de carácter administrativo o civil, puede pedir que además de al anulación del acto se le restablezca en el derecho particularizado y concreto en el cual ha sufrido el agravio, o simplemente demandar las indemnizaciones o prestaciones a que hubiere lugar, sin necesidad de solicitar nulidad alguna, cuando la causa de la violación del derecho, subjetivamente considerado, es un simple hecho o una operación administrativa".

Es que Colombia no puede seguir atada, en forma inseparable e indisoluble a las instituciones jurídicas y a las jurisprudencias extranjeras. Bien está que en presencia de normas similares en el fondo, o de temas comunes a la vida social de todos los pueblos civilizados, se aprovechen las enseñanzas de eminentes autores. Pero, los países tienen, por múltiples factores de variado linaje, sus características propias, su fisonomía distinta, que justifican una legislación compasada con la estructura que les es peculiar. Y esta Nación, en el caso concreto que se examina, como en muchos otros, ha reaccionado contra la tradición foránea, adoptando instituciones legales de auténtico avance y originalidad, compatibles con su índole nítidamente civil, principalmente cuando del respeto a los derechos de terceros se trata. No quiere que nadie sufra perjuicio, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el individual o subjetivo, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor.

A propósito del ejemplo principio recién enunciado de la supremacía social frente al derecho particular, existen en Colombia diversas aplicaciones, tanto para el tiempo normal como para el estado de turbación del orden público, y de una manera tan amplia, que de ellas pueden deri-

varse multitud de casos concretos, comprendidos siempre dentro de las reglas generales.

Es así como la Constitución en su artículo 30 (26 de la Codificación de 1936 y 31 de la de 1886), después de garantizar la propiedad privada en tiempo de paz, y los demás derechos adquiridos con justo título, por personas naturales y jurídicas, y de colocar la utilidad pública e interés social por sobre los derechos de los particulares, en caso de conflicto, le asigna a la propiedad el carácter de función social, que implica obligaciones, y luego consagra la expropiación por los motivos allí propuestos, señalando a las autoridades judiciales como competentes para ella y prescribiendo la indemnización previa.

A la inversa, el artículo 33 de la Constitución (30 de la Codificación de 1936 y 33 de la del 86) preceptuó que en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización, lo que claramente establece que siempre tiene que haberla, aunque con posterioridad. También determina para el caso de guerra la ocupación temporal de la propiedad inmueble, ya para atender a las necesidades de aquella, ya para destinar a ella sus productos, pero como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes. Y por último, agrega que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

Es verdad que en el presente caso no se trate de una expropiación, pero lo que se desea significar con la anterior invocación es que el constituyente tiene proscrito el daño sin reparación, pues sólo como pena pecuniaria impuesta a sus dueños, pueden destinarse los productos de los inmuebles a las necesidades de la guerra, lo que implica una providencia motivada, conforme a las leyes.

En este orden de ideas, ya puede traerse el siguiente ejemplo: Si Pedro es dueño de un edificio que le produce renta, y en estado de guerra o turbación del orden público, para proveer a su restablecimiento o atender a las necesidades de aquella, le es ocupado, como dice la Constitución, verbigracia para cuartel, terminada la situación de emergencia, o cuando cese la ocupación, habrá de ser indemnizado, si no ha precedido la imposición de una pena pecuniaria consistente en la privación de los productos en beneficio del Estado. Y este evento sí guarda notoria similitud con el de autos, porque si por activa las cosas son así, por pasiva también lo serán. En ambos casos se han dejado de percibir los rendimientos.

Todo lo anterior conduce a la conclusión de que el derecho a obrar no excluye la indemnización.

En cuanto a la responsabilidad netamente política, de que habla el señor Fiscal, respecto a los actos del Gobierno en la ocurrencia de que se trata, ella está erigida para el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber sucedido el caso de guerra exterior o de conmoción interior, y también, lo mismo que para todos los demás funcionarios, por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 121 de la Constitución. Pero resulta que, como todo lo demuestra, en pocos casos como éste se justificaba tal declaración, puesto que se trataba nada menos que de la pérdida de la libertad del jefe del estado, por obra de militares insurgentes, con todas las funestas consecuencias que de semejante hecho se podían derivar, y no aparece que se hubiera cometido ningún abuso de los previstos en la suprema ley. De

otro lado, no sería aventurado pensar que aún en el supuesto de responsabilidad política, ella no excluiría la indemnización en el caso concreto de daño en el patrimonio particular de las personas, así naturales como jurídicas, por haberlas colocado en situación excepcional. Por el contrario, supuesto que hubiere existido motivo para deducir aquella responsabilidad —que no existió, según queda demostrado— constituiría un nuevo factor justificable de la indemnización.

La fuerza mayor

También invoca el señor Fiscal este argumento exceptivo de que habla el artículo primero de la Ley 95 de 1890: "Se llama **fuerza mayor** o **caso fortuito** el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.". Y para dotarlo de mayor autoridad, se acoge a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, según la cual los hechos expresados en esa norma "no son los únicos que constituyen caso fortuito, pues hay muchos otros, como la razón lo indica y como lo deja entender la etcétera final del artículo.

Todo esto es verdad, pero acaso en este proceso no tenga aplicación el argumento. Porque, como claramente aparece de la disposición transcrita, para que haya caso fortuito es preciso que concurren dos elementos, a saber: Que sea imprevisto, y que la resistencia sea imposible.

Ahora bien: la Constitución Nacional —para no enunciar sino algunos casos relacionados con la materia en cuestión— prevé las conmociones interiores, las guerras exteriores, los motines y asonadas, etc.; y para reprimir los alzamientos, hacer frente a las agresiones externas, defender la honra de la nación y la inviolabilidad del territorio, conservar el orden y restablecerlo en donde fuere turbado, el Gobierno dispone de la fuerza pública, pudiendo el Presidente, si así lo estima, hasta dirigir las operaciones de guerra como Jefe supremo de los Ejércitos de la República. Y prevé también la necesidad de la Policía para todos los menesteres relacionados con el mantenimiento del orden y otros extremos. Al propio tiempo —también como medida de previsión— ha creado los funcionarios llamados a reemplazar al jefe titular del Estado, en todos los casos de falta temporal o absoluta.

Así las cosas, no es posible atribuirle a gobierno alguno la imprevisión en tan delicadas materias, puesto que su principal misión es la de prevenir previendo.

Y en cuanto al otro factor —la resistencia— en pocos días subsiguientes al 10 de julio de 1944, quedó comprobada con la restitución plena de la paz y el orden, con todos sus beneficios.

De otro lado, es precisamente en el Gobierno en donde radica la mayor fuerza, no siéndole, en tal virtud, jurídicamente posible alegarla en cuestiones de orden público. Otra cosa sería en las concernientes al derecho privado.

La excepción propuesta, por intuición, no prospera.

La culpa concurrente

Otro aspecto tratado por el señor Fiscal en defensa de la nación, es el de la **culpa concurrente**, y lo plantea así:

"Según los hermanos Henry y León Mazeaud, Lalou y las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia, "es el error de conducta de quien sufrió los actos lesivos de sus derechos patrimoniales, porque ese error conlleva el concepto de culpa, culpa que se enfrenta a la del autor material y directo del acto o hecho que causó los perjuicios".

Para demostrar su aserto, transcribe numerosos pasajes tomados de los editoriales, manchettes e informaciones del periódico "El Siglo", en orden cronológico, desde el 7 de agosto de 1940 hasta el 9 de julio de 1944, esto es, hasta la víspera del golpe de Pasto, en los cuales se encuentran ásperos y crueles ataques de la más variada índole, contra el Gobierno en general y contra el Presidente de la República, sus Ministros y otros altos funcionarios en particular. Ahí se hallan los cargos más graves e incitaciones más violentas: en los primeros se llega hasta el de traición a la patria, y en las últimas hasta el llamamiento a la insurrección de las Fuerzas Armadas.

Sería prolijo reproducir aquí aquellas inserciones o siquiera escoger las más importantes en el sentido indicado, puesto que todas lo son; pero por su significado y trascendencia inmediatas, ya que apareció en el número 3040 del prenombrado diario, correspondiente al 9 de julio de 1944, día anterior a la iniciación de los sucesos generadores de este proceso, es conveniente hacerlo con la parte del editorial de ese número, que bajo el título "Cómo se traiciona una patria", se expresa así:

"Esa impura oligarquía, dedicada a hacer negocios inverecundos para el enriquecimiento de sus asociados, a especular con las determinaciones del Gobierno, a apropiarse los bienes de los extranjeros, arrebatados a sus poseedores legítimos con el pretexto del conflicto internacional, y a todas las inmoralidades y crímenes que pudieran convertirse en dinero para su peculio, se imaginó que las leyes morales y sociales podían violarse si se conservan los rútolos de democracia, de elecciones, de administración pública, sin que correspondieran a realidad ninguna. Pero es ley ineludible en la historia que esas normas eternas no se violan impunemente. Los pueblos extenuados con el saqueo oficial, cansados de la mentira y de la farsa como sistema único de Gobierno, se yerguen por fin algún día. Al hacerlo, como lo ha hecho el Ecuador, ha dado un alto ejemplo". (Subrayó el Fiscal).

Y el mismo número del periódico ostenta esta manchette:

"El Ecuador ha dado un alto ejemplo".

Sería inútil todo comentario.

El señor Fiscal sugirió al Consejo que, si éste lo juzgaba conveniente, dictara un auto para mejor proveer, a efecto de confirmar sus transcripciones, pidiendo al Ministerio de Educación el envío, con carácter devolutivo, de las colecciones de "El Siglo" existentes en la Biblioteca Nacional y referentes a los años preindicados. Pero el consejero ponente no creyó necesario consultarle al Consejo si se adoptaba o no esa determinación, porque, de una parte, consideró que las citas y transcripciones de dicho funcionario, por serlo, están amparadas por una presunción de verdad; y de otra, porque el contenido de tales inserciones ha pertenecido al dominio público.

Yendo ahora al fondo de la argumentación del señor Fiscal relativa a la culpa concurrente, se tiene:

Su autor se propone demostrar con el cúmulo de párrafos transcritos, que "El Siglo" adelantó campañas, tanto en la sección editorial como en la de Cosas del Régimen y en muchas otras, encaminadas a crear una subversión armada contra las instituciones legítimas imperantes, campañas que culminaron con el atentado del 10 de julio de 1944 en el cual fue hecho preso el Jefe del Estado y desconocido el imperio de la Constitución y de las leyes vigentes; que presentó al Presidente de la República como enemigo decidido y peligrosísimo del Ejército, como que se proponía

—dice— “amenguarlo y hasta eliminarlo sustituyéndolo por la Policía Nacional, cargo injusto y sin fundamento de razón, pretextando para ello las medidas tomadas por el Jefe de la Administración para hacer también de la Policía Nacional una unidad respetable...”; que sumó esa campaña “a las declaraciones terminantes hechas en el Senado por el Director del diario susodicho y caudillo de la oposición, doctor Laureano Gómez, de que si se llevaba nuevamente a la primera magistratura al doctor Alfonso López inevitablemente vendría la guerra civil y hasta el atentado personal...”; que “creó, particularmente entre los oficiales del Ejército que compartían los mismos ideales políticos preconizados y defendidos por el periódico “El Siglo”, un clima de manifiesta hostilidad al doctor Alfonso López y al Gobierno en general, clima que tuvo su manifestación ostensible en el golpe de Pasto, como se desprende inequívocamente, entre otros hechos, del siguiente aparte de la defensa hecha por el Capitán Hernando Torres Quintero —cuyos conceptos revisten autoridad por su doble condición de militar y de conservador— al teniente coronel Luis Agudelo, ante el Consejo de Guerra Verbal que juzgó a éste como a uno de los autores principales del atentado del 10 de julio de 1944:

“El Capitán Torres dijo más o menos lo siguiente:

“4º Analizó la influencia de la oposición partidaria al Gobierno, oposición sistemática a través de varios años, como determinante definitivo en el criterio de una colectividad y más que todo en un individuo, para que hubiera sido impulsado por una sensación que se le produjo y encontró campo propicio en determinadas inclinaciones y convicciones”. (Consejos de Guerra Verbales, Actas 1944, página 14).

Y concluye así esta parte de la defensa del señor Fiscal:

“Así, dada la actitud del periódico preindicado, que en parte se encuentra consignada de bulto en las manchettes, editoriales y demás artículos e informaciones que dejo transcritos, lógicamente el golpe de Pasto es la resultante necesaria del error de conducta de “El Siglo” en sus campañas de todos los momentos contra la Administración y contra quien tenía el supremo comando de ella cuando sobrevino aquel golpe, doctor Alfonso López, golpe que dio como consecuencia irremediable la adopción de las medidas que el demandante destaca como lesivas de sus derechos patrimoniales y causantes de los perjuicios que reclama, como fueron la turbación del orden público, la restricción de la libertad de prensa, el no nombramiento para “El Siglo” de junta de censura, y la no salida de éste desde el 11 de julio hasta el 6 de agosto de 1944; error de conducta que conlleva el concepto de culpa que se enfrenta a la del autor material y directo de las medidas que ocasionaron los perjuicios, y que da derecho a la nación, como un acto de justicia evidente, a que haya una compensación por concurrencia culposa, es decir a que se reduzca fundamentalmente el monto de los perjuicios, en condiciones que pueda llegarse a que tenga concurrencia el fenómeno de la compensación total, en consonancia con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en repetidos fallos, entre los cuales cito los de 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1943, páginas 296 y siguientes y 318 y siguientes, respectivamente, de la Gaceta Judicial números 2001 a 2005, doctrina interpretativa del artículo 2356 del C. C.”

Los fundamentos de las anteriores argumentaciones establecen que durante varios años el periódico “El Siglo” puso su empeño en campañas como las de que dan cuenta las piezas que inserta el estudio del señor Fiscal, con el ánimo de difamar al Gobierno y a las personas de los más altos funcionarios, principalmente al Jefe del Estado, ante los ojos de la opi-

nión y en particular ante el Ejército de la República, con el fin de crearle animadversión, lo que consiguió a la postre entre los elementos militares comprometidos en el golpe de Pasto.

“La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública”, dice la Constitución. Esto significa que cuando la prensa se pronuncie en forma atentatoria, es decir, por definición, llevando en sí la tendencia, el conato o la ejecución del atentado, en los casos previstos por aquella norma, es exigible su responsabilidad, conforme a las leyes, de suerte que desde 1940, los agraviados por “El Siglo” hubieran podido acudir a los jueces competentes en demanda de esa responsabilidad y de las sanciones pertinentes, en sus diversas manifestaciones legales de apremios, multas, penas corporales, reparaciones, etc., para reprimir los excesos y poner correctivo al **error de conducta** analizado por el señor Fiscal. Acaso no lo hicieron, aunque para ellos cada una de las imputaciones hechas en los escritos, en tales eventos, pudieran constituir cabeza de proceso penal, bien porque estimaran que hay delitos cuya investigación no es de oficio sino que a ella debe proceder la iniciativa privada, y no la asumieron, o bien, y fundados en lo mismo, por un plausible sentimiento de tolerancia, interpretando el principio constitucional en el sentido de aumentar la libertad de la prensa y disminuir su responsabilidad, en admirable concierto con la estructura felizmente, y ojalá eternamente, democrática de la nación. Pero, sea de ello lo que fuere, lo cierto es que si las actuaciones del periódico en cuestión, a que alude el señor Fiscal, eran o fueron idóneas para producir el levantamiento militar de Pasto, contra ellas existían medidas en derecho propias para evitarlas: si no se tomaron, se debilita hasta bien cerca de la extinción la defensa sobre culpa concurrente, y lo mismo podría decirse en el caso de que se hubieran tomado sin que prosperaran ante los jueces competentes.

Hecho culposo de un tercero

Finalmente, el señor Fiscal arguye, en pro de la nación, el **hecho culposo de un tercero**, y lo explica, de acuerdo con la doctrina de la Corte que acaba de citar, como fenómeno jurídico que ocurre cuando intervienen actividades de un tercero “que aparezcan evidentemente vinculadas por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, caso en el cual la responsabilidad anexa a la noción de culpa se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales de la responsabilidad civil”.

Y después de rememorar, tomándolas de las propias afirmaciones del actor en la demanda, los hechos efectuados desde el histórico 10 de julio en adelante, y las medidas que el Gobierno se vio precisado a adoptar, necesarias todas ellas y encaminadas al restablecimiento de la tranquilidad y el orden público, como deber ineludible, concluye:

“De consiguiente, de acuerdo con la realidad de los hechos y los imperativos de la lógica, se impone concluir que fue el movimiento sedicioso del 10 de julio de 1944, consumado por el Coronel Gil y sus compañeros, el que necesariamente determinó llevar a la práctica las medidas que dieron por resultado la no aparición del periódico “El Siglo” entre el 11 de julio y el 6 de agosto de aquel año, suspensión que produjo los pretendidos perjuicios sobre que versa esta controversia; pues sin esas actividades insurgentes del prenombrado Coronel Gil el Jefe del Órgano Ejecutivo no habría tenido necesidad de declarar turbado el orden público ni de restringir la libertad de prensa, ni de autorizar en consecuencia al Direc-

tor de la Policía para efectuar la censura de los periódicos en esta ciudad y hasta para suspenderlos, ni éste hubiera cercado el edificio de "El Siglo" con un cordón de policía, impidiendo la salida y entrada de los particulares, ni ordenado suspender los servicios de energía y teléfono, ni se hubieran causado los perjuicios consecuenciales a tales actos; y siendo lo anterior incuestionable, el hecho revoltoso de que se trata está evidente, innegable y fundamentalmente "vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado", por ser el determinante de éste, y por lo tanto, "la responsabilidad anexa a la noción de culpa se desplaza del autor del daño" (la Administración) hacia el tercero (Coronel Gil y sus compañeros de revuelta)", en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos esenciales integrantes de la responsabilidad civil".

Es verdad que los efectos son producto necesario de los antecedentes que los engendran (fundamento de la ley de causalidad), y que sin los hechos originados en Pasto con la aventura de marras, no se hubieran adoptado las medidas autorizadas por la Constitución, que dieron por resultado la no aparición del periódico "El Siglo" en ciertos días, "suspensión que produjo los pretendidos perjuicios sobre que versa esta controversia". Pero también lo es que en derecho administrativo se regulan las cosas de manera diferente que en derecho civil, al cual se contrae la Corte en la doctrina invocada; y que en el primero se concede acción cuando la causa del perjuicio es un hecho o una operación administrativa, sin remitir al titular del derecho a exigirlo de un tercero.

La jurisprudencia administrativa tiene admitido, sí, que en el caso de violación de un derecho subjetivo, individual o concreto por parte de un funcionario nacional, departamental o municipal, que ha dado acción al perjudicado para obtener una nulidad, al ser condenada al restablecimiento de aquél la respectiva entidad de derecho público, ésta podrá repetir contra el autor del acto lesivo, en demanda de reembolso de las prestaciones correspondientes. De suerte que aquí, por analogía, a lo sumo podría considerarse la posibilidad de aceptar idéntica doctrina, salvo, empero, que el tercero o terceros hubieran sido condenados en sus respectivos procesos, caso en el cual éstos estarían para ellos definitivamente terminados.

Los perjuicios

Analizados como quedan los razonamientos del Ministerio Público, expuestos en su alegato final, de auténtico mérito jurídico, y visto, por lo considerado y probado, que hay lugar a rescaramiento, resta sólo examinar en qué consistieron los perjuicios sufridos por la Empresa demandante, y cuál debe ser, por tanto, el monto de la indemnización. No sin observar primero que el actor fundamenta su demanda en "la clausura y suspensión del periódico "El Siglo" que por una vía de hecho de la Administración —dice— dejó de imprimirse y salir al consumo del público desde el día 11 de julio (se refiere al de 1944) hasta el 6 de agosto también del corriente año, inclusive"; y que, a juicio del Consejo, no hubo tal vía de hecho en su sentido jurídico y específico, sino, como atrás se demostró, simples hechos genéricamente considerados, en desarrollo de las operaciones administrativas que fue preciso adoptar para restablecer el orden público en mala hora perturbado.

Erró, pues, el promotor de este proceso al calificar de vía de hecho la génesis de su acción, acaso porque el vocablo "hecho" que emplea el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, lo indujo al desacierto. No obstante, como a lo esencial de lo pedido se le dio base en la disposi-

ción recién citada, es pertinente, en justicia, reconocer la intención del actor, con tanto mayor razón si se toma en cuenta la novedad, y, por lo mismo, la complejidad del problema que por el presente fallo se está dilucidando.

Desde la demanda, se pidió que el monto de la indemnización fuera el señalado por peritos nombrados oportunamente y legalmente por las partes, cosa que así se hizo.

Naturalmente, hay que estudiar primero lo que compete reconocer, pues en cuestiones contencioso-administrativas, y particularmente en casos como el de este juicio, se trata únicamente del restablecimiento del derecho, de la reparación, lo que vale decir que el monto de ésta no puede diferir, por exceso ni por defecto, del daño efectivo, de manera inmediata, esto es, sin considerar las proyecciones que de él pudieran derivarse. A propósito, en esta misma causa, al admitir la demanda, bajo la ponencia del consejero doctor Gaitán, se emitieron juiciosos conceptos que, no por abstractos, dada la naturaleza de ese proveído, dejan de reflejar ciertas luces sobre el plano que ahora se estudia.

Por consiguiente y dentro del criterio expuesto, procede el examen de los dictámenes periciales rendidos al intento.

El día 10 de agosto de 1945, fue practicada por el Consejo, en asocio del señor Fiscal, del apoderado y del actor y de los peritos señores doctor Francisco José Ocampo, doctor Ricardo Sarmiento Alarcón y Antonio María Pradilla, nombrados por el demandante, por la Nación y tercero, en su orden, una inspección ocular en el edificio del periódico "El Siglo", situado en la carrera 13, número 15-11 de esta ciudad. En esa diligencia, que había sido pedida y decretada oportunamente como prueba, a petición del actor, se fijaron los elementos que debían tenerse en cuenta para el avalúo de los perjuicios de que se trata y se concedió plazo a los peritos para llenar su cometido. Dentro de una prórroga, también pedida oportunamente y a la cual se accedió, los expertos presentaron sus respectivos trabajos, debidamente razonados, que, en resumen y separadamente, dan el siguiente resultado:

El perito Ocampo tomó en cuenta tres factores para hacer el avalúo y los presenta, reducidos a cifras, así:

"Primero. Valor de los gastos hechos por la Empresa durante la suspensión del periódico, o sea el pago de personal y servicio durante veintiocho días, según el cuadro adjunto....\$ 7.107.51

"Segundo. La suma de dinero que dejó de recaudar "El Siglo, S. A." como utilidades, o sea la ganancia que dejó de reportarse durante el segundo semestre de 1944, teniendo en cuenta el promedio del producido (sic) de la Empresa en el primer semestre de 1944 y el primer semestre de 1945, época en que cesaron los efectos del daño causado por la suspensión de la Empresa, según mi concepto, la cantidad de..... 18.495.49

"Tercero. Desvalorización del good will por la suspensión impuesta del periódico, por el incumplimiento obligado de los contratos y avisos, por la desorganización de la Empresa en general y por las funestas repercusiones que en la economía de la Empresa produjo la suspensión forzada del periódico y el cierre violento de sus oficinas, la estimo en la cantidad de..... 10.000.00

Total.....\$ 35.603.00

El perito Sarmiento Alarcón expresa su concepto, en lo relativo a guarismos, así:

“Daño emergente.—No basta para analizarlo constatar las salidas de caja ocurridas en determinadas fechas; es preciso analizar el tiempo a que corresponda el gasto, sea cualquiera el momento de su pago; de la contabilidad se nota a primera vista que ciertos gastos, por su naturaleza, se pagan en un mes pero fueron causados en lapso anterior. Así se explica la anormalidad aparente de que en julio de 1944, en diez días de trabajo, se hayan cubierto ciertos gastos en cuantía superior a lo cubierto en agosto, con veinticinco días de labores. Pero como sería imposible ir en cada centavo a buscar su origen o momento en que nació la deuda, acogo como aceptable la suma de \$ 7.107.51 como el total de los gastos generales, inútilmente en referencia con la producción, pagados por la empresa durante el tiempo total de la suspensión. A eso monta pues, el daño emergente: \$ 7.107.51.

“En cuanto al lucro cesante, después de formar promedios semestrales y de efectuar concienzudas operaciones aritméticas, lo estimó en la suma de..... \$ 11.387.98

Total..... \$ 18.495.49

A su turno, el perito Pradilla, como tercero, anota que los dos peritos principales coinciden en fijar los gastos hechos por la Empresa, por costo de personal y servicios durante los días de clausura en la suma de \$ 7.107. 51, y acoge la legitimidad de esta cifra, que se desprende —dice— de los libros y cuentas que ha tenido oportunidad de revisar.

Y luégo de hacer un cuadro comparativo entre las cifras tenidas en cuenta por cada uno de los peritos principales, dice: “En presencia de estas cifras, estimo yo que son aceptables, como antes dije, los gastos fijos comprobados en que incurrió la empresa durante el periodo de clausura, o sean \$ 7.107.51, más la diferencia entre el producto potencial de \$ 18.495.49 y la suma de \$ 5.280.59 a que ascendieron las utilidades de El Siglo S. A., durante el semestre a que se contrae esta liquidación, esto es, \$ 11.387.98, más lo que en justicia sería aplicable a perjuicios sufridos por la Empresa con motivo del cierre forzado y que la llevaron al incumplimiento de contratos y a interrumpir el ciclo de circulación que en una empresa de esta naturaleza es base fundamental para su prestigio y su propia existencia”.

En seguida agrega: “Resumiendo los considerandos anteriores, estimo que los daños y perjuicios ocasionados al diadio El Siglo durante la época de la suspensión del periódico (10 de julio a 7 de agosto (sic), y el lucro cesante, tendrían un valor de \$ 23.776.08, así:

Gastos por daño emergente (Capítulo I)	\$ 7.107.51
Utilidades no devengadas durante el semestre comprendido entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 1944	11.387.98
Perjuicios sufridos por la Empresa por incumplimiento de contratos y suspensión de su circulación	5.280.59
Total	23.776.08

Respecto del good will, según se ha visto, el perito del demandante lo estimó en \$ 10.000.00; el de la Nación lo desestimó totalmente; y el tercero, aunque también se pronunció por la desestimación, porque “en el caso de que nos ocupamos no veo yo en qué pueda afectarse el good will del diario “El Siglo”, cuyo nombre comercial continúa siendo patrimonio de la Empresa que lo posee”, esa desestimación no es sino aparente, por-

que incluyó la suma de \$ 5.280.59, por “perjuicios sufridos por la Empresa por incumplimiento de contratos y suspensión de su circulación, lo que, en el fondo, es lo mismo que el propio actor califica en el respectivo memorial de pruebas, punto c), como “desvalorización del good will, por la suspensión obligada del periódico, lo que produjo incumplimiento forzado de los contratos celebrados por la Empresa con los anunciadores, que dan pautas anticipadas sobre avisos”, y lo mismo también que el perito del demandante, en su tercera consideración de cifras, apreció en \$ 10.00.00, como “desvalorización del good will”, por idénticos conceptos que los expresados por el actor.

Ahora bien: este renglón del good will es inaceptable en el evento de autos, por las razones siguientes:

Las expuestas por el perito doctor Sarmiento Alarcón como fundamentos de su concepto sobre el particular, cuando dice:

“Siempre ha sido difícil estimar lo relacionado con ese patrimonio inmaterial, con la situación de monopolio, con el buen crédito, con los privilegios inmensurables, con la protección indirecta, la ubicación, la antigüedad, la novedad, el buen gusto, en general con factores de psicología colectiva que vienen a convertirse en fuentes de superutilidad industrial o comercial.

“Pero el balance, en su cuenta de pérdidas y ganancias, resumen del resultado de un negocio, nos da el índice para calcular si ha sufrido mengua el good will de una empresa dada.

“Para apreciar una causal de perturbación en la industria de imprimir diarios, durante el tiempo a que nuestro estudio se refiere, encontramos datos preciosos en la carta que el señor Alvaro Gómez Hurtado, uno de los directores de la Empresa, escribió desde Nueva York al gerente de ella. Se trata de que el papel para esta clase de obras está racionado para todo el país y dentro de él cada empresa tiene señalado un cupo. Todos sabemos que la situación comercial determinada por la guerra trajo dificultades de aprovisionamiento en numerosos renglones, pero en otros se ha llegado al límite de la imposibilidad.

“Una empresa que edita periódicos y tiene un cupo máximo de papel, no puede aspirar ni lograría jamás una progresión indefinida en el índice de sus negocios. De otro lado, las mismas dificultades de distribución, la falta de elementos de transporte, la existencia de cupos del cambio internacional, las prioridades, determinan que la propaganda haya sido restringida, especialmente la de las casas no colombianas. Esto en tesis generales:

“En el caso especial que nos ocupa, se alega o se enuncia desvalorización del good will por “incumplimiento forzado de los contratos celebrados por la Empresa con los anunciadores que dan pautas anticipadas sobre avisos....”.

“No encontré en los libros sociales rastro alguno de los contratos, que de otro lado no han sido puestos de presente ni demostrados.

“En el acta de la inspección ocular consta que la Empresa no tiene contabilización alguna, ni ha realizado diligencias para la estimación de su good will, siquiera para los efectos fiscales.

“No se encuentra, pues, demostración alguna de que el good will se haya desvalorizado”.

A lo cual se podría agregar: en parte alguna del expediente se encuentra prueba de que la Empresa demandante haya hecho erogación ninguna para resarcir perjuicios por incumplimiento de contratos con avisadores, suscriptores, etc. Y si alguien los hubiera exigido, quizás su inten-

to no prosperara, amparada la Empresa por la excepción de fuerza mayor, frente a sus presuntos demandantes. De tal manera que el reconocimiento que se hiciera relativamente al good will, representaría una utilidad para la sociedad actora, obtenida por medio del proceso, un enriquecimiento sin causa, extremo éste inaceptable.

En resolución, las únicas sumas en dinero llamadas a restablecer el derecho, son las provenientes de los gastos hechos por la Empresa y lo dejado de percibir por utilidades en el tiempo de la suspensión del periódico, es decir, lo que representa el monto de la indemnización que el derecho reconoce, dentro de los principios de la equidad.

Mas, como según el dictamen pericial, los expertos tomaron en consideración el producto de la Empresa en un semestre completo el que comprende los días de la suspensión de actividades de "El Siglo" en comparación con los dos semestres inmediatamente anterior y posterior, el Consejo estima que la verdadera reparación del daño, no puede referirse, en cuanto a utilidades dejadas de percibir, sino estrictamente a esos días, lo que muy bien puede deducirse de las mismas cifras anotadas por los peritos, pero contrayéndolas al período de receso en las labores, con lo cual queda restablecido el derecho realmente lesionado. Porque si se aceptara la falta de utilidad en un semestre, lo mismo podría aceptarse la de un año o un trimestre, por ejemplo, y también la de períodos más o menos largos, lo que resultaría arbitrario. No: la indemnización tiene que ser ni más ni menos de lo que efectivamente constituye el daño.

Prevía la anterior declaración, se tiene, tomando los dos semestres comparativos o de referencia señalados por los peritos, que en el de 1° de enero a 30 de junio de 1944, la utilidad fue de \$ 24.254.46; que en el de 1° de enero a 30 de junio de 1945, fue de \$ 23.297.70, lo que da un total de \$ 47.552.16; que esta cifra dividida por los doce meses del año, presenta una utilidad mensual de \$ 3.962.68; y, finalmente, que hecha la proporción aritmética correspondiente, da un resultado de \$ 3.566.07, como monto de lo dejado de percibir durante los veintisiete días de la suspensión del periódico. Y si a esta cifra se le agrega el renglón de gastos, que es de \$ 7.107.51, se tiene el total de lo justamente indemnizable, o sea la cantidad de \$ 10.673.58.

Para patentizar lo equitativo de esta fórmula, basta ver que en el segundo semestre de 1944, o sea el afectado con los días inactivos de "El Siglo", hay meses como el de agosto que arroja una utilidad de \$ 274.58 solamente, y, como el de noviembre, en el que se redujo a \$ 89.34; porque los gastos de cada uno de esos dos meses se acercaron mucho al total de la producción correspondiente a ellos. En cambio en el de octubre se observa una utilidad de \$ 2.967.76. Así las cosas, si se tuviera en cuenta para apreciar el daño el resultado del semestre completo, se echaría sobre la Nación una carga injusta.

Conclusiones jurisprudenciales

Deliberadamente no se hicieron éstas en el capítulo sobre vía de hecho, en el cual sólo se enunció parte de la doctrina aquí sostenida, con el fin de que quedara bien clara inmediatamente antes de la parte resolutive de este fallo, la interpretación que racionalmente debe dársele al artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el 67 ibídem. Este consagra la acción de nulidad del acto y de restablecimiento del derecho para la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, y el 68 preceptúa: "También (subraya el Consejo) puede pedirse el res-

tablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.

Pues bien: ya quedó estudiado con los tratadistas lo que se entiende por **vía de hecho**, esto es, que existe cuando la Administración ejercita un pretendido derecho que la ley no le otorga, o cuando obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto, es decir, quebrantado las formas preestablecidas. Y quedó claro también que la operación administrativa es el ejercicio de un derecho reglamentado en provecho de la Administración. Por consiguiente, cuando hay operación administrativa no puede haber vía de hecho, puesto que los dos fenómenos chocan, se oponen entre sí: el primero es legítimo, plausible; el segundo, arbitrario y hasta violento, y, por lo mismo, censurable. Consecuencia recta de la anterior proposición, en razón pura, es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí, en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar en un momento dado, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido, a diferencia de otras legislaciones que sólo conceden acción cuando el perjuicio proviene de una vía de hecho. Ahora se explica por qué el artículo 68 en estudio debe entenderse en el sentido de que cuando expresa “causa de la violación”, quiso decir “causa del perjuicio”.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, analícese el significado de **causa** en las acepciones pertinentes: “Lo que se considera como fundamento u origen de algo —dice el Diccionario de la Academia—. Motivo o razón para obrar. **Causa impulsiva**: razón o motivo que inclina a hacer alguna cosa”. Por tanto, la causa tiene que preceder inmediatamente al efecto, y entonces la de una violación no es sino subjetiva, una operación psicológica que se desarrolla, que pertenece al fuero interno del agente, que le impulsa a obrar; es la concepción de una idea que quiere poner en práctica, movido en su espíritu por sentimientos o pasiones buenos o malos. En cambio, la causa de un perjuicio es el hecho que le precede inmediatamente, es la operación ya realizada como consecuencia de la idea concebida. Esta causa es, pues, objetiva. De donde se infiere que, en el presente caso, el hecho u operación administrativa son causa del perjuicio, no de la violación, y esto es lo que la ley, en sano entendimiento, establece.

Empero, a lo anterior no puede dársele un alcance absoluto, es decir, que siempre que por actos, hechos u operaciones de la Administración se cause perjuicios a terceros, la respectiva entidad de derecho público esté obligada a la indemnización correspondiente. No. El Gobierno bien puede, por ejemplo, aún en tiempo de paz, pero habiendo grandes motivos para temer perturbación del orden público, disponer, previos los dictámenes y con las formalidades constitucionales, hasta que sean aprehendidas las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública, caso en el cual éstas no podrían pretender siquiera reclamación alguna. En cambio, si obra sin existir fundamento idóneo y se lesiona el patrimonio ajeno, habrá lugar a indemnización. Lo propio sucede cuando, como en el evento de autos, según se estudió en el capítulo sobre “La culpa concurrente”, a moción del señor Fiscal, quien la expuso en brillante forma como defensa de la Nación, aun existiendo motivos para obrar, la Administración o los funcionarios tuvieron oportunidades ante-

riores para reprimir los errores de conducta por los medios legales ordinarios, y no hicieron uso de ellos.

Innumerables serían los ejemplos que pudieran aducirse, tanto de los casos en que la reparación procede jurídicamente, como de aquellos en que no tiene justificación ninguna ante el derecho. Por eso corresponde a la jurisprudencia desatar tan delicada cuestión, frente a cada problema concreto, con un criterio de justicia y equidad.

Para ilustrar las conclusiones a que se llega en el presente proceso, acaso el primero con las características ya ampliamente expuestas, que corresponde al Consejo decidir dentro de la nueva legislación contencioso-administrativa, es oportuno traer aquí algunos conceptos extractados de la obra sobre "Derecho Administrativo" del conocido tratadista Carlos García Oviedo, principalmente en cuanto se refiere a "la responsabilidad de la Administración pública" y, dentro de ella, a la "Responsabilidad sin falta" y al "daño especial", puntos relacionados con el caso materia de este estudio (1927, página 433 y siguientes).

"La responsabilidad sin falta —dice— se plantea siempre que en la gestión de sus servicios produce el Estado a un particular un daño o le proporciona un perjuicio, por motivo de interés público y con autorización legal. Verbigracia, el Estado para la ejecución de una obra expropia un inmueble de propiedad particular, ocupa ciertos terrenos, perjudica una finca, desvía unas aguas de que nos aprovechamos, nos impone una prestación; o por motivo de instrucción militar causa daño en nuestra propiedad, etc. De la responsabilidad del funcionario que obró no hay que hablar, pues ajustó su conducta a la ley. Pero, ¿y el Estado? ¿Deberá responder de estos daños?

"Algunos autores juzgan impropio hablar en estos casos de **responsabilidad**. Tal ocurre con Presutti, quien estima que únicamente puede hablarse de **responsabilidad** cuando hay **acto ilícito**. Pero en la hipótesis que consideramos no acontece así. El Estado ha obrado con sujeción a la ley. El funcionario no ha cometido extralimitación. Debe hablarse, por tanto, no de **responsabilidad** sino de **obligación de indemnizar**.

Sin embargo, **responsabilidad** es un concepto más amplio del que Presutti le asigna. Responder significa cargar, pechar con las consecuencias de un acto, y dado este amplio sentido es correcto el empleo del término tradicional. En definitiva la cosa carece de importancia.

"Para la resolución de este problema se ha invocado hasta tiempos recientes la clasificación de los actos administrativos en de **autoridad** y de **gestión**. Proclamábase la irresponsabilidad del Estado en los primeros por virtud del concepto y exigencias de la soberanía, y se aceptaba la responsabilidad en los segundos por motivos opuestos.

"Hoy día se acepta la responsabilidad del Estado en la generalidad de sus actos, sin la distinción indicada; pero, ¿en virtud de qué principio?

"Para ciertos tratadistas, el Estado responde de los daños inferidos a un particular en la ejecución de sus servicios, por virtud de la doctrina del **enriquecimiento indebido**. Es regla la de que nadie debe enriquecerse a expensas de los demás. Desde el Derecho romano persiste este principio con tradición constante. La sanción de su regla es la acción **in rem verso**. Mas este deber de indemnizar sólo existe cuando el enriquecimiento se verifica con **detrimento ajeno** (**Cum alterius detrimento**). Fue el criterio primitivo de Hauriou. La Administración, para sus servicios toca la fortuna privada y acrecienta su patrimonio. No es justo que se enriquezca a expensas del particular. De aquí el deber de indemnizarle".

Después de justificar la indemnización cuando el Estado detrae para sus Empresas parte del patrimonio particular, aumentando el propio, anota que es múltiple la serie de casos en que el daño se produce sin enriquecimiento para la Administración, “verbigracia, acantonamiento de reses o suspensión de ferias o mercados por motivos sanitarios, demolición de fincas ruinosas, destrucción de objetos peligrosos para la salud, etc.”

Y continúa así el prenombrado autor: “Los ejemplos señalados restan prestigio a la teoría del enriquecimiento. Jascón Marín escribe con verdadera intuición. “Lo cierto es que no todos los casos de indemnización pueden asimilarse; en unos se advierte claramente, como sucede en los de obras públicas, que si el Estado no indemnizara, se enriquecería sin causa, en perjuicio del derecho de propiedad de ciertos particulares y con beneficio de la colectividad; en otros, por el contrario, no aparece tal idea, sino simplemente **la de salirse de lo corriente del orden establecido, la carga soportada por determinado individuo.** (Subraya el Consejo).

Prevía la cita de este trascendental pasaje, prosigue el autor García Oviedo:

“Domina actualmente como mejor criterio el de **daño especial**. Parte esta teoría del gran principio básico del derecho público moderno, de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. En tanto que un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero el deber de indemnizar aparece desde el instante en que se produce una carga especial”.

Aquí cita el autor a muchos otros como Teissiere, Mayer, Tirard, Jéze, Michaud, Romano, y las obras en las cuales han sostenido brillantemente —es su expresión— la idea del daño especial; pero, además, reproduce la manera como dos de ellos —Teissiere y Michaud— la han formulado. El primero, en estas dos proposiciones que recíprocamente se limitan: “De una parte, dice, ningún ciudadano debe sufrir otras cargas que las impuestas a los demás en interés social. De otra, las necesidades de la vida colectiva exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio **legal y regular** de la potencia pública, a menos que el legislador no disponga otra cosa”. Y el segundo así: “El daño producido por la Administración —escribe— no da lugar a reparación sino en el caso en que es anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La Administración tiene el derecho de imponer este sacrificio especial —como gestora suprema del interés público— pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas”.

Hechas las anteriores citas y transcripciones, continúa el autor:

“Trátase, pues, de un principio justo que parte, en las colisiones de intereses, del predominio del interés colectivo, predominio que autoriza a la Administración a imponer a un ciudadano un sacrificio especial, limitado por la regla de justicia de que la colectividad temple este rigor compensando al particular el daño por éste recibido. Esta teoría es superior a la del enriquecimiento sin causa, por ser más comprensiva. Puede asegurarse que en todos los casos en que se produce un enriquecimiento, se padece igualmente un daño especial, más no el contrario, a menos que al concepto del enriquecimiento se le dé una significación amplísima, entendiéndose por tal todo aumento de bienestar público y no concretamente de patrimonio administrativo, como sabiamente lo estima la doctrina corriente.

“Sentados estos principios —concluye García Oviedo— procedamos a su desenvolvimiento.

“**Daño especial** no significa daño considerable. El ciudadano que cumple el deber militar sufre una carga importante, mas por pesar sobre todos los ciudadanos no le produce un daño especial. Por esta circunstancia el servicio militar no origina indemnización.

“No procede indemnización tampoco en los casos de daños **cotidianos** que sufrimos como resultado cotidiano de la vida colectiva. (Ejemplo: un comerciante que por reparación en la calle donde tiene instalado su negocio ve disminuidas sus ventas).

“Tampoco, finalmente, cuando el daño no menoscaba el derecho tal como está concebido y reglamentado por la ley, esto es, con limitaciones impuestas por razón de policía (saneamiento de un terreno, demolición de un edificio ruinoso, etc.)”.

Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías de derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del **daño especial**, señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio.

Ahora bien: al aplicar tales doctrinas jurídicas, expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego, que en el caso de autos debe desecharse por improcedente la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario “El Siglo”, ni mucho menos con detrimento de esta Empresa; y, en cambio, acogerse la del **daño especial**, en armonía con la de la responsabilidad sin falta.

En efecto: tanto por omisión como por acción, el periódico en referencia fue objeto de tratamiento excepcional. Lo primero, porque no se le nombró censor, a tiempo que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá se les designó el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y éste rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la entrada y salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese estado de cosas hasta después de la diligencia de inspección ocular extrajuicio, colocó al prenombrado diario en situación excepcional.

Fallo:

En mérito de todo lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, condena a la Nación a pagarle a la Sociedad Anónima que gira bajo la razón social de “El Siglo, S. A.” domiciliada en esta ciudad de Bogotá, la suma de diez mil seiscientos setenta y tres pesos con cincuenta y ocho centavos (\$ 10.673.58) moneda legal, monto de la indemnización que se reconoce según la parte motiva de esta providencia.

Habilítese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Gobierno para los efectos del artículo 554 del Código Judicial, y archívese el expediente.

Guillermo Hernández Rodríguez. — Gustavo A. Valbuena. — Carlos Rivadeneira G. — Gonzalo Gaitán. — Pedro Gómez Parra. — Jesús Estrada Monsalve. — Firmo con salvamento de voto, **Jorge Lamus Girón. — Luis E. García V.,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JORGE LAMUS GIRON

Me veo precisado a salvar el voto en la anterior sentencia por la cual se condena a la Nación a pagarle a El Siglo, S. A. la suma de \$ 10.673.58, por las razones que expongo a continuación, en virtud de las cuales me reafirmo en la tesis de que el Consejo de Estado es incompetente para conocer de las contenciones como la propuesta por "Siglo, S. A.", porque ella está atribuida en nuestro sistema legal a la justicia ordinaria, en primer lugar; luego, porque estimo que se han violado los principios, para sacar atribuciones de competencia en donde la ley no lo establece; también, porque la causa de la suspensión del periódico "El Siglo" ocurrida desde el 11 de junio hasta el 6 de agosto de 1944, no fue por un hecho o una operación administrativa; y porque creo, asimismo, que no se debe sentar como principio general el de que cabe indemnización por los perjuicios causados sin falta por la Administración, bajo la única condición de que el perjuicio sea anormal en relación con el equilibrio de las cargas públicas, sino que se debe limitar esa inquietante jurisprudencia, para evitar la parálisis de la Administración y la legislación, estableciendo cuando menos, distinciones tutelares.

- I -

La competencia

En relación con este presupuesto procesal la sentencia sólo se limita a hacer una relación de las incidencias que sufrió la demanda para ser admitida, y concluye así:

"Pero es el caso, como queda dicho, que la demanda fue admitida por la mayoría, y, por ende, la cuestión de la competencia quedó decidida, una vez por todas".

El anterior concepto es inaceptable porque peca, a mi modo de ver, contra el carácter asignado por la ley y por la doctrina a los **presupuestos procesales**, el primero de los cuales es el de la **competencia**, de que son requisitos que deben estar satisfechos para que el juzgador pueda entrar a resolver el fondo de la acción instaurada. Lo que quiere decir que por el hecho de la admisión de la demanda no queda precluido este requisito ni puede quedarlo, pues él constituye una **excepción perentoria**, y es bien sabido que la decisión sobre las excepciones es cuestión previa y fundamental que se debe estudiar en la sentencia y no en ninguna otra parte. Luego, ni por la oportunidad ni por el carácter que tiene el requisito de la competencia, él puede ser decidido preclusivamente o **una vez por todas** al iniciarse el juicio, pues el único lugar propio para haberlo hecho era en la anterior sentencia; y como así no se hizo, al dejar constancia de mi inconformidad, reproduzco aquí las razones que siempre he tenido para considerar que el Consejo de Estado no es competente para conocer de esta contención.

Ellas son:

a) Que ni por la **enumeración legislativa**, ni por la **cláusula general**, se ha fijado en el Consejo de Estado competencia para conocer de esta clase de litigios.

b) Que los litigios sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración, a excepción de los que tienen por causa trabajos públicos nacionales, son de la competencia de la justicia ordinaria.

La Ley 167 de 1941 que organiza la jurisdicción contencioso-administrativa, en desarrollo de principios constitucionales, le atribuye al Consejo de Estado **funciones consultivas, administrativas y jurisdiccionales**.

JAIMÉ TOSON VILLEGAS

En el Título II, que está dividido en cuatro Capítulos, los señalados con los números IV y V están destinados a determinar las **funciones del Consejo de Estado**; el VI a las **funciones de los Tribunales Administrativos**; y el VII y último a la **jurisdicción contra los actos de la Administración**.

En el Capítulo IV están los artículos 24, que señala las funciones **consultivas** del Consejo, y, el 32 que señala a su vez las **administrativas** que a él le competen.

Las **funciones jurisdiccionales** del Consejo están señaladas en el Capítulo V, que principia con el artículo 33 y termina con el 51.

Hago esta discriminación ubicativa, al parecer nimia e intrascendente, porque estando destinada la Ley 167, como su nombre lo indica y por tal se le conoce y cita, a ser el **Código de lo Contencioso Administrativo**, porque constituye un principio metódico de principios que informan el ejercicio de la jurisdicción administrativa y porque entraña un orden de disposiciones legales para regir los asuntos de derecho público por la vía jurisdiccional, siendo a la vez y por ello mismo, un sistema y un régimen, no es concebible achacarle inconsecuencias ni desvíos que traigan como consecuencia el que se involucren y confundan nociones y principios tan diferentes como son los destinados a la sistematización de la **competencia** y a la **estructuración** de los recursos, como se ha hecho en este litigio para nacer al Consejo competente.

En efecto: se le ha señalado carácter administrativo de competencia a un artículo que está ubicado en el Capítulo VII, destinado a estructurar los recursos, cuando la determinación de la competencia del Consejo, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, está contenida en el Capítulo V, sin que el contenido exclusivo de él pueda rebasar o involucrar la materia propia del VII, por ser diferente y porque ello iría contra el método y el orden que se supone y que tiene la ley que regula esta jurisdicción; y por esto y porque siendo la estructuración de las acciones el desarrollo o consecuencia de las normas de competencia, no es posible sin faltar a la lógica identificar la causa con el efecto y hacer éste igual a aquélla. Por esto nunca podré aceptar que el artículo 68, que está en el Capítulo VII, destinado a estructurar los recursos, y, es y debe ser por lo mismo desarrollo, consecuencia y efecto de las normas de competencia consignadas en el Capítulo V, se identifique con esas normas, que son su causa, y tengan por lo tanto la virtud de darle aptitud al Consejo para conocer de un litigio, siendo a la vez —por confusión— causa y efecto.

Con relación a este punto dije en el salvamento de voto al auto de admisión de la demanda:

“Es incontrovertible que el caso de autos no está incluido en los artículos 34 y 35 del Código Administrativo, en los cuales se señalan los negocios de que conoce el Consejo en primera instancia o en segunda, y en ellos aparece que de las únicas indemnizaciones en que se le ha atribuido competencia al Consejo es a las que **sean por causa de trabajos públicos nacionales**.

El personero del demandante también está conforme con esta tesis, cuando hace, entre otras, la siguiente declaración: “Convengo que en el artículo 34 —que no es taxativo— no se señaló expresamente el caso del pleito”, en el memorial en el que fundamenta la súplica. Pero tampoco tácitamente, es conveniente agregar, entre otras razones porque tratándose de una enumeración atributiva de competencia dada por la ley, ella especializa las materias de que deben entrar en la competencia, sin que

sea dable lógicamente, suponer o inferir otras de las señaladas o determinadas en ella, sin sustituirse sin derecho el juzgador a quien es el único que puede hacerlo: **el legislador**.

Pero el personero considera que la competencia del Consejo, en este caso, procede del artículo 51, que dice:

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

Del examen de este precepto y los anteriormente citados aparece claro que para la fijación de la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado el legislador colombiano se ha servido a la vez de los dos procedimientos de determinación conocidos: **la enumeración legislativa y la cláusula general**; y las palabras “**toda contención administrativa**”, con que se principia la cláusula general, señala los límites de la competencia natural del Consejo de Estado a los juicios administrativos, para establecer la debida separación entre la competencia de los Tribunales Judiciales y los Contenciosos.

Ahora bien: La causa o razón de la demanda de que aquí se trata, son las indemnizaciones correspondientes “como consecuencia de la clausura y suspensión del periódico “El Siglo”, que por una **vía de hecho** de la Administración dejó de imprimirse y salir al consumo del público desde el día 11 de julio del corriente año (se refiere al de 1944), hasta el 6 de agosto también del corriente año, inclusive”.

De tal manera que se demanda a la Administración **por una vía de hecho**, o sea como si se dijera, por oposición a la vía de derecho, por haber ejecutado la clausura y suspensión del periódico “El Siglo” sin estar autorizado por ninguna disposición legal, y las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios sufridos por ella.

Esta contención está comprendida dentro de la cláusula general del artículo 51?

La Sala no lo cree y para ello se apoya en las siguientes razones:

Porque la contención resultante de una **vía de hecho** de la Administración, como la del caso de autos, no es una contención administrativa, y no siéndolo, está fuera del límite natural de la competencia del Consejo de Estado, de acuerdo con lo que dice el precepto invocado.

Se afirma que no es una contención administrativa, porque la vía de hecho consiste precisamente en que este acto material ha perdido su carácter de acto administrativo en razón de las graves ilegalidades porque se la tacha; y que por ser extraño a la actividad administrativa y al funcionamiento del servicio público, degenera en una vía de hecho.

Si, pues, la vía de hecho es un acto de un administrador, pero que ha perdido su naturaleza administrativa, las contenciones que ella origine también han perdido la naturaleza administrativa y por lo tanto no entran dentro de la competencia que al Consejo le atribuye el precepto mencionado para resolver solamente los litigios administrativos.

De lo hasta aquí expuesto queda claramente establecido: que ni por la enumeración hecha en los artículos 34 y 35, ni por la cláusula general del artículo 51, es competente el Consejo para conocer de este negocio.

El numeral 10 del artículo 34 le atribuye competencia privativa y en una sola instancia al Consejo, para conocer:

“De los recursos contencioso administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros y de cualquiera otra autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional,

que ponga fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta”.

El artículo 68 establece:

“También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.

Ciertamente el ordinal 10 copiado le atribuye competencia al Consejo para decidir de los recursos contenciosos, contra los actos de todo funcionario o persona administrativa, del orden nacional en los que se ponga fin a una actuación administrativa, y sólo contra ellos, y cuando su conocimiento no está expresamente atribuido a otra jurisdicción. Como en el acto acusado, aunque proviene de una persona administrativa del orden nacional, no se puso fin a una actuación administrativa, es claro que no está comprendido en este ordinal, desde luego que le falta la condición de que esté agotada la vía gubernativa; pues el momento característico para el nacimiento del recurso contencioso, es aquel en que se realiza el hecho jurídico al cual la ley condiciona el derecho del ciudadano para acusar los actos de la Administración. Por lo demás, siendo la **vía de hecho** un acto extraño de la Administración y cumplido con violación o pretermisión de las disposiciones legales, es por su naturaleza opuesto a toda actuación administrativa, y por lo tanto es imposible, de imposibilidad absoluta, que quepa dentro de este ordinal que presupone una actuación administrativa a la que se le ponga fin.

La Sala está de acuerdo con el doctor Badel en que el artículo 68 “no es atributivo de competencia”, concepto que también comparte el apoderado del demandante; y considera con aquél, que al consagrar la acción directa de restablecimiento del derecho, cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa que no consten por escrito, establece una excepción al artículo 67 que dice, de manera general, que puede demandarse además de la anulación del acto, el restablecimiento del derecho.

El actor en la demanda, trae en apoyo de su tesis: “Comentando este artículo dice el doctor Tulio Enrique Tascón en su obra sobre “Derecho Administrativo Colombiano”:

“La Ley 80 de 1935 dio un paso de positivo avance al disponer en cuanto se ejercita la acción privada los fallos deberán determinar con la debida precisión la manera de restablecer el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se le hubiere solicitado.

“No obstante esta norma que vino a llenar un vacío en la función jurisdiccional del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos y a dar a las decisiones de estos organismos una eficacia hasta entonces no alcanzada, aunque que queda mucho por hacer en el sentido de estructurar el contencioso de plena jurisdicción.

“En busca de este objeto se dictan las reglas necesarias según las cuales todo aquel que se crea lesionado en un derecho suyo reconocido o sancionado por una norma de carácter administrativo o civil, puede pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en el derecho particularizado y concreto en el cual ha sufrido el agravio, o simplemente demandar las indemnizaciones o prestaciones a que hubiere lugar sin necesidad de solicitar nulidad alguna cuando la causa de la violación del de-

recho subjetivamente considerado, es un simple hecho o una operación administrativa.

“Es sabido que bajo la legislación anterior, sólo el agravio de los derechos civiles por un acto de la Administración hacía procedente el ejercicio de la acción privada, por lo que quedaban por fuera de la protección los derechos que no habían sido adquiridos por los medios del Código Civil. Con la reforma, los derechos administrativos, o sean los producidos por las relaciones entre los particulares y el Estado, quedan protegidos cuando son lesionados por un acto jurídico o material, de quien ejerce el poder público”.

¿De lo dispuesto en el artículo 68 y de lo expuesto por tan ilustre comentarista, se puede deducir que el caso de autos es de competencia del Consejo de Estado?

La Sala se determina por la negativa, fundándose para ello en las razones que expresa así:

Porque, como se dijo, este artículo no es “atributivo de competencia”, lo que es tanto como afirmar que por él no se le señala o asigna al Consejo de Estado la aptitud legítima para el conocimiento o resolución de un asunto; y siendo esto así, como lo es en realidad, ¿cómo es posible afirmar sin desvío y desconocimiento de la lógica, que de ese artículo procede la competencia para el caso de autos?

Y no se alegue que el artículo 68 es una disposición eminentemente sustantiva y no procedimental, pues ello no destruye el carácter de excepción que tiene el principio general consagrado en el artículo 67 que establece que debe demandarse primeramente la anulación del acto y como su consecuencia el restablecimiento del derecho.

Porque teniendo por objeto los artículos 67, 68 y 69, estructurar legislativamente en el contencioso de plena jurisdicción, según lo expresa el comentarista doctor Tascón y lo dice la exposición de motivos del Código, ellos forman un todo armónico y de relación indisoluble con los atributivos de competencia ya analizados, que señalan los límites de la jurisdicción del Consejo; lo que tanto equivale como afirmar que si ni por la enumeración legislativa (artículos 34 y 35), ni por la cláusula general (artículo 51), es competente el Consejo para conocer de este asunto, no podrá serlo por los otros, pues su objeto no es el de asignar competencia sino el de atribuir y ordenar las partes como está compuesto, según la ley, el contencioso de plena jurisdicción, función que cumplen a cabalidad los artículos 67, 68 y 69, pero que no tienen más alcance que el dicho de distribución y ordenación, y el asignarles otro es contrario a la ley y a la doctrina.

Además, no debe olvidarse que según lo dice la exposición de motivos el proyecto de ley que vino a ser la 167 de 1941, en la estructuración de las acciones contencioso-administrativas se siguen los pasos de la doctrina francesa, lo que significa que lo resuelto por el Consejo de Estado francés y por los expositores de Derecho Administrativo de Francia es una guía luminosa de seguir en estos casos.

Roger Bonard en su “Derecho Administrativo”, dice que ha sido decidido que los Tribunales Judiciales son los competentes para estatuir sobre las **vías de hecho**.

Eugene Desgranges en su “Ensayo sobre la noción de vía de hecho en Derecho Administrativo Francés”, en diferentes pasajes hace la misma afirmación, y transcribiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, y expone en la conclusión: “**Negación del principio de legalidad aplicado a la acción material del Administrador, la vía de hecho abre al ad-**

ministrado cuyo derecho público subjetivo ha sido violado, la vía de derecho ante los Tribunales Judiciales”.

Jean Appleton, en su “Tratado Elemental del Contencioso Administrativo”, es de la misma opinión.

De tal manera que se puede aseverar que la doctrina y jurisprudencia francesas, están de acuerdo para relevar al Contencioso Administrativo del conocimiento de las vías de hecho de la Administración y asignárselas a las autoridades judiciales, porque son actos extraños a la Administración; porque han perdido su carácter administrativo; porque los Tribunales Judiciales son los guardianes naturales de las libertades públicas, así como de los derechos individuales distintos de la libertad individual, como la libertad de prensa, la de trabajo e industria, la inviolabilidad del domicilio, etc., porque tratándose de casos como el planteado en la demanda, en que no hay, según sus voces, un exceso de poder justiciable por el Consejo de Estado, sino una verdadera usurpación de poderes, un abuso de autoridad llevado a cabo por vía de hecho, tales actos cumplidos por los agentes administrativos presentan los caracteres legales de delito —intencionales o culposos— y son las autoridades judiciales por tanto las competentes para apreciar las consecuencias de la responsabilidad penal y civil de esos actos.

También es incuestionable, en presencia de nuestras leyes penales y procedimentales penales, que el conocimiento de las infracciones intencionales o culposas —de las leyes penales— pertenecen exclusivamente a los Tribunales Judiciales, así como la indemnización de los prejuicios causados por ellos; y así con la clausura y suspensión de “El Siglo” por acción u omisión, intencional o culposamente, por vía de hecho, se abusó de la autoridad, se atentó contra la libertad individual u otras garantías, el conocimiento en estos hechos y la responsabilidad consiguiente y la del resarcimiento de los prejuicios sufridos por la víctima, deben demandarse ante las autoridades judiciales. (Véase Código Penal, artículos 11, 12, 92, 171, 181; capítulos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º del Título II. Código de Procedimiento Penal, Libro 1º, Título 1º, capítulos 1º y 2º; Título 2º; capítulo 1º, 2º y 3º, Título 3º, capítulo 1º).

De tal manera que en respaldo de la tesis inhibitoria, está también la razón de que la ley ha atribuido a otra jurisdicción la competencia para conocer al caso de autos.

Pero es que acaso sólo se ventila la responsabilidad civil por una vía de hecho, de la administración no constitutiva de delito o de culpa penales, sino de culpa extracontractual o aquiliana?

Si así fuere, tampoco sería competente el Consejo de Estado, sino los Tribunales Judiciales, porque se trataría de la responsabilidad del Estado, en el daño causado por sus funcionarios de acuerdo con los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil; y estos asuntos contenciosos son de competencia de los Tribunales Judiciales, de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, sin que para proclamar la competencia del Consejo de Estado en estos casos se pueda afirmar válidamente, que en esta controversia no se ventilan cuestiones de derecho privado, como lo serían las de servidumbres civiles o de lanzamiento del arrendatario; pues estando reglamentadas en el Código Civil las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual y los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio, disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público, para fijar su responsabilidad en el daño causado por sus funcionarios, son por su naturaleza cuestiones de derecho privado, que

como tales, atribuidas por la ley a otra jurisdicción, salen de la competencia del Consejo de Estado, por mandato expreso del ordinal 4º del artículo 73 del Código Administrativo.

Por lo dicho se puede concluir, que cualquiera que sea el carácter de la acción intentada, sea porque la vía de hecho empleada constituya un delito —intencional o culposo—, o una simple culpa extracontractual, el conocimiento le corresponde a las autoridades judiciales, desde luego que es una verdad inconcusa que los tribunales judiciales son los guardianes naturales de la libertad individual, de los demás derechos y garantías sociales reconocidas por la Constitución, así como de la propiedad privada; siendo resultado de este principio, el que sean las autoridades judiciales las solas competentes para conocer de toda vía de hecho que constituya una violación del derecho de propiedad o de los derechos individuales y garantías sociales de parte de la Administración, pues estos hechos, o constituyen verdaderas usurpaciones de poder, o por ser acciones materiales cumplidas por los funcionarios sin facultades, por ser hechos extraños a la Administración y no tratarse del funcionamiento de los servicios públicos, han perdido su carácter administrativo, y el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, carácter constitucional de donde emana su poder de control de los actos ilegales de la Administración, no puede ni debe intervenir en contenciones de hechos tales, que, por su carácter delictual o cuasi-delictual o por haber perdido su carácter administrativo en razón de las graves irregularidades de que se les tacha, están fuera de su campo natural de acción y por ello han sido doctrinaria y legalmente atribuidas a otra jurisdicción.

La competencia del Consejo de Estado para conocer de las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales, la determinación legislativa es la causa única y la razón de ser de esta atribución, que al sacar del campo de la competencia judicial las vías de hecho de la Administración con ocasión o motivo de los trabajos públicos, circunscribe y limita a esta especie y únicamente a ella, como excepción que es, el conocimiento del contencioso-administrativo.

La exposición de motivos del Código Administrativo, copiada por el Presidente en el auto suplicado, es concluyente sobre el particular, sin que valga en contrario alegar que con ello se restringen el alcance de las palabras empleadas por el mismo legislador en el artículo 68, pues ya se demostró que el objeto de esa disposición no es otro que el de distribuir y ordenar las partes de que se compone el contencioso de plena jurisdicción y no la de dar aptitud legítima al Consejo de Estado para conocer de determinados asuntos; restricción que resulta inevitable para darle una interpretación constitucional a la misma ley, pues como en el caso de autos se ha pedido una indemnización plena, cuestión que es de derecho civil, no se aviene con el espíritu y con la letra de la carta fundamental el hacer por medio de la doctrina la amplia interpretación que quiere el demandante, sino la precisamente limitada y circunscrita que se dice en los antecedentes legislativos y que es la que mejor cuadra con la razón de ser de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tampoco es válido alegar, que como no se trata de un acto de gestión sino de un poder, es de la competencia administrativa, porque ya se demostró que la vía de hecho es tal, precisamente por haber perdido su carácter administrativo; y como la competencia depende de la naturaleza de los actos, de manera primaria, las vías de hecho, como no administra-

tivas, están fuera del control de la jurisdicción contencioso-administrativa y dentro del campo natural de acción y competencia de la judicial.

Además, con la inhibición del Consejo, no es que se desconozca el derecho del particular lesionado de reclamar de la Administración las indemnizaciones que crea tener por hechos de sus funcionarios, ni que se afirme que la Administración no es responsable de los daños causados por los hechos de los funcionarios, sino simplemente que la acción para obtener eso, es del conocimiento de otra jurisdicción; y las autoridades judiciales han reconocido la responsabilidad de la Administración por culpa extracontractual fundada no solamente en los principios del Código Civil sino en los de Derecho Administrativo; pero *a priori* no se puede afirmar o aceptar que como los actos de clausura y suspensión de "El Siglo" fueron cumplidos por funcionarios o agentes públicos, está comprometida la responsabilidad de la Administración en ellos, pues el objeto y la razón del juicio es saber si ello es así o no, y no es al Consejo a quien corresponde hacer esas declaraciones sino a otra jurisdicción; y en un acto de inhibición de competencia resultan extrañas, prematuras, inconvenientes y desviadas tales aserciones y sin que por esta inhibición, natural por la distribución de la competencia hecha en las leyes colombianas y apoyada en la doctrina, se llegue al extremo inconcebible de relevar de la competencia del Consejo la mayor parte de las contenciones resultantes del desvío o excesivo ejercicio del poder como se cree, sino que a una usurpación de poder no se puede responder por esta jurisdicción con una usurpación de funciones; y para mantener a las autoridades administrativas dentro del límite de sus atribuciones, el Consejo, por afán de amplitud, no puede traspasar sus límites, sin que cause perturbaciones mayores de las que tiende a remediar y que son obligados colorarios del hecho de no mantenerse las autoridades dentro de la esfera de sus atribuciones".

A lo dicho entonces sólo debo agregar ahora, que no obstante la influencia que entre nosotros tiene el derecho francés y de manera especial el Derecho Administrativo, la competencia para negocios de esta especie corresponde a la Justicia Ordinaria, porque el artículo 56 del C. J. da atribución a los Tribunales Judiciales para conocer en primera instancia de los negocios en que sea parte la Nación, y en los que se ventilen derechos privados, y es indudable que en la demanda para el pago y reparación de unos daños, instaurada por una sociedad comercial, como es "El Siglo S. A.", se trata de cuestiones de esta índole; y esto está de acuerdo, como entonces lo dijimos, con el pensamiento de los redactores del Código Contencioso Administrativo, quienes en la exposición de motivos expusieron terminantemente:

"En esta forma la acción para reclamar (perjuicios se entiende) queda limitada a los casos en que la ocupación o daño provienen de un trabajo, de una obra pública, pues es natural que los daños extracontractuales de otra naturaleza, ejecutados por la Administración, se ventilen y decidan de acuerdo con los preceptos del derecho común desde luego que se trata de una responsabilidad simplemente civil".

Está, pues, claro, nítido, que la responsabilidad extracontractual de la Administración en Colombia se debe ventilar y decidir (a excepción de la que se refiere a trabajos públicos) por la justicia ordinaria y que, por lo tanto, la jurisdicción administrativa es incompetente para conocer de esta clase de contenciones.

Y no se arguya que por virtud del artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, que consagra el principio de la *cláusula general* en la atribución de competencia del Consejo de Estado, éste es en Colombia, como

es en Francia, **el juez de derecho común** en materia del Contencioso Administrativo; porque aunque esto es cierto en parte, pues en este particular el sistema colombiano **se aproxima bastante** al francés, según lo dice la exposición de motivos, ello no implica que de todas las controversias que por virtud de la ley y sobre todo de la doctrina conoce el Consejo de Estado francés, debe conocer el colombiano, así como todas nuestras autoridades jurisdiccionales han sido siempre jueces de atribución, porque dando la competencia únicamente la ley, sólo conocen de los negocios que le han sido atribuidos por ella especialmente; porque aquí no existe, como en Francia, un mandato legal que haya hecho la separación de las autoridades judiciales y administrativas y una tradición de jurisprudencia pretoriana, como lo califican los autores, que es la que ha creado allá las reglas de competencia y de fondo en virtud de las cuales ha conocido el Consejo de Estado de los juicios de responsabilidad de la Administración.

Además, porque por el principio de la cláusula general en la atribución de competencia escaparía esta contención de "El Siglo", o la jurisdicción del Consejo, pues esa cláusula se aplica únicamente cuando falta un texto legal atributivo de competencia para otra autoridad, como es apenas lo natural y lógico. Por eso Bonard dice que el Consejo de Estado es **el juez de derecho común** en materia del Contencioso Administrativo, es decir que él es competente para toda la parte del Contencioso Administrativo que, en virtud de la separación de las autoridades administrativas y judiciales, le ha sido arrebatada a los Tribunales Judiciales, **a menos que un texto formal le atribuya competencia a otro tribunal**; Appleton que "todas las veces que una decisión administrativa o **una situación de hecho** proveniente del funcionamiento de un servicio público dé lugar a una reclamación contenciosa, y **que la ley no da expresamente a ningún juez esta reclamación**, es el Consejo de Estado el competente para conocer", y Waline que "decir que el Consejo de Estado es **juez de derecho común** en materia administrativa, es decir que todo proceso de competencia administrativa **donde un texto formal no haya atribuido el conocimiento a otro Tribunal**, debe de **plano** ser llevado ante él".

De tal manera, pues, es terminantemente claro que existiendo una disposición expresa de la ley que atribuye a la justicia ordinaria las contenciones como la propuesta por "El Siglo", estaba inhibido el Consejo para hacerlo y así ha debido concluirse el negocio.

— II —

La acción

He creído de otro lado, que para fallar este negocio se han violentado los principios, por los siguientes motivos:

En el auto admisorio de la demanda, la mayoría del Consejo dijo entonces:

"De la clausura del periódico deduce el libelo los perjuicios que en él se reclaman. Planteada así la cuestión resulta indiscutible la competencia del Consejo de Estado para tramitar el juicio y dictar la sentencia correspondiente. En efecto, se hace consistir el derecho de accionar **en un abuso o desvío de poder** en la ejecución de un acto u orden de carácter administrativo. La orden que diera el Director General de la Policía o el Gobierno para impedir que el periódico se editara".

El Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, en las **salvedades aclaratorias** a la parte motiva del auto por la cual se admitió la demanda de "El Siglo S. A.", dijo al respecto:

"El desarrollo pleno de las nuevas normas de nuestro derecho administrativo conduce a considerar con base en el artículo 68 precitado que existe un contencioso de plena jurisdicción donde se ventila la responsabilidad de la Administración **por culpa de servicio**, o sea por los daños que cause por hechos materiales cometidos por sus agentes dentro de la prestación normal de los servicios públicos".

Y más adelante agregó:

"Sólo los hechos administrativos o las operaciones administrativas provenientes de culpas de Administración (sic) pueden dar lugar a la demanda por reparación del daño causado previsto en el artículo 68".

Lo dicho en ellas, que no hizo, en el fondo, sino interpretar lo más favorablemente posible la demanda, para hacerla de la competencia del Consejo, pues el Gerente de "El Siglo S. A." doctor Luis Ignacio Andrade había accionado porque consideró que la clausura y suspensión del periódico se había debido a **una vía de hecho**, las que nunca, ni en Francia, habían sido de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, individualiza la acción intentada ora, **como un abuso o desvío de poder en la ejecución de un acto**, o como **una responsabilidad por culpa de servicio**, y bajo esa pauta interpretativa se aceptó la demanda.

Pues bien: al fallar, se dice no solamente que no hubo **vía de hecho** y que en eso **había errado** el promotor de la demanda, sino que tampoco hubo **ni abuso ni desvío de poder, ni culpa de servicio**, desde luego que se concluye después del examen del caudal probatorio y legal, que la Administración, tanto en lo que se refiere al Presidente, como al Gobierno o al Director de la Policía **"obraron dentro del derecho conferido por la Constitución y las leyes, en presencia del grave estado de la anormalidad que confrontaba a la sazón el país"**.

Y sin embargo se condena a la Nación a pagarle perjuicios a "El Siglo S. A."! Pero ahora qué?

Por hechos cumplidos sin falta

Parece increíble que exista tamaña contradicción, pero lo "triste es así"!

Como para llegar a esa contradictoria conclusión no era suficiente la mejora de la situación del demandante, hecha en el auto de admisión, con la interpretación de la demanda en la forma favorable en la que se hizo allí al considerar el artículo 68 como **atributivo de competencia** y para fundamentar una acción **por abuso o desvío de poder o culpa de servicio**, se la mejora aún más y se interpreta ese artículo como generador de las acciones de responsabilidad **sin falta**, aun cuando ni por la mente del Gerente de "El Siglo", ni por la de su apoderado, hubiera pasado nunca que esa era la acción intentada.

"Se trata, pues, de un acto de la Administración que quebranta disposiciones constitucionales y legales en vigencia".

Tan cierto es esto, que el doctor Andrade en la demanda, entre otras cosas, afirma:

"Esta conclusión de la ley se funda en la teoría de que cuando el daño es ocasionado por una persona en el desempeño de una función pública, la doctrina distingue entre la culpa personal y la **culpa de servicio**, para concluir la responsabilidad de la Administración. Esta última se produce como lo dice Hauriou, por las negligencias, errores u omisiones que aunque reprobables forman parte de las prácticas del servicio, y en consecuencia, no son reparables del servicio".

Y el doctor Uribe Cualla insiste en el alegato de conclusión en la tesis errónea de la **vía de hecho** y por eso afirma:

"Realizada la **vía de hecho** en virtud de la cual se suspendió un periódico de ya larga vida, probada la responsabilidad de la Administración a virtud de hechos realizados por el Director General de la Policía, surge la consecuencia de que la Administración debe ser condenada a las indemnizaciones correspondientes".

La sentencia, pues, no guarda consonancia ni con la demanda, ni con la pauta trazada en el auto admisorio de ella, con lo que se llevaron de calle los más respectables y aceptados principios sobre el particular.

Suscintamente vamos a acotar otras de las tesis sentadas en la sentencia:

No es cierto como en ella se dice, que en Francia sólo puede haber acción si concurre de hecho usurpación o desvío de poder; pues es lo cierto que lo que domina hoy, como la doctrina sentada por los autores franceses y como consecuencia de la evolución experimentada por lo contencioso en virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, es que constituye proceso administrativo todo litigio nacido del funcionamiento de los servicios públicos, sin que se limite la materia a los **actos** de la Administración, sino que se extiende a **las operaciones**, es decir al conjunto de medidas de ejecución que marcan el lado constructivo de la tarea administrativa; y al **modo de obrar**, es decir a **los hechos materiales** que tienen una importancia jurídica porque ellos pueden causar perjuicios, como dice Appleton, pues como este mismo autor lo expresa, el Consejo de Estado francés "ha creado derecho combinando las reglas fundamentales que aseguran y dominan el funcionamiento de los servicios públicos y las reglas de equidad que deben presidir las relaciones de la Administración pública con los administrados"; y si esto es así, como lo es en realidad, se debe confesar que en el particular de la materia contenciosa y singularmente de la estructuración de los contenciosos, y en la responsabilidad nada original hemos llevado ni a la ley ni a la jurisprudencia que ya los autores franceses y el Consejo de Estado de allí no hubieran establecido desde hacía muchos años; y presumir o afirmar lo contrario, no es estar de acuerdo con la realidad.

Tanto es así, que Appleton, en su "Tratado Elemental del Contencioso Administrativo", editado en 1927, pág. 452, hace el **resumen de la teoría de la responsabilidad extracontractual** del Estado en los términos siguientes:

"Tratemos de condensar en algunos artículos los principios de competencia y de fondo que rigen la responsabilidad del poder público según la jurisprudencia actual:

"1º—En defecto de ley en contrario, el Estado, los departamentos, las comunas, y los establecimientos públicos no son responsables sino ante los Tribunales Administrativos de los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos.

"2º—Los funcionarios y agentes administrativos son responsables ante la autoridad judicial de sus hechos personales que constituyen faltas graves asimilables al dolo.

"3º—El Estado no es responsable de los daños causados en materia legislativa, parlamentaria, diplomática y por los hechos de guerra propiamente dichos.

"4º—El Estado no es responsable de los daños causados por los actos de administración que confinan con sus poderes soberanos, tales como la ejecución de penas, sino cuando resulten de una causa manifiesta y particularmente grave del servicio.

"5°—El poder público es responsable de los daños causados por los actos de policía o las negligencias de la policía, cuando estos actos o negligencias constituyen imprudencias o faltas graves.

"6°—Las administraciones son responsables de los daños causados por la falta de sus servicios, en el curso de su gestión pública o privada.

"7°—La responsabilidad personal de los funcionarios no excluye la de la Administración; pero los particulares lesionados no pueden acumular dos indemnizaciones, la una del funcionario responsable, la otra de la Administración. Si reciben de ésta una indemnización, la deben subrogar a sus derechos contra las otras personas responsables del daño.

"8°—La Administración es responsable de daños y accidentes de personas causados por la ejecución de trabajos públicos, sean o no debidos a faltas de servicio de sus agentes o recomendados.

"9°—La Administración es responsable de los daños causados sin falta a los particulares, en la gestión de los servicios públicos, cuando la solidaridad nacional exige, en equidad, que el riesgo sea soportado por el conjunto de los ciudadanos.

"10.—Los departamentos, comunas y establecimientos públicos y colonias están sometidos a las mismas reglas de responsabilidad que el Estado".

La consulta de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de las sentencias del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos, sí que hubiera sido una guía luminosa en la elaboración de la sentencia que glosó, pues allí está visto que cuando hay una ley que atribuye la competencia, el Estado no es responsable ante los Tribunales Administrativos; que en estado de guerra él no es responsable de los daños causados, ni tampoco cuando sus actos de administración se acercan a los de soberanía; que sólo cuando los actos o negligencias de la policía constituyen imprudencias y faltas graves, es responsable el poder público; todo lo cual habría inclinado su ánimo o por la incompetencia o a negar la responsabilidad como lo establecen la ley y los principios.

Pero la confusión de la competencia con la acción ha sido la causa de la condena a la Nación, por olvido de la ley y de los principios, como lo hemos demostrado y lo seguiremos haciendo.

— III —

La acción en concreto

Como la actividad de la Administración está integrada no solamente por actos, sino también por **hechos y operaciones**, las que, como ya vimos, caen dentro de la esfera natural de la garantía jurisdiccional del contencioso, el orden y el método imponían a los redactores del Código el determinar la manera de proceder cuando se estaba en presencia de **hechos y operaciones**, las que, como tales, no son susceptibles de ser anulados, pero que teniendo importancia jurídica porque pueden causar perjuicios, debían dar acción para reclamar su indemnización. Por ello y por sustracción de materia, no habiendo en esos casos **acto jurídico** del cual se pueda partir la nulidad, se estableció que lo procedente era reclamar directamente las prestaciones correspondientes.

La reglamentación del **contencioso subjetivo o de plena jurisdicción**, el que, como se sabe, tiene como finalidad el reconocimiento de un **derecho en favor personal** del reclamante, en oposición al **contencioso objetivo o de anulación** que, como verdadera fiscalización jurisdiccional, busca la nulidad de un acto por ser ilegítimo o contrario al **interés general o público**,

no habría quedado completa, si no se hubiera contemplado la actividad administrativa en presencia de los acontecimientos que se realizan con motivo de la gestión de los intereses públicos, o de las simples consecuencias de las manifestaciones de voluntad de la administración o de meros accidentes de la vida administrativa, que es lo que se llama **hechos administrativos**, o se hubiera ignorado que la serie sucesiva de hechos, generalmente coordinados, que tienen por objeto la realización de un propósito, es a lo que se llama **operaciones administrativas**.

Esta única razón procedimental es la que tiene —y no ninguna otra— lo dispuesto en el artículo 68; es decir, completar la reglamentación del contencioso de plena jurisdicción. No estructurar un nuevo contencioso, como también erróneamente se ha pensado, pues la ley colombiana sólo quiso aclimatar aquí los dos contenciosos antes enumerados, tomados del sistema francés, como se dice en la exposición de motivos; ni tampoco dar competencia, como se le ha hecho servir en este juicio, con olvido de la ley y de los principios, para accionar ora por vía de hecho, ora por culpa de servicio, ora por desvío de poder y en fin, por responsabilidad sin falta.

No. Lo único que él dice en su contenido, por el lugar que ocupa y por ser obvio y natural, de acuerdo con los antecedentes, que determinan el verdadero sentido de una norma legal, es que: **Los hechos y las operaciones administrativas** dan acción para demandar directamente de la Administración, en contencioso de plena jurisdicción, las indemnizaciones o prestaciones correspondientes, sin que en estos casos, por antitécnico y por sustracción de materia (lo repetimos), sea necesario como en los otros, pedir también la nulidad. O también: que en el contencioso de plena jurisdicción (artículos 67, 68 y 69 C. C. A.) cuando la lesión del derecho del reclamante fue, no por actos, sino por **hechos u operaciones administrativas**, se demanda el restablecimiento del derecho únicamente, sin que se haga petición de nulidad.

Así entendido el artículo 68, que es, como quisieron sus autores que se entendiera, no puede dar y no da competencia para conocer de este juicio, ni de ningún otro, sino para guiar al demandante en el modo de formular la demanda, pues así se salva el escollo en que se encontraría si tuviera que pedir la nulidad de actividades que no son susceptibles de ser declaradas nulas.

Por esto y por lo que son los **hechos y las operaciones administrativas**, según los tratadistas, como antes lo expresamos, es por lo que aún haciendo la contraposición entre **vía de hecho y operación administrativa**, como se hace en la sentencia, es por lo que la consideramos que es ilógico, impropio y desviado que es hacer servir el artículo 68, para dar competencia, por una parte, y por otra, para dar acción de resarcimiento por daños causados sin falta.

— IV —

En el caso especial de autos, la clausura y suspensión del periódico “El Siglo” estimamos que no tuvo por causa hechos u operaciones administrativas.

En efecto, las causas que se imputan a la Administración, como generadoras del perjuicio, son:

No habersele nombrado censor (omisión).

Habersele suspendido los servicios de fuerza eléctrica y teléfono en el edificio y haberse éste rodeado de policía que impidió la entrada y salida de las personas (acción).

Como se dice en la sentencia y es la verdad, con motivo de haberse declarado turbado el orden público y en estado de sitio la República, por los sucesos del 10 de julio de 1944, el Ejecutivo estableció la censura de la prensa y le asignó al Director General de la Policía Nacional el desarrollo y cumplimiento de esta medida con relación a las publicaciones de Bogotá.

Con base en esta autorización, el dicho funcionario expidió una Resolución que contiene:

1º—La creación de una Junta de censura, compuesta de tres funcionarios, comisionada para revisar **todo** el material impreso destinado a la publicidad en la capital de la República (artículo 1º).

2º—La creación de un funcionario que debía permanecer en las redacciones encargado de someter el material visado por él, a la revisión de uno de los tres censores, y la designación de aquellos funcionarios para cinco diarios (artículos 2º y 3º).

3º—La prevención de que todos los diarios y revistas, distintos de cinco diarios a quienes se les designó el cooperador, quedaban sometidos a las mismas restricciones y que el personal de cooperadores sería oportunamente designado (artículos 4º y 5º).

De la lectura atenta y desprevenida de esta Resolución, no aparece ni la omisión ni el tratamiento especial que se imputa a la Administración.

No hubo omisión, ni tratamiento especial, porque la Junta de censura fue constituida con facultad para revisar todo el material impreso que en Bogotá se destinara a la publicidad: y porque esa restricción y la del cooperador, comprendía a toda revista o diario. La omisión y el tratamiento especial resultarían o serían imputables a la Administración, si la censura previa se hubiera establecido para "El Siglo" y no para las demás publicaciones, o si habiendo reclamado aquél la designación del cooperador, el Director de la Policía se lo hubiera negado o retardado su nombramiento, y que por estos hubiera dejado de salir el diario. Pero ninguna de estas cosas sucedió, ni está probado que hubiera sucedido: la censura fue para todos y cuando "El Siglo" pidió el cooperador le fue designado inmediatamente.

De tal manera que la causa por la cual no salió el periódico dicho, en ese tiempo, el porqué se dejó de imprimir y salir al público, no fue debido a omisión o tratamiento especial de la Administración, provenientes de la censura previa establecida con derecho en esa situación de emergencia, porque la Administración censuró toda la prensa y no negó ni retardó el nombramiento de cooperador a "El Siglo" cuando éste lo solicitó.

Si "El Siglo" sabiendo como sabía, por haberse promulgado la Resolución del Director de la Policía, no ocurrió al dicho funcionario a pedir el nombramiento de cooperador, ni con el material a la Junta de censura, conociendo que sin el cumplimiento de esos requisitos no podrá imprimirse ni darse al público una publicación en esos momentos, no achaque sino a sí mismo el no haber dado a la circulación su diario; pues en este particular, si hubo omisión, fue de la empresa por no cumplir los preceptos que la obligaban no solo a ella sino a todos; y el querer salir sin el cumplimiento de esas restricciones generales, era pedir eso sí, un tratamiento de excepción, que pugna contra el principio de la igualdad ante la ley.

Para que legal y válidamente se impute a la Administración, repetimos, la no salida del periódico en esos días por esta causa, debía haberse probado que sólo para "El Siglo" se había establecido la censura previa, por una parte, y por la otra, que a él se le negó el nombramiento de cooperador oportunamente. Pero como eso no sucedió, sino que por el contrario la censura fue para todos y no se retardó ni negó el nombramiento de

cooperador, no hay razón ni derecho para condenar a la Nación a pagar indemnización a una empresa por causa de las omisiones y descuidos de ella.

Por lo tanto, no estando en presencia de acontecimientos que se realizaron con motivo de la gestión de los intereses públicos, ni de consecuencias de las manifestaciones de voluntad de la Administración, ni la serie sucesivas de hechos coordinados que tuvieron por objeto la realización de un propósito administrativo, o lo que es lo mismo, de **hechos u operaciones administrativas**, sino de hechos propios de la empresa demandante, no se puede condenar a la Administración, porque a ella se puede hacer responsable de sus **actos, hechos u operaciones**, pero no de los de aquellos que sin estar a sus órdenes, se autodeterminan a no obrar como ella lo había establecido para todos. La justicia y la equidad en estas condiciones reclamaban no una condena para la Nación, como se hizo, mejorando también así la posición del demandante, sino su absolución, y el haber dejado claro que si "El Siglo" no salió del 11 de julio al 6 de agosto de 1944, se debió únicamente a que, sus Directores o Gerentes ni reclamaron el nombramiento del cooperador que debía permanecer en su redacción, ni enviaron material para ser censurado; y que ese periódico no sufrió, por omisión de la Administración, ningún tratamiento especial en ese tiempo. Esa es la verdad que surge del expediente y de cómo pasaron los hechos. Y tan cierto es esto, que apenas se acomodó el periódico a la situación de emergencia entonces vivida y que controlaba el Director de la Policía, por delegación del Gobierno, se dio a la circulación y consumo del público, como todos los demás; y que si los otros diarios de Bogotá circularon sin interrupción desde el 11 de julio, fue debido a que ellos se sometieron desde la iniciación a las restricciones establecidas.

Fue cierto que se le suspendieron los servicios de energía y teléfono y que se rodeó de policía el edificio de "El Siglo". Pero fue por esto por lo que no salió el periódico?

No. Esas medidas de policía tenían por objeto, lo tuvieron inicialmente y lo conservaron siempre, el proteger la empresa contra los ataques violentos de las muchedumbres, que en dos ocasiones quisieron destruirla, como está probado y es público y notorio: el propio 10 de julio y el día en que se reencargó de la Presidencia el doctor López. La más elemental precaución y la previsión menos exigente, imponían a un Director de Policía, rodear de las fuerzas a su mando, en esos instantes, el diario de oposición, y conservar la custodia en todo el tiempo que ello fuera necesario, así como en vista del abandono del edificio por el Director del periódico y habitante de él, hacer suspender los servicios, para evitarle gastos innecesarios, y para quitar causas que en momentos de exacerbación colectiva pudieran determinar o coadyuvar a agravar la intranquilidad pública, pues la misión principal de la policía es guardar la vida y hacienda de los ciudadanos, conservar el orden y la tranquilidad sociales, y prevenir o evitar toda clase de desmanes.

Pero esas medidas no impidieron la salida del diario aludido, es tan cierto, como que apenas los gestores se repusieron y solicitaron de un lado el nombramiento de cooperador de la censura y de otro que se reanectaran los servicios y su propósito definitivo de sacar el periódico, inmediatamente siguió su marcha regular la empresa. Por ello es por lo que se puede decir, sin temor a errar, que fue por omisiones de los gestores del diario y no por los hechos de la Administración, ya dichos, por lo que dejó de salir el periódico. Y si esto es así, como lo es en realidad, lo que se imponía en justicia era absolver a la Nación.

— V —

La responsabilidad

Por último, creo que es necesario establecer limitaciones tutelares al principio de la responsabilidad sin falta de la Administración, pues la única condición de que el **daño sea especial**, acogida en la sentencia, aunque se tengan en cuenta los conceptos del distinguido expositor García Oviedo, no llenan el fin perseguido por la doctrina en estos casos.

En efecto: El principio general de indemnización para todos los perjuicios causados sin falta por la Administración, bajo la única condición de que el perjuicio sea anormal en relación con el equilibrio general de las cargas públicas, en tanto que ellos pesen igualmente sobre los administrados; lo que equivale a la consagración de la teoría del riesgo social, como dice Hauriou, es, como toda teoría, la explicación o la razón de ser que el autor le da a ella, pero no la consagración de la verdad absoluta, y por lo tanto, al acogerla como la que está más de acuerdo con nuestro modo de pensar, o con el adelanto general o especial de la legislación, debe hacerse con la prudente reserva que conviene a los administradores de justicia en Colombia, los que no pueden querer, por imitación, trasplantar entre nosotros los sistemas faróneos de interpretación pretoriana, porque ellos son extraños a nuestros antecedentes y organización y al carácter firmemente progresista de nuestra legislación, al contrario de lo que pasa en países como en Francia en donde es a la jurisprudencia contencioso administrativa y no a la ley a la que se debe no sólo el progreso del derecho administrativo sino la aplicación de las más modernas teorías. Y lo mismo puede decirse de toda otra teoría, pues, para fundar la responsabilidad del Estado, son varias las teorías que se han ensayado en el particular.

Tampoco hay que olvidar, al acoger una teoría, que ella debe acogerse en su integridad, o teniendo en cuenta siquiera los antecedentes que han precedido a su elaboración, pues se corre el peligro, al no hacerlo así, de que ella no guarde consonancia y armonía con los antecedentes legislativos y de organización que rigen y obligan, en nuestra patria.

Por ello es por lo que hubiera querido, ya que se llegó en este caso a decretar indemnizaciones, por perjuicios causados sin falta, que se dijera que esta teoría no se acoge como principio general, sino que ella se admite sólo en ciertos casos, como lo tienen dicho los expositores y la jurisprudencia, y que se estableciera de una vez, como condición, no sólo la dicha y el que con el funcionamiento y organización del servicio público se ocasione una carga excepcional o un perjuicio particular, sino que haya relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y el perjuicio del particular. Y esto no es de mi invención, sino que Duguít lo enseña y predica como condición esencial de la responsabilidad sin falta; y en el caso de autos hubiera servido para absolver a la Nación, porque como lo demostramos antes, la clausura y suspensión de "El Siglo", no tuvo por causa actividades de la Administración, y por lo tanto no fue debido al funcionamiento del servicio público sino a omisiones de los reclamantes.

Por lo demás, expositores de derecho administrativo tan avanzados y modernos como Hauriou, al comentar la resolución dada por el Consejo de Estado francés al asunto de Cuitéas de 10 de noviembre de 1923, en donde admitió la responsabilidad de la Administración independientemente de toda idea de falta, dice que no se debe tomar esa decisión como una consagración del principio general de la responsabilidad sin falta, sino que después de un largo examen, se debe ella interpretar restrictivamente, pues es en realidad la proclamación de dos principios de los cuales el uno

sirve para limitar al otro: primero, sin duda, la indemnización por perjuicio anormal causado sin falta; pero en seguida y como segunda condición, agregar a la del carácter anormal del perjuicio, el hecho de que, si éste es causado sin falta, es porque, visto el caso, la Administración está a cubierto por la excusa de la legítima defensa del Estado. Y por ello afirma que: **la legítima defensa del Estado llega a ser la condición de la indemnización tanto como el carácter anormal del perjuicio**, pues con la exigencia de este doble criterio se salvan muchas de las consecuencias inadmisibles a las que se llegará necesariamente si sólo se tiene en cuenta uno solo de esos elementos, **el del carácter anormal del perjuicio, o el daño especial**, como se le clasifica en la sentencia.

También en nuestro caso se llegó a que no había falta de servicio ni exceso de poder, y se condenó, a mi modo de ver sin razón también, por olvido de que las reglas ordinarias del derecho y de la jurisprudencia y de las garantías de las libertades públicas han sido establecidas para los tiempos normales, pero que hay tiempos anormales, en los que sería insensato aplicarlas, y las autoridades de policía no pueden estar atacadas de locura. Si las cargas o restricciones que en la Resolución del Director de la Policía le impusieron a la libertad de prensa, lo fueron por las circunstancias anormales, y de otra parte cayeron normalmente sobre todos los periódicos, no hay razón para hacer soportar a la colectividad, que a eso equivale la condena a la Nación, los resultados de una conducta juzgada y hallada ajustada a la ley y a las circunstancias, y que no gravó de manera especial o excepcional al periódico reclamante.

También hubiera querido, ya que la responsabilidad del Estado por los daños causados sin falta por el carácter anormal del perjuicio, se justifica porque viola el principio de la igualdad ante la ley, que se explicara si esa igualdad es la de derecho o la de hecho o económica. Pues aunque con la primera se abre inmenso campo a las indemnizaciones, con la segunda se subordinarán a la obligación de indemnizar todas las medidas, especialmente las higiénicas y sociales, por la única razón de que ellas no tocarían sino a ciertos ciudadanos; y no se debe olvidar, como dijo alguien, que la igualdad de los hombres no existía sino en el plan político de la aplicación de las leyes, igualdad de derechos y de oportunidades, no de hechos; y no debe confundirse tampoco con la igualdad ante el impuesto, que es también una aplicación particular del principio de igualdad ante la ley.

El objeto, como se ve, de las acotaciones de este capítulo de mi salvamento, tienden a mostrar rápidamente los peligros de una jurisprudencia que abre la puerta, imprudentemente, a innúmeras indemnizaciones, por no habérsela limitado al caso de autos, o a la categoría general más cercana, haciendo de ella "un caso más en una vía excepcional y en una hipótesis determinada", como el único alcance que se le debe dar a la anterior sentencia, a fin de tutelar también el normal desarrollo de los servicios públicos y evitar la parálisis de la Administración; y, en fin, porque quiero dejar constancia, de acuerdo con los principios, que el patrimonio colectivo sólo debe soportar definitivamente la carga de los perjuicios, cuando éstos tengan con las actividades de la administración la misma relación que el efecto con la causa, y que ellos ocasionen cargas excepcionales, o perjuicios particulares, distintos, naturalmente, de los que pueden causar el ejercicio normal, regular y con efectos generales del poder público.

Mi posición, pues, ha sido la misma desde la iniciación de esta controversia; lo inmodificable de ella se debe a que, defiendiendo principios científicos, que como tales no están sometidos al vaivén de las circunstancias, y porque sé que la responsabilidad de la Administración es una de las condiciones esenciales del régimen administrativo, del Estado de derecho, que aparece en nuestro tiempo como suprema garantía de los ciudadanos y complemento obligado de las garantías jurisdiccionales, no he olvidado tampoco que una de las más preciosas garantías para un litigante es la de que el juzgador esté circunscrito por la demanda, para evitar la arbitrariedad de las decisiones, pues ellas son justas y respetables en cuanto se acomoden a las pretensiones oportunamente deducidas y probadas; y que en estas decisiones contencioso-administrativas es ineludible el considerar que si es respetable y digno de tutelar el interés particular, no lo es menos el patrimonio general que a todos pertenece defender y cuidar.

Bogotá, julio de 1947.

Jorge Lamus Girón. — Luis E. García V., Secretario.



ACUERDOS MUNICIPALES

(Consejero ponente: doctor Gustavo A. Valbuena)

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

El Consejo del Municipio de Cali, previa una serie de considerandos tendientes a fundamentar la medida adoptada, expidió el Acuerdo que en lo esencial dice:

“Acuerdo No. 34 de 1944 (Abril 4). Por el cual se provee a la adquisición, por el Municipio, del más importante servicio público, y sobre empréstito municipal.

El Concejo Municipal de Cali, en uso de sus atribuciones legales, y
Considerando:

Acuerda: Artículo 1º—Con fundamento en las disposiciones de los artículos 24 y 25 de la Ley 126 de 1938, y por causa de utilidad pública a que se refieren tales preceptos, dispónese la expropiación y la adquisición, por el Municipio de Cali, de todas las unidades o plantas eléctricas, instalaciones, redes de transmisión y de distribución, edificios, etc., que constituyen la empresa de servicio eléctrico, o negocio eléctrico, de propiedad de la Compañía Colombiana de Electricidad S. A., sociedad anónima con domicilio principal en Barranquilla, que, con las respectivas plantas instaladas en jurisdicción de los Municipios de Cali y Palmira, y entreconectadas entre sí, presta servicio eléctrico en esos Municipios.

Artículo 2º—El señor Personero Municipal, con el concurso de los asesores de que luego se hablará, obtenida la resolución de que trata el artículo 852 del Código Judicial, y reunidos los demás documentos que el Código citado exige, procederá a instaurar, dentro de un término no mayor de cinco días, contados a partir de la sanción de este Acuerdo, y, en cuanto fuere posible, con la cooperación del Municipio de Palmira como codemandante, a virtud de Acuerdo sobre el particular, expida ese Concejo, el correspondiente juicio de expropiación contra la mentada compañía.

Artículo 3º—El señor Personero Municipal, para la instauración y prosecución del juicio de expropiación aludido, hasta la terminación de éste, estará asesorado de dos abogados titulados que hayan sido jueces de circuito, cuyos servicios contratará el mismo Personero, pero los nombres de éstos y los respectivos contratos, deben ser aprobados por el Concejo.

Será obligación de uno de los dos abogados que se contraten, llevar la personería del Municipio de Palmira, si el Personero y el Concejo Municipal respectivos tienen a bien confiar la representación del Municipio en dicho juicio”.

Posteriormente, el mismo Concejo reformó los artículos 1º y 2º que se dejan transcritos, así:

“Acuerdo No. 101 de 1944 (4 de junio). Por el cual se modifica el Acuerdo No. 34 de 4 de abril de 1944.

El Concejo Municipal de Cali, en uso de sus atribuciones legales,
Acuerda:

Artículo 1º—El artículo 1º del Acuerdo No. 34 de 4 de abril del año en curso (1944) quedará así: Con fundamento en las disposiciones de los artículos 24 y 25 de la Ley 126 de 1938 y por causa de utilidad pública a que se refieren tales preceptos, dispónese la expropiación y adquisición, por el Municipio de Cali, de las plantas eléctricas, instalaciones, obras hidráulicas, redes de transmisión y de distribución, edificios, terrenos, derechos de dominio ubicados en jurisdicción del Distrito Municipal de Cali,

pertenecientes a la Compañía Colombiana de Electricidad S. A. sociedad anónima legalizada en Colombia, y a otras personas, destinados al servicio eléctrico, o que de alguna manera contribuyen al mismo servicio, y que constituyen dentro de este Distrito Municipal, la empresa o negocio de producción, conducción y distribución de luz y energía eléctrica.

Artículo 2º—El artículo 2º del referido Acuerdo No. 34 de 1944 quedará así: El señor Personero Municipal, con el concurso de los asesores de que trata el mentado Acuerdo No. 34 que se modifica, obtenida la resolución a que se refiere el artículo 852 del Código Judicial, y reunidos los demás documentos que el Código citado exige y que se requieren para el efecto, procederá a instaurar, a la mayor brevedad, el juicio de expropiación correspondiente contra quien o quienes haya lugar, habida consideración a las finalidades que persigue la acción expropiatoria.

Artículo 3º—Este Acuerdo regirá desde su sanción”.

Comparando los dos Acuerdos en referencia, se ve claramente que ambos están dirigidos, en el fondo, al mismo fin: la expropiación y adquisición por el Municipio de Cali de todos los elementos constitutivos de la empresa de servicio eléctrico de propiedad de la Compañía Colombiana de Electricidad S. A. Sólo que el primero —el 34— se extendía a las instalaciones en jurisdicción de dicho Municipio y en la de Palmira, al paso que el segundo —el 101— se circunscribió a lo existente en Cali.

En ejecución y desarrollo de los mencionados actos del Concejo, el Alcalde Municipal del Distrito últimamente nombrado, dictó la providencia que en seguida se copia:

“Resolución No. 40.—Por la cual se dispone la expropiación, por causa de utilidad pública, de una empresa de luz y energía eléctrica. Junio veintiocho de mil novecientos cuarenta y cuatro. El Alcalde Mayor de Cali, en uso de la facultad que le confiere el artículo 18 de la Ley 119 de 1890, y **Considerando:** 1º—Que en conformidad con el artículo 26 de la Constitución Nacional, “por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa”; 2º—Que el artículo 24 de la Ley 126 de 1938, expresamente declara de utilidad pública la adquisición por los Municipios, de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica destinadas a prestar servicio público; 3º—Que además de la disposición legal citada, en el caso del Municipio de Cali es de manifiesta utilidad pública y de imprescindible necesidad social adquirir para éste la empresa de luz y energía eléctricas que presta sus servicios a la ciudad de Cali y al Municipio del mismo nombre, empresa que aparece como de propiedad de la Compañía Colombiana de Electricidad, entre otras personas; 4º—Que el Distrito de Cali ha venido realizando por conducto de varios de los funcionarios municipales y de comisiones del H. Concejo Municipal diferentes gestiones encaminadas a obtener, en contrato libremente celebrado, la adquisición de la mencionada empresa; pero esas gestiones han resultado infructuosas en razón de las condiciones inaceptables exigidas por la Compañía Colombiana de Electricidad; 5º—Que el H. Concejo Municipal de Cali, al tenor del Acuerdo No. 34 de fecha 4 de abril del corriente año, adicionado y reformado por el 101 del mes en curso, dispuso la expropiación y adquisición de la empresa de servicio eléctrico de que se trata; 6º—Que como lo expresa muy acertadamente el H. Concejo Municipal en el citado Acuerdo No. 34, “la orientación universal es hoy la de municipalizar los diferentes servicios públicos de los centros urbanos, por las grandes ventajas y las indiscutibles conveniencias que ello repor-

ta al conglomerado social, y ya que el de la luz y la fuerza eléctrica es, sin duda, el principal de tales servicios, desde el punto de vista económico; 7°—Que el artículo 171 del Código Judicial dispone que los Agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones civiles sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernador o Alcalde, **Resuelve:** Artículo 1°—Decrétase, por causa de utilidad pública y con el objeto de adquirir para el Municipio de Cali y municipalizar el servicio eléctrico, la expropiación de la empresa de producción, conducción y distribución de energía y luz eléctricas, que presta sus servicios en la ciudad de Cali y en el territorio del Municipio del mismo nombre, de propiedad, entre otras personas, de la Compañía Colombiana de Electricidad, sociedad anónima organizada de acuerdo con las leyes del Estado de Florida, Estados Unidos de América, y debidamente legalizada en Colombia. **Parágrafo.**—Los bienes que constituyen la dicha empresa, en el Municipio de Cali, y a los cuales se concreta la expropiación, son los siguientes:

Artículo 2°—El señor Personero Municipal procederá a instaurar el respectivo juicio de expropiación ante el funcionario judicial competente, mediante el lleno de todos los requisitos legales y atemperándose a lo pertinente del Acuerdo Municipal del H. Concejo Municipal de Cali, No 34 de fecha cuatro (4) de abril del año en curso, adicionado y reformado por el Acuerdo No. 101 de fecha 24 del presente mes de junio. Dada en Cali a los veintiocho días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro. (Fdo.) Guillermo A. Lemos Guzmán, Alcalde Mayor de Cali. Libardo Lozano Guerrero, Secretario de Gobierno Municipal. — Luis María Otoya, Secretario de Obras Públicas Municipales. — Mario Uribe Jaramillo, Secretario de Hacienda Municipal”.

El doctor Andrés Heilbron Merlano, ciudadano cedulaado y abogado inscrito, obrando como mandatario de la Compañía Colombiana de Electricidad, según poder que obra en autos, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle para que se hicieran las declaraciones que a continuación se insertan:

“1°—Que son nulos los siguientes actos: a) El Acuerdo del Concejo Municipal de Cali No. 34 de 4 de abril de 1944, “por el cual se provee a la adquisición, por el Municipio, del más importante servicio público, y sobre empréstito municipal”, publicado en la Gaceta Municipal No. 602, del día 30 del mismo mes de abril, páginas 1947 a 1952, que autenticada se acompaña; b) El Acuerdo del Concejo Municipal de Cali No. 101 de 24 de junio de 1944, “por el cual se modifica el Acuerdo No. 34 de 4 de abril de 1944”, que sólo ha sido publicado por bando y se acompaña en copia certificada por el señor Secretario del Concejo; y, c) La Resolución del señor Alcalde Mayor de Cali No. 40 de 28 de junio de 1944, “por la cual se dispone la expropiación, por causa de utilidad pública, de una empresa de luz y energía eléctrica”, que también se acompaña, en cuatro hojas escritas, debidamente autenticada.

“2°—Que, como consecuencia de la declaración de nulidad a que se refiere la petición anterior, que no hay lugar a la expropiación ordenada en dichos actos.

“Tercero que se restablezca plenamente a la Compañía Colombiana de Electricidad en todos los derechos que le han sido desconocidos, violados o conculcados por razón de los actos, a que se refiere la primera petición.

“El restablecimiento de los derechos violados deberá decretarse y cumplirse, y así lo demando de ese Honorable Tribunal, con el debido acatamiento en los siguientes términos:

"a) Ordenando y comunicando al señor Juez 2º Civil del Circuito de Cali, o al funcionario que le suceda en su conocimiento, la terminación del juicio de expropiación que allí se adelanta, de conformidad con los Acuerdos y Resolución acusados, por demanda del señor Personero del Distrito de Cali, admitida por auto del Juzgado 2º del Circuito de Cali, Ramo Civil, de 25 de julio último;

"b) Disponiendo se cancele la inscripción de la demanda efectuada en el Libro de Demandas Civiles de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, bajo partidas Nos. 57 a 74, páginas 220 a 224, por orden del Juez a quo contenida en oficio No. 6669 de 31 de julio pasado; y según lo que consta en adjunto certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados;

"c) Condenando al Municipio de Cali a indemnizar a la Compañía Colombiana de Electricidad los perjuicios causados y que le está causando por haber decretado la expropiación con abuso y desviación de poder y atribuciones; por la demanda de expropiación, que está implicando, entre otros, un grave perjuicio por habersele privado indebidamente con su inscripción en el Libro de Demandas Civiles, de la libre disposición de los bienes allí especificados, lo que consta también en el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados; y por la imposibilidad en que se ha situado a la Compañía para atender y procurar los nuevos servicios de energía eléctrica residenciales, comerciales e industriales que se han solicitado y se le siguen pidiendo, pues para aceptar esas solicitudes y contraer el compromiso de suministro que cada una de ellas supone, se requiere contar de antemano con suficiente y adecuada capacidad en líneas y plantas y, dentro de la incertidumbre acerca de la suerte que pueda caber a sus inversiones, debida a la expropiación que se intenta con violación de la Constitución, la ley y los contratos vigentes, se ha visto en la perentoria necesidad de suspender el montaje de la segunda unidad de Nima No. 2, destinada al servicio de Cali y a cancelar todo programa relativo al aumento futuro de la capacidad en plantas y otros equipos.

Obviamente, la circunstancia de que la Compañía se vea en el predicamento de declinar solicitudes de servicios envuelve daño específico que el Municipio culpable debe resarcir, pues aparte de que se le quita la posibilidad de mejorar y ensanchar sus equipos y de aumentar su clientela, se le expone a perder la clientela actual y se le priva de los ingresos que podría obtener si se le hubiera dejado en posibilidades de atender a la demanda de nuevos servicios.

Deben incluirse también los perjuicios que el Municipio cause a la Compañía, si, contra lo que es de esperarse, prospera la solicitud formulada al respecto en la demanda por el señor Personero Municipal, por la ilegal, indebida y prematura justipreciación y entrega de los bienes, porque ello implicaría la consumación concreta de un abuso o desviación de poder y atribuciones y traería consigo la anticipada disgregación de la empresa intermunicipal Cali-Palmira que posee la Compañía para el servicio común de ambos Municipios, quitándole de esa manera la administración de los bienes que se persigue con la expropiación, que se hallan en el Municipio de Cali y forman parte de la referida empresa.

Por último, me permito pedir se condene de igual manera al Municipio de Cali a indemnizar a la Compañía los perjuicios provenientes de la violación del contrato vigente entre ambas partes y que consta en la escritura pública de la Notaría 2ª de este Circuito, No. 1680 de 30 de agosto de 1928; y por la violación del contrato que la misma Compañía tiene ce-

lebrado con el Gobierno Nacional de acuerdo con el Decreto Legislativo número 5 de 1940, y que figura publicado en el Diario Oficial No. 24615 de 18 de mayo de 1941.

La Compañía que representó estima los perjuicios anteriormente señalados en la cantidad de tres millones y medio de pesos (\$ 3.500.000.00); pero en toda caso en la oportunidad procedimental correspondiente podrán comprobarse y avaluarse tales perjuicios. En subsidio, pido al H. Tribunal pronuncie la condenación de perjuicios sujeta a avaluación posterior de conformidad con el artículo 123 de la Ley 167 de 1941.

Hago las ateriores peticiones con fundamento en los artículos 65, 66 y 67 de la Ley 167 de 1941”.

Pidió también la suspensión provisional de los actos acusados, por el doble motivo de ser éstos violatorios de normas positivas de derecho y causar, tanto al Municipio de Cali y a sus habitantes en particular, como a la Compañía demandante, perjuicios notoriamente graves; pero el Tribunal de la causa negó dicha solicitud en providencia que, apelada, recibió la confirmación del Consejo de Estado.

Hace luego el actor un extenso análisis sobre “hechos y omisiones fundamentales” de su demanda; expresa en seguida y señala las disposiciones que en su sentir han sido violadas y los conceptos de la violación; la funda en los preceptos legales que allí enumera, y, finalmente, acompaña una serie de documentos entre los cuales se encuentran los actos acusados.

A la demanda así presentada le dio el Tribunal del conocimiento la tramitación correspondiente, hasta ponerla en estado de fallar la controversia, lo que hizo en sentencia de fecha 12 de julio de 1945, después de un meditado estudio de todos los aspectos esenciales de aquella, que lo condujo a negar las peticiones formuladas.

De este fallo apelaron ambas partes, y el Personero Municipal de Cali explicó que lo hacía por cuanto, habiéndola solicitado, se había omitido la condenación en costas a la Compañía actora, siendo, en su concepto, temeraria la demanda.

Concedido el recurso y enviado al Consejo de Estado el negocio, aquí ha recibido los trámites propios de la segunda instancia, y como ha llegado la oportunidad de fallarlo en definitiva, a ello se procede, no sin dejar testimonio antes, de que los distinguidos abogados que en él han intervenido como representantes de una y otra parte, han desarrollado intensa labor científica para dilucidar la complejidad del problema materia del debate, traduciéndola en escritos de gran mérito jurídico, plenos de doctrina, en todas las oportunidades que les deparó el proceso, con lo cual han llenado a cabalidad su verdadera misión de auxiliares de la justicia.

Como con buen orden lógico lo dispuso el Tribunal de la causa en su fallo, es preciso examinar, ante todo, lo concerniente a la excepción propuesta por el señor Personero Municipal de Cali en su extenso alegato, consistente en que la acción intentada es improcedente, por cuanto, según el contenido de la demanda, se ha ejercitado la de plena jurisdicción, esto es, la de nulidad y de restablecimiento del derecho con indemnización de perjuicios, siendo así que, dada la índole de los actos acusados, la única pertinente sería la de simple nulidad, ya que, en el presente caso las providencias dictadas por el Concejo Municipal y el Alcalde constituyen meras medidas preparatorias de la expropiación, incapaces por sí solas de irro-

gar perjuicio alguno a sujeto determinado. Tal es, en síntesis, el fundamento de la defensa o excepción de que se trata.

Para decidir este punto, el Consejo acoge las razones expuestas al intento por el sentenciador de primera instancia, así:

"....El hecho de que los actos acusados, por sí, no sean capaces de producir daño o lesión a los demandantes, por tratarse de actos preparatorios originados en la etapa administrativa, y que por tanto cualquier reclamo de perjuicios originados en dichos actos es improcedente, no demuestra claramente que la acción de restablecimiento haya sido erróneamente intentada.

"El restablecimiento puede operarse muchas veces por la mera anulación del acto acusado, volviendo las cosas a su antiguo orden, sin que se produzcan forzosamente perjuicios adicionales.

"Ese es el caso de autos. El simple hecho de que se decretara la nulidad de los actos que han sido acusados como violatorios de la ley, restablecería plenamente al demandante en su derecho, al quedar sin base legal la expropiación, sin que por otra parte fuera del caso decretar perjuicios adicionales no causados. Y por la circunstancia de que estos perjuicios no se hayan ocasionado, no podrá alegarse válidamente que la acción que se ha debido intentar era la de nulidad y no la de restablecimiento. No. La acción está determinada por la naturaleza del acto acusado; de la naturaleza de dicho acto también surge la personería".

Se controvierten en este juicio, además, dos cuestiones fundamentales, a saber:

1ª.—Si al Municipio de Cali le asistía derecho para dictar por medio de su Concejo, primero, y de su Alcalde, después, las providencias que han sido objeto de la acusación; y

2ª.—Si dicho Municipio, al obrar así, llenó las formalidades y tuvo en cuenta todos los factores que la ley y las situaciones de hecho y de derecho determinaban para llevar a cabo la medida de la expropiación a que tales actos se contraen. Los otros puntos discutidos puede decirse que son corolarios de las dos proposiciones que quedan enunciadas.

Relativamente a la primera cuestión, conviene hacer ante todo un análisis general de las normas que prevén y regulan la materia de la expropiación, y de paso un estudio acerca de los fundamentos que tuvieran el constituyente y el legislador para consagrarla en sus respectivos textos, todo sin perder de vista el caso concreto de que se trata.

El artículo 10 del Acto Legislativo número 1° de 1936, igual al 26 de la anterior Codificación y al 30 de la actual, preceptúa:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley, expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los

casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.

Establece así el constituyente como principio fundamental y regla general, el reconocimiento y garantía de la propiedad privada. Pero, al propio tiempo, previene con innegable sabiduría, que todo conflicto entre el interés público o social y el privado debe desatarse necesariamente a favor del primero, lo que vale decir, en el fondo, que no puede haber choque u oposición de esos intereses, porque el bien común prevalece sobre toda consideración de linaje particular o individual. Y no podía ser de otra manera, porque en la vida de relación de un país que se precia de bien organizado, todas las personas, individualmente consideradas, tienen una misión social que llenar, en retribución, siquiera sea en parte, de los beneficios que constante, permanentemente, reciben del grupo social en que conviven, pues ni ellas tendrían mérito ninguno por sí solas, aisladamente, ni su patrimonio valdría, a no ser porque la sociedad les reconoce el primero y el valor del segundo, y si no pueden cumplir aquella misión valiéndose de sus facultades o atributos subjetivos, al menos quienes tengan bienes deben responder con ellos a la necesidad, utilidad o interés común reconocidos por la ley, ya que “la propiedad es una función social que implica obligaciones”.

La noción universalmente aceptada de **dominio eminente** del Estado, lleva consigo la facultad de utilizar los bienes privados, siempre que un interés social así lo exija, sin que esto signifique que los primeros no sean respetados y garantizados en la forma prevenida por la Constitución.

Desde la legislación romana hasta nuestros días, el concepto de la propiedad privada ante el interés de la comunidad ha sufrido un largo y laborioso proceso: allí se consagraba su inviolabilidad con rigor tal, que únicamente cedía frente a la **necesidad** pública indudable, y este criterio dominó en las instituciones y en la doctrina durante tan largo tiempo, que llegó a ser acogido en la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, con estas palabras: “La propiedad es inviolable y sagrada, y nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la **necesidad** pública, legalmente reconocida, lo exija evidentemente, y a condición de una justa y previa indemnización”.

Fue sólo en el Código de Napoleón cuando se erigió como motivo idóneo de la expropiación, ya no la **necesidad** sino la **utilidad**, noción ésta de mayor amplitud, dentro de la cual el bienestar y el progreso sociales pueden moverse con expansión más dilatada.

Este nuevo criterio —el de la utilidad— ha sido incorporado en casi todas las legislaciones, y es el mismo que inspiró al constituyente colombiano, quien para mejor entendimiento y quizás con mayor latitud, lo adicionó con la fórmula complementaria de **interés social**, dejando al legislador la calificación correspondiente; y como los dos factores se presentan en forma disyuntiva, quiere decir que en Colombia, sea por utilidad pública o bien por mero interés social, puede haber expropiación.

La facultad del legislador al respecto, como se ve en el texto constitucional, no es limitada, sino que queda a su prudente discreción definir los motivos de utilidad pública o de interés social, con los sentimientos de equidad y de justicia que en él presupone la Carta fundamental, hasta llegar a autorizarlo para determinar los casos en que pueda expropiarse sin lugar a indemnización.

Resumiendo, relativamente a la Constitución Nacional se tiene: que para que pueda haber expropiación, el objeto debe ser de utilidad pública

o de interés social, calificados por el legislador a su prudente arbitrio; que debe mediar en todo caso sentencia judicial; y que el expropiado debe recibir indemnización previa, salvo que la ley, en determinados casos, disponga otra cosa.

Ahora bien: el legislador, en uso de la facultad en referencia, conferida por el constituyente, dictó la Ley 126 de 1938, "sobre suministro de luz y fuerza eléctrica a los Municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos, e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas", en la cual se encuentran, entre otras, estas disposiciones pertinentes al caso de este pleito:

"Artículo 1º.—El suministro de energía eléctrica es un servicio público fundamental, y en su establecimiento, desarrollo y financiación cooperarán la Nación, los Departamentos y los Municipios.

"Artículo 24.—Declárase de utilidad pública la adquisición por la Nación, los Departamentos o los Municipios, de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, las de teléfonos y las de acueductos, destinadas a prestar servicio público.

Parágrafo.—Las empresas a que se refiere este artículo, quedan sometidas al control del Gobierno nacional, el cual ejercerá las funciones de fiscalización e inspección técnica y económica que considere necesarias para garantizar una correcta prestación de los servicios.

"Artículo 25.—Corresponde a los Concejos Municipales dictar las providencias necesarias para obtener la municipalización de las empresas de energía eléctrica.

Parágrafo.—Para la municipalización de las plantas eléctricas que en los Municipios existan, la Nación contribuirá en las proporciones prescritas en la presente ley.

"Artículo 27.—Se faculta al Gobierno Nacional para que, separada o conjuntamente con los Departamentos o Municipios interesados, celebre los contratos de empréstito y las operaciones de crédito que sean necesarias llevar a cabo para los fines de esta ley".

Tres factores esenciales para los efectos de este estudio, se desprenden de las disposiciones transcritas, a saber: a) El reconocimiento, por parte del legislador del hecho de ser el suministro de energía eléctrica un **servicio público fundamental** (artículo 1º); b) La declaración perentoria que hace la ley en el sentido de que **es de utilidad pública** la adquisición por las entidades de derecho público de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica (artículo 24); y c) La atribución conferida a los Concejos Municipales de **dictar las providencias para obtener la municipalización de las empresas de energía eléctrica**.

Armonizando la norma constitucional atrás analizada, con el contenido de la ley que ahora se discrimina, bien se comprende que al decir la primera que por motivos de utilidad pública definidos por el legislador podrá haber expropiación, y al declarar la segunda que el suministro de energía eléctrica es un servicio público fundamental; que la adquisición de las empresas que lo produzcan, conduzcan o distribuyan, por la Nación, los Departamentos o los Municipios (disyuntivamente considerados), es de utilidad pública; y que corresponde a los Concejos Municipales dictar las medidas necesarias para obtener la municipalización de aquellas empresas, el legislador, con fundamento en los atributos otorgados por el constituyente, puso al alcance de los Municipios, lo mismo que de las otras entidades nombradas, asignándoles ese servicio, el medio de la expropiación como idóneo para cumplir la finalidad en referencia, siempre que,

por otra parte, la respectiva institución llene las formalidades señaladas al efecto por la ley. Es que ésta ha querido sustituir el ánimo de lucro que se supone en los particulares, por el ánimo de servicio que es de suponer en las entidades públicas bien administradas.

Por lo expuesto hasta aquí, se ve claramente que la primera cuestión propuesta ha de recibir decisión afirmativa, esto es: al Municipio de Cali sí le asistía derecho para dictar por medio del Concejo y del Alcalde las providencias que han sido objeto de la acusación.

Para resolver la segunda cuestión propuesta, es decir, si dicho Municipio, al obrar así llenó las formalidades y tuvo en cuenta los factores que la ley y las situaciones de hecho y de derecho determinaban para llevar a cabo la medida de la expropiación, se considera:

El artículo 18 de la Ley 119 de 1890, dispone:

“Todo asunto de expropiación en casos comunes, debe principiar por una resolución en la que se exprese claramente qué es lo que se debe expropiar, con qué objeto y con qué motivo. Se expresarán también los pasos que se hayan dado para conseguir lo que se necesita por contrato libremente celebrado con el respectivo interesado. Esta resolución se dictará.... por el Alcalde, si el asunto es municipal....”

En el evento de autos, el Alcalde Municipal de Cali profirió la Resolución número 40 de 28 de junio de 1944, en la cual determina claramente los bienes de cuya expropiación se trata, con abundancia de especificaciones, e igualmente quedaron consignados allí el objeto y los motivos fundamentales de la medida. Pero, como a propósito de los pasos que se hubieran dado para conseguir lo que se necesitaba, por contrato libremente celebrado con el respectivo interesado, la parte actora, desde la demanda hasta el alegato de conclusión, ha hecho una serie de razonamientos tendientes a demostrar, con señalada insistencia, la omisión en que, en tal sentido, estima que incurrió el Municipio, es necesario examinar, también con preferente atención, este aspecto del negocio.

La cuarta consideración en que se funda la providencia aludida, está concebida así:

“4º—Que el Distrito de Cali ha venido realizando por conducto de varios de los funcionarios municipales y de comisiones del H. Concejo Municipal diferentes gestiones encaminadas a obtener, en contrato libremente celebrado, la adquisición de la mencionada empresa; pero esas gestiones han resultado infructuosas en razón de las condiciones inaceptables exigidas por la Compañía Colombiana de Electricidad”.

La Compañía actora, por medio de su mandatario doctor Cruz Santos, después de considerar otro aspecto de las violaciones alegadas, sostiene que la orden de expropiación es nula también “porque se expidió pretermitiendo la formalidad exigida por el artículo 18 de la Ley 119 de 1890 y 1º de la Ley 67 de 1926, que previenen que sólo en el caso de que no sea posible llegar a un arreglo amigable con el respectivo interesado, se procederá a iniciar la expropiación”. Y para demostrar su aserto, hace una seria y ordenada crítica de los pasajes de la sentencia del Tribunal al respecto, y de los antecedentes que ésta tuvo en cuenta para llegar a conclusión contraria.

El artículo de la Ley 119 de 1890 citado, ya quedó transcrito, y el de la Ley 67 de 1926, que se refiere a asuntos nacionales, principalmente para darle una autorización al Gobierno, evidentemente preceptúa lo dicho por el señor apoderado. Pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que a la Reso-

lución sobre expropiación debe preceder la gestión encaminada a obtener lo que se necesita por contrato libremente celebrado.

Véase, entonces, si tales antecedentes —que consisten en la correspondencia cruzada entre el Municipio y la Compañía—, y que son seguramente elementos fundamentales de lo afirmado por la Alcaldía en el considerando preinserto— satisfacen o no las exigencias legales.

Entre los documentos acompañados a la demanda, figura copia de la escritura pública otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Cali, con fecha 24 de agosto de 1944, bajo el número 1579, por medio de la cual el doctor Andrés Heilbron Merlano, a nombre de la Compañía Colombiana de Electricidad, presentó para su protocolización varias comunicaciones dirigidas a ella por miembros del Concejo de Cali y funcionarios de ese mismo Municipio, que se refieren —dice la escritura— “a propuestas a la Compañía Colombiana de Electricidad para negociaciones de la empresa entre el Municipio y la Compañía”.

Por medio de la primera, fechada el 3 de marzo de 1947, suscrita por los señores Adolfo León Vélez, como Presidente del Concejo, y Joaquín Borrero Sinisterra, como Presidente de la Junta de Servicio Eléctrico Municipal, a nombre de dichas entidades, se piden a la Compañía las siguientes informaciones:

“a) Si esa Compañía estaría dispuesta a transferir, a título de compraventa, al Municipio de Cali, las plantas que para generar luz y energía eléctricas, tiene montadas en jurisdicción del Distrito Municipal de Cali, y la red de distribución correspondiente, de esta ciudad;

“b) El precio de dichas plantas y red de distribución;

“c) Condiciones de pago;

“d) Si esa Compañía estaría dispuesta a transferir, a título de compraventa, al Municipio de Cali, las plantas eléctricas y red de distribución a que se refiere el punto a), y la que tiene la Compañía en el sitio Nima, Municipio de Palmira;

“e) El precio de dichas plantas y red de distribución; y

“f) Las condiciones de pago referentes al negocio de que trata el punto d) de este oficio”.

A la anterior comunicación dio respuesta la Compañía en carta de 27 de marzo de 1942, fechada en Cali, así:

“En contestación a su muy atenta carta de fecha 3 del presente mes, nos es grato informarles que esta Compañía tendrá mucho gusto en vender al Municipio de Cali sus plantas generadoras de energía eléctrica, redes de distribución y demás propiedades, construcciones e instalaciones pertenecientes a los negocios eléctricos en los Distritos de Cali y Palmira”.

Se refiere luego a las inversiones hechas hasta el 31 de diciembre de 1941 en dichas propiedades, y concluye diciendo:

“Las instalaciones en Cali y Palmira forman un solo e interconectado sistema con todos los elementos que los complementan, como plantas, líneas de transmisión y distribución, etc., y en consecuencia, en ninguna forma sería posible considerarlas separadamente.

“En caso de venta el pago debe efectuarse al contado”.

Posteriormente, en oficio de 15 de marzo de 1944, una comisión designada al efecto por el Concejo Municipal, se dirigió al Gerente de la Compañía manifestándole, en lo sustancial, lo siguiente:

“Como lo manifestamos (se refiere a una conversación previa de la misma fecha) el Municipio considera que está en condiciones económicas que le permiten afrontar una operación de compra, con tanta mayor razón,

cuanto que actualmente la ciudadanía y el Concejo, como su representante, unánimemente se han manifestado decididos partidarios de la municipalización del servicio eléctrico.

“Los puntos a que nos referimos son los siguientes:

“a) Si la Compañía Colombiana de Electricidad está dispuesta a vender al Municipio de Cali la totalidad de las plantas que funcionan dentro de la jurisdicción de este Municipio y las cuales surten en parte el consumo de la ciudad, así como también la totalidad de las redes primarias y secundarias que actualmente tiene en servicio la Compañía en la ciudad de Cali”.

Se refiere luego a la venta de las plantas interconectadas con el sistema de Cali y ubicadas en el Municipio de Palmira, en caso de no ser posible la de lo situado en Cali, y le pide una serie de datos y especificaciones con relación a lo propuesto.

En contestación, la Compañía, después de insertar su propia carta de 27 de marzo de 1942, a que se hizo referencia, dijo, con fecha 22 de marzo de 1944, desde Barranquilla:

“En atención a los lamentables sucesos que desde el día 1° de los corrientes vienen desarrollándose en esa ciudad y de las múltiples dificultades que en el pasado se le han presentado, esta Compañía vería con sumo agrado una negociación como la que ustedes se sirven proponer en la atenta nota a que nos estamos refiriendo”.

Siguen informes sobre inversiones hechas y por hacer, y después dice:

“Como hemos manifestado anteriormente, las propiedades de Cali y Palmira forman un solo sistema interconectado, con todos los elementos que lo complementan y por tanto, en ninguna forma sería posible considerar la venta de las mismas separadamente.

“En el caso de llegar a alguna negociación, nuestras condiciones son de pago al contado e incluyendo en la venta todas las propiedades”.

Dos meses después, el 19 de mayo de 1944, los señores Personero Municipal, Presidente del Concejo y Alcalde de Cali se dirigieron nuevamente a la Compañía para remeniorar las precedentes comunicaciones recíprocas y reiterarle la propuesta, en los siguientes términos:

“En nombre del Municipio, del Cabildo y del Gobierno Municipal de Cali, queremos, por última vez, molestar la atención de la Compañía que ustedes representan, para inquirir, por el regular y digno conducto de ustedes, de su representada, lo siguiente:

“Estaría la Compañía Colombiana de Electricidad en el ánimo o determinación de celebrar con el Municipio de Cali, o con éste y otra u otras entidades oficiales, como el Departamento del Valle y el Municipio de Palmira, un contrato de promesa de venta de las referidas empresas de luz y energía, radicadas en los Municipios de Cali y Palmira, por el precio que resultare de un avalúo pericial, practicado ante uno de los jueces de este circuito, en la forma legal, debiendo perfeccionarse el respectivo contrato de compraventa, al estar practicado dicho avalúo, y a base de pago, al contado, del respectivo precio de venta establecido de la manera que queda dicha?”.

A su vez, la Compañía, en carta del 5 de junio siguiente, fechada en Barranquilla, y haciendo referencia a la que inmediatamente precede, dijo en lo pertinente:

“En dos ocasiones esta Compañía ha manifestado a la municipalidad de Cali que está dispuesta a vender sus propiedades en el sistema combinado de Cali y Palmira. En caso de llevar a cabo esta negociación de com-

praventa indudablemente el deseo de la municipalidad como el deseo de esta Compañía es de efectuarlo sobre una base equitativa para ambas partes. Una avaluación de propiedades de esta clase y de esta magnitud es un trabajo difícil y arduo que debe ser practicado por avaluadores peritos en la materia y que hayan practicado otras avualuaciones de propiedades eléctricas por lo menos de igual tamaño de las propiedades mencionadas; y con tal objeto deberíamos conseguir los servicios de los más expertos avaluadores 'disponibles'.

Expone en seguida un programa de ensanches y extensiones que se proponía efectuar, y luego expresa textualmente:

"Debido a los últimos sucesos y a las condiciones en que la Compañía se encuentra actualmente colocada frente a las iniciativas de expropiación que han creado un estado de verdadera incertidumbre, es natural que ella se haya visto obligada, muy a su pesar, a cancelar todo ese programa de proyectos y ensanches, lo que no solamente está perjudicando sus propios intereses, sino también los del público en general que quedará ante una situación de escasez de fuerza en el próximo futuro.

"Ahora bien, contestando directamente la pregunta de ustedes tenemos el gusto de manifestarles que si ese Municipio, solo, o en asocio de las entidades mencionadas está capacitado para efectuar la compra de nuestras propiedades en los Distritos de Cali y Palmira esta Compañía, a su vez, le hace la siguiente proposición definitiva:

"De mutuo acuerdo entre las dos partes se contratarán los servicios de una firma de avaluadores norteamericanos o ingleses entre los más expertos disponibles y que han tenido experiencia en avaluaciones de propiedades de compañías eléctricas por lo menos del tamaño de las propiedades en cuestión para efectos de venta o para fijar tarifas o para cualquier otro objeto comercial o legal y que tenga reconocida reputación sobre sus capacidades y goce de buen crédito por sus impecables actuaciones. Si las dos partes no pueden convenir en una sola firma de avaluadores ésta puede ser escogida por una respetable organización internacional, como por ejemplo la Cámara de Comercio Colombo-Americana.

"El avalúo será basado sobre el costo de reproducción de las propiedades y considerando la empresa como un negocio en marcha. Del costo de reproducción, así considerado, será deducida la repreciaación actual y visible de las propiedades.

"Al aceptar el Municipio por escrito esta proposición y al día siguiente de la fecha de la aceptación, tanto el Municipio como la Compañía depositarán simultáneamente cada uno de ellos, en la Sucursal del Banco de la República de esa ciudad la cantidad de cien mil pesos para atender los gastos que demanden y ocasionen el avalúo y el perfeccionamiento del negocio de compraventa. Dado a conocer por los peritos el avalúo de la empresa, el Municipio, en el término de sesenta días, contados desde la fecha del avalúo, consignará a favor de la Compañía, en el Banco que ésta designe, el precio fijado y la Compañía, a su turno, otorgará al Municipio el título de traspaso correspondiente. Los gastos del avalúo y del perfeccionamiento del negocio se harán por partes iguales entre el Municipio y la Compañía de los fondos depositados en el Banco. Pero en el caso de que el Municipio no hiciere la consignación del precio total de venta dentro de los sesenta días siguientes a la fecha del avalúo, se pagarán íntegramente esos gastos de avalúo y perfeccionamiento del negocio de la cantidad de cien mil pesos previamente consignada por el Municipio en el Banco de la República, como se indicó, para este efecto, y el depósito

efectuado por la Compañía será devuelto a ésta. Además el Municipio pagará a la Compañía como indemnización de perjuicios la cantidad de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00).

“Nos parece ver en esta fórmula una solución justa en todos sus aspectos y la oferta que contiene, y que dejamos explicada en esta carta, será válida por un término de noventa días después, de esta fecha, vencido el cual se considerará cancelada”.

Como se ve, la relación anterior de antecedentes supone un largo proceso, en cuyo desarrollo hubo, además de la correspondencia escrita, tratamiento verbal entre el Municipio y la Compañía, de cuestiones encaminadas todas a una sola finalidad: la posible adquisición por parte del primero de todos los elementos constitutivos de las plantas de luz y energía eléctrica que la última tiene montadas en jurisdicción de Cali o en esta misma y en la de Palmira, siendo de notar, sin que para ello se requiera un gran esfuerzo, sino antes bien **prima facie**, que la intención claramente manifestada por la entidad pública proponente, se dirigía de preferencia a la adquisición, a título de compraventa, de los bienes situados en Cali. Esto se desprende, indudablemente, de la primera carta —la de 3 de marzo de 1942— suscrita por los Presidentes del Concejo y de la Junta de Servicio Eléctrico Municipal, cuando en primer término, punto a), se circunscribe a la transferencia de las plantas montadas en Cali, a su precio, punto b) y a las condiciones de pago, punto c); y sólo en segundo lugar se refieren a las mismas y a las situadas en Palmira. Pero como desde entonces la Compañía contestó (véase carta del 27 del mismo mes), tan sencilla como rotundamente, que “las instalaciones en los Distritos de Cali y Palmira forman un solo e interconectado sistema con todos los elementos que lo complementan, como plantas, líneas de transmisión y de distribución, etc., y en consecuencia, **en ninguna forma sería posible considerarlas separadamente**” (subraya el Concejo), se explica fácilmente que en las sucesivas comunicaciones proponentes el Municipio comprendiera lo ubicado en los dos Distritos. No obstante, se observa también que en la carta suscrita por los miembros de la comisión designada al efecto por el Concejo, que lleva fecha 15 de marzo de 1944, ellos insistieron en dar prelación, punto a), a las plantas que funcionan en Cali, y en caso de no ser posible la venta de éstas únicamente, es decir, en forma subsidiaria, —punto b)— extendieron su oferta de compra a las de Palmira. Y es evidente, de otro lado, que el hecho de hacerlo así, globalmente, no desvirtúa, en manera alguna, el propósito del Municipio, su disposición de entendimiento amigable, antes de proceder a dictar medidas sobre expropiación. Porque el que cartas-propuestas contuvieran, además de las concernientes a los elementos eléctricos situados en Cali, otros puntos alusivos a distintos bienes, no quiere decir que de ellas pesaparecieran los primeros por la presencia de los últimos. Si la Compañía, por las razones económicas expuestas en sus contestaciones, u otras tan respetables como se quiera, desechó o desestimó, desde el primer momento, la posibilidad de considerar siquiera la venta de las plantas montadas en Cali, punto de vista principal del Municipio de Cali, según sus comunicaciones, no por eso éste dejó de dar los pasos encaminados a conseguir lo que necesitaba, como lo expresa el considerando 4º de la Resolución de la Alcaldía. Así se desprende claramente del análisis en conjunto de todos los antecedentes que sobre el particular se dejan relatados, tanto más si se tiene en cuenta que en relación con las plantas de Palmira-Cali no podría obrar por sí solo para su adquisición.

Por otra parte, no es aventurado pensar que aun en el caso de que la ley no exigiera expresar en las resoluciones sobre expropiación los pasos de que se trata, quizás ninguna de las entidades autorizadas para adquirir por ese título, extremo por su naturaleza, se colocaría en el caso de hacerlo, sin antes haberlos dado. Porque sería poco serio y sensato obrar de otra manera, debiendo saber todas ellas cuán dispendioso y mortificante por todos sus aspectos resulta un pleito de la índole en cuestión, y que a la postre tendrán que pagar la indemnización justa y previa, sin las ventajas que hubieran podido obtener mediante el libre acuerdo con el respectivo interesado. Cosa muy humana por cierto, pues el proceso judicial indispensable en estos eventos, que excluyen la transferencia voluntaria, crea entre las partes un ambiente poco propicio a las concesiones recíprocas, tan necesarias para la celebración de los contratos.

Al punto que ahora se dilucida le ha dado el demandante tanta importancia, que su mandatario aprovechó el término probatorio de la segunda instancia para pedir una prueba especial encauzada a demostrar que los funcionarios autores de las cartas que se han dejado estudiadas, obraron en las gestiones de que ellas dan cuenta sin comisión conferida por el Concejo, esto es, oficiosamente, concurriendo así un nuevo motivo de violación del artículo 18 de la Ley 119 de 1890, pues no otra cosa se induce del memorial en que se solicitó tal prueba, del de réplica al recurso de reposición del auto que la decretó, interpuesto por el apoderado del Municipio, y de la parte pertinente del alegato final presentado por el actor, en la cual se inserta, en pro de sus aseveraciones, una doctrina del Consejo de Estado expuesta así:

“Una resolución de la índole de la que ahora se examina resulta nula cuando guarda silencio absoluto sobre la etapa del arreglo amigable, con los interesados y, además, en el respectivo juicio de nulidad el funcionario o la entidad oficial que la dictó no demuestra haber procurado ese arreglo con los dueños particulares. Sólo entonces puede decirse que tal resolución infringe directamente lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 119 de 1890”.

Precisamente el caso de autos guarda perfecta armonía con el contenido de la doctrina anterior. Porque la resolución respectiva no pasó en silencio absoluto lo relativo a la etapa del arreglo amigable que la precedió, sino, antes bien, alude a ella expresamente, como puede verse —vale repetir— en el considerando 4º de esa providencia; y porque, de conformidad con lo ya estudiado, los antecedentes traídos a este proceso por la misma Compañía actora, satisfacen la segunda parte de la jurisprudencia citada.

Además, según las palabras de la ley en referencia, “todo asunto de expropiación en casos comunes, debe principiarse por una resolución...” (cuyo contenido también se examinó atrás, encontrándolo jurídico). “Esta resolución se dictará... por el Alcalde, si el asunto es municipal”. De suerte que el comienzo de los asuntos de expropiación, como el de que se trata, es la resolución que se deja anotada. Naturalmente hay que suponer un acto o actos anteriores del respectivo Concejo, en que se haya tratado a fondo el objeto propuesto, materia de la resolución, y que sirvieron de base a las gestiones amigables que el Municipio, por medio de sus funcionarios, debe efectuar previamente.

A este propósito existe el Acuerdo número 6 de 1941, dictado por el Concejo de Cali, que en lo conducente dice:

“Artículo 1º—Como cuestión vital para el desarrollo de la ciudad, dis-

pónese la adquisición de todo lo concerniente a establecer en Cali un servicio eléctrico, de propiedad del Municipio, en sus aplicaciones de luz, fuerza y calor....

"Artículo 8º—Créase una Junta que se denominará Junta del Servicio Eléctrico Municipal, la cual tendrá a su cuidado obtener, por todos los medios que estime a bien desarrollar, la efectividad del artículo 1º de este Acuerdo....".

Nada más amplio en materia de autorizaciones. Y fue indubitablemente en uso de ellas, como el Presidente de la nombrada Junta, en asocio del Concejo, se dirigió a la Compañía con fecha marzo 3 de 1942, vigente el período de las funciones de aquélla, en el sentido arriba copiado y comentado, recibiendo la respuesta que, entre otras cosas, contiene la declaración de que "las instalaciones en los Distritos de Cali y Palmira forman un solo e interconectado sistema con todos los elementos que lo complementan... y en consecuencia, en ninguna forma sería posible considerarlas separadamente".

Empero, se arguye por el señor apoderado de la Compañía que "del contexto del referido Acuerdo número 6 nadie puede colegir razonablemente que la Junta del Servicio Eléctrico Municipal debiera entenderse precisamente con la Compañía Colombiana de Electricidad para negociar con ella, en determinadas condiciones, la compra de la planta, sino que la Junta quedaba autorizada para adquirir lo concerniente a establecer en Cali un servicio eléctrico de propiedad del Municipio".

Se observa: facultada la Junta para obtener, por todos los medios que estime a bien desarrollar, la efectividad del artículo primero del Acuerdo, en el cual se dispone la adquisición de todo lo concerniente a establecer en Cali un servicio eléctrico, de propiedad del Municipio, en sus distintas aplicaciones allí especificadas, era apenas elemental que se dirigiera a quien contara en el lugar con todos los instrumentos propios para lograr la finalidad encomendada a su cuidado, y de ahí que enderezara su gestión ante la Compañía Colombiana de Electricidad, pues aun en el caso de que existieran allá varias empresas del mismo género, las autorizaciones tan dilatadamente concebidas daban asidero para entenderse con todas, cuanto más con la ya determinada.

Ahora bien: si las cosas no fueran así, hay factores en número plural que permiten expresar en este caso, con gran propiedad jurídica, el concepto de la ratificación. En efecto, hechas las gestiones de que se trata por diversos funcionarios del Municipio, y dictada la resolución por el Alcalde, se ha surtido el presente juicio, no sólo con el conocimiento innegable, sino con el asentimiento del Concejo y con la intervención del Personero Municipal y de abogados especialmente constituidos con autorización del mismo Concejo; e igualmente se lleva adelante el proceso judicial de la expropiación (puesto que en éste se pidió indemnización de perjuicios por la inscripción de la demanda efectuada en aquél y hay copia de esa misma demanda). No son estas formas manifestaciones virtuales pero elocuentes de ratificación? O podrá afirmarse con algún fundamento plausible que el Concejo ignora todas estas actuaciones?

Peró también hay ratificación expresa: uno de los considerandos del Acuerdo número 34 de 1944, contiene esta declaración: "Que ya el Municipio, en el año de 1943, por conducto del señor Presidente del Concejo y del señor Presidente de la Junta de Servicio Eléctrico Municipal, trató de conocer el pensamiento de la Compañía Colombiana de Electricidad, respecto de la venta de la empresa al Municipio de Cali, y bien puede decirse

que aquélla tácitamente rechazó la oferta de adquisición a título de compra por el Municipio, pues a eso equivale haber pedido un precio que dista enormemente de la realidad, del justo y verdadero valor de la empresa, según consta en la nota de respuesta de la Compañía fechada el 27 de marzo del expresado año de 1943, y atendida la estimación que, respecto del dicho precio, tiene consultada el Municipio”.

Y por lo que hace al Personero Municipal, su intervención anterior quedó reafirmada con la orden que se le dio para proceder a iniciar el juicio de expropiación, en el artículo 2º del Acuerdo número 101 demandado.

Así las cosas, no podría remitirse a duda que en el supuesto de que los funcionarios municipales hubieran actuado sin autorización expresamente conferida, el Municipio, por medio de su Concejo, dio por firme y bien hecho lo que aquellos hicieron en su nombre, que vale tanto como si inicialmente se lo hubiera ordenado: **ratihabito mandato equiparatur**.

Por último, en relación con este tema conviene recordar que —como lo dijo el Consejo en el auto por el cual confirmó la negativa de la suspensión provisional, proferida por el Tribunal de la causa— si el Municipio no le hubiera formulado a la Compañía oferta de compra de las solas instalaciones de Cali, no tendrían explicación las reiteradas respuestas dadas por ella en el sentido de que en ninguna forma sería posible considerarlas separadamente de las de Palmira.

La Compañía demandante ataca también los actos acusados por otro aspecto al cual le ha dedicado singular atención, desde la demanda hasta el alegato de segunda instancia, y que se enuncia como sigue: la empresa está formada por plantas instaladas en jurisdicción del Municipio de Cali y por plantas instaladas en el Municipio de Palmira, constituyendo un solo e inseparable sistema para servicio común y simultáneo de ambas ciudades, obediendo ello a circunstancias técnicas; a autorización otorgada a la Compañía por el Gobierno nacional en Resolución número 41 de 1933 del Ministerio de Industrias; y a la circunstancia especialísima de no haber sido posible hallar dentro de los límites de Cali una fuente de producción de fuerza hidráulica suficientemente adecuada a las necesidades de Cali, por lo cual el Gobierno nacional, refiriéndose a la planta Nima número 2, llamada también planta superior, declaró en Resolución número 75 de 1940 del Ministerio de Economía Nacional, que dicha planta “que construirá la Compañía Colombiana de Electricidad S. A. aprovechando las aguas que corren por el cauce del río Nima, y de que hablan las Resoluciones Ejecutivas números 30 y 54 de 1939 y 1940, respectivamente, se destinará a atender las necesidades del Municipio de Cali y que por consiguiente pertenece al sistema de dicho Distrito”.

Y después de transcribir algunos pasajes de las comunicaciones dirigidas por funcionarios del Municipio de Cali a la Compañía, ya conocidas dentro de esta providencia, para demostrar que él reconoce a la empresa como intermunicipal, llega a las siguientes conclusiones:

“Siendo pues una empresa establecida entre dos municipios, con instalaciones en ambos, que se complementan entre sí, pues las unas suplen a las otras en emergencias de daños y reparaciones y las de Palmira, Nima No. 1 y Nima No. 2, generan más del 50% de la energía eléctrica que a diario y permanentemente necesita y consume Cali, y siendo por lo tanto una organización indivisible porque en partes aisladas ninguna de ellas podría rendir a cada ciudad servicio adecuado, sobre todo Cali, no es posible ni permisible la desarticulación que pretende el Municipio de Cali.

La Ley 126 de 1938, que regula lo relacionado con empresas de servicio público no autoriza la expropiación de las empresas de energía eléctrica y obviamente tampoco autoriza la expropiación de una parte de ellas, ya que semejante desmembración sería abiertamente contraria a sus finalidades, pues habiendo declarado de utilidad pública la adquisición de tales empresas y autorizado la intervención en ellas por el Gobierno nacional "para garantizar una correcta prestación de los servicios", no puede autorizar o patrocinar acciones contrarias a esas finalidades pues el fraccionamiento de una empresa, como lo pretende el Municipio de Cali, en vez de propender a una correcta prestación de servicios, traería la ruina y postración de los mismos, ya que Cali quedaría sin energía bastante para sus principales necesidades.

"Por otro lado, tratándose, como se trata y está probado, de una empresa que, por abarcar en servicio común dos Municipios, tiene el carácter de empresa departamental, carece de poder y atribuciones el Municipio de Cali para dictar y ejecutar una expropiación de la misma y menos naturalmente de una parte de ella. El artículo 4º de la Ley 97 de 1913 establece que corresponde a los Concejos dictar las medidas relativas a obras de interés municipal y a los Gobernadores las concernientes a obras o empresas que interesen a varios Municipios o a todo el Departamento; y el numeral 16 del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913 dice que a las Asambleas toca dictar las autorizaciones relativas a las obras que interesen a más de un municipio. En armonía con esas disposiciones el artículo 171 del Código Político y Municipal establece: "Es prohibido a los Concejos.... 5º—Aplicar los bienes o rentas municipales a objetos del servicio público....; 7º—Intervenir en asuntos que no sean de su competencia, ya por medio de acuerdos o de simples resoluciones".

"La Ley 56 de 1922, artículo 3º, expresa: "Se declara que no obstante las prohibiciones contenidas en los numerales 5º y 7º del artículo 171 de la Ley 4ª de 1913, el fomento de servicios públicos, como establecimiento de tranvías, alumbrado artificial y servicio telefónico, está dentro de las atribuciones de los Concejos Municipales aunque las obras necesarias para prestar esos servicios se establezcan y funcionen fuera de los límites jurisdiccionales de cada Municipio, mediante el convenio previo de los Concejos Municipales interesados.

"Pero esta ley no es aplicable en el caso de que se habla ya que ella limitadamente se refiere al fomento o creación de servicios públicos y de ninguna manera a la toma y expropiación de las empresas en funcionamiento o existentes; mas en el supuesto de que lo fuera, las gestiones sobre expropiación de las plantas sólo podrían promoverse como lo indica esa disposición, **"mediante convenio previo de los Concejos Municipales interesados"**, convenio que no ha tenido lugar entre los Distritos de Cali y Palmira.

"La parte final del artículo 18 de la Ley 119 de 1890, dice que la resolución de expropiación se dictará por el Gobierno, si se tratare de un asunto nacional, por el Gobernador si se tratare de un asunto departamental y por el Alcalde si el asunto es municipal. Como el asunto de que se trata no es municipal, la Resolución número 40 del señor Alcalde está afectada de nulidad.

"El Acuerdo No. 34 dispuso la expropiación de toda la empresa, pero más tarde, por motivos fácilmente comprensibles, entre ellos porque se verificó la ilegalidad de que adolece, por referirse a una empresa intermunicipal, se creyó ingenuamente que el empeño expropiacionista queda-

ría purgado de tal ilegalidad modificando o sustituyendo los dos primeros artículos por el Acuerdo No. 101. Vanó empeño: no porque lo diga el Honorable Concejo Municipal ha dejado de ser la empresa intermunicipal, como no se cambia la naturaleza de las cosas por el hecho de variarle su nombre o denominación”.

A este propósito, ya el Consejo, al tiempo de decidir la apelación del auto en que se negó la suspensión provisional, emitió los siguientes conceptos, que ahora reafirma por no encontrar desvirtuada su vigencia:

“... El solo hecho de que la empresa de Cali se halle conectada a la de Palmira, no significa que sea imposible la desconexión; ni la inconveniencia para el Municipio, procedente de que las plantas de Palmira sean las que hoy por hoy generan buena parte de la energía que utiliza y necesita el Municipio, es motivo de nulidad de los actos acusados. Los motivos de nulidad de los actos administrativos no son otros que la violación de normas superiores, y si la planta de Cali es insuficiente para el Municipio, será cosa de que éste provea la conducente a suplir la deficiencia.

En íntima relación con este problema de la interconexión, se alega también por la Compañía que los actos demandados violan las disposiciones citadas en la parte de la demanda recién transcrita, por cuanto el Municipio, al dictarlos, intervino en asuntos que no son de su competencia, ya que tratándose de empresas que interesan a varios Municipios o a todo un Departamento, corresponde a éste dictar las medidas concernientes a ellas o sus obras; pero como muy bien lo observa el Tribunal sentenciador, después de reproducir el artículo 4º de la Ley 97 de 1913, modificado por el 10 de la Ley 113 de 1928, estas normas versan sobre concesión de permisos para hacer las obras allí especificadas, materia absolutamente ajena a la de expropiación a que se contraen aquellos actos, lo mismo que lo son las de que tratan los otros preceptos cuyo quebranto se ha invocado en esta parte de la demanda.

Con referencia a la misma situación de interconexión de las plantas de Cali y Palmira, se acusan los actos en cuestión por otro aspecto constitucional, al parecer distinto del estudiado al principio de este fallo, a saber: Que si se expropián únicamente las plantas que la Compañía de Electricidad tiene en Cali, el suministro de energía eléctrica quedará reducido a la capacidad de dichas plantas; que la ciudad quedará prácticamente a oscuras, y que importantes fábricas tendrán que cerrar sus puertas, ocasionando un desempleo de proporciones alarmantes; que si se va a colocar a Cali en una situación forzosamente inferior a la que hasta ahora ha tenido, “no es posible atribuirle al empeño expropiacionista y a los actos del Municipio que lo han instituido, motivos de interés social, de conveniencia pública y de utilidad general”, elementos exigidos rigurosamente por el artículo 26 de la Constitución, para hacer una excepción al principio que “garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título...”.

Basta recordar y dar por reproducido aquí, el análisis inicial hecho al precepto de la Constitución que se acaba de citar, y a las disposiciones pertinentes de la Ley 126 de 1938, para reconocer el derecho que asistía al Municipio de Cali para proferir los actos mencionados, por las razones allí expuestas.

Por lo demás, si la Compañía considera que no solamente no es útil sino perjudicial a los intereses de Cali la expropiación perseguida, circunscrita a determinadas instalaciones, otra cosa ha pensado y resuelto el Municipio por medio de sus organismos y funcionarios autorizados, haciendo

uso de las declaraciones sobre utilidad pública hechas por la ley, única que lo podía hacer, de acuerdo con la Constitución, en lo tocante a la adquisición por los Municipios, de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica. De suerte que no hay sino una disparidad de criterios al respecto, dentro de los cuales debe prevalecer el del Municipio, entidad de derecho público interesada, que ha entendido así las cosas, bajo su responsabilidad; y, además, supuesto que el Municipio estuviera en el error, de ahí no puede derivarse ninguna violación de normas superiores. Por otra parte, el Municipio de Cali no podía jurídicamente por sí solo extender la expropiación a cosas situadas fuera de sus propios términos, por no tener jurisdicción territorial, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales invocadas por el señor Personero Municipal en su alegato de primera instancia.

También, con relación a este problema de la empresa **intermunicipal**, en el alegato de conclusión correspondiente a esta segunda instancia, su distinguido autor suscita nuevas inquietudes jurídicas, enderezadas a demostrar, de un lado, que el Municipio no cumplió con la obligación legal de efectuar las gestiones amigables previas, respecto a las solas instalaciones eléctricas situadas en Cali, y, de otro, la imposibilidad de expropiar éstas únicamente.

Funda lo primero, en que mediante la carta de fecha 19 de mayo de 1944, dirigida a la Empresa por el Presidente del Concejo, el Personero y el Alcalde, en que se refieren a la propuesta de promesa de venta de las empresas de luz y energía radicadas en Cali y Palmira, debían considerarse canceladas las anteriores en cuanto se relacionaban con lo ubicado en Cali únicamente, porque tal comunicación contiene la última y definitiva propuesta formulada, y, por ende, la resolución del Alcalde, que se circunscribe a lo de Cali, es nula por falta de formalidades previas.

Se observa:

El hecho de que la última carta comprendiera las instalaciones de ambos Municipios, no excluye, ni siquiera implícitamente, la vigencia de lo referente a lo de Cali sólo. Porque, como tantas veces se ha dicho, la Compañía desechó desde el primer momento la posibilidad de considerarlas separadamente, y entonces el Municipio bien pudo pensar, como lo expresa, en un entendimiento con Palmira o con el Departamento del Valle para una negociación conjunta, entre ellos por una parte, y la Compañía por otra, sin que en manera alguna —se repite— ni virtual ni expresamente, resulte de la comparación de todas las comunicaciones, abandonada por el Municipio la idea de adquirir las plantas instaladas en su propia jurisdicción.

Funda lo segundo en varios razonamientos, así:

“De otro lado, tanto el Concejo Municipal de Cali como el Tribunal sentenciador aceptan que la empresa de que se trata es una **sola** y que, es **intermunicipal**. Pero parten del supuesto gratuito de que no es imposible la desconexión de los elementos que la integran, situados unos en Cali y ubicados otros en Palmira.

“Siendo esto así, cabe preguntar: ¿qué ley o cuál norma suprema de equidad autorizan al Cabildo o al Alcalde de Cali para decretar a su arbitrio la **división de una empresa**, como la de la Compañía Colombiana de Electricidad, en dos o más porciones independientes, para adquirir una de éstas?

“Si el Municipio de Cali fuese siquiera copartícipe de la referida empresa, podría pedir y obtener la división de ella; pero siempre que los bie-

nes que la integran “puedan partirse materialmente sin que su valor desmerezca por su fraccionamiento...”, según el artículo 1134 del Código Judicial.

“De suérte que ni aun siendo comunero puede una persona pretender la partición material de una cosa, si esto hace desmerecer su valor. Y, de todos modos, jamás es el propio comunero quien decreta la partición. Y esto es lo que han hecho los representantes del Cabildo de Cali con la empresa eléctrica perteneciente a la Compañía, no sólo contra todo derecho, sino faltando al compromiso adquirido con ella a virtud del contrato celebrado desde 1929, en el cual se estipuló que la Compañía no estará obligada en ningún tiempo a vender, traspasar ni enajenar, sino por convenio escrito entre las partes”.

“Sobre este particular, dije al H. Consejo de Estado en memorial anterior: “Por otra parte, admitiendo que los artículos 24 y 25 de la Ley 126 de 1938 consagren para los Municipios la facultad de expropiar las empresas de energía eléctrica, tal facultad no puede entenderse en el sentido de llegar al absurdo de desmembrar o separar las partes que las constituyen o integran, para limitar la expropiación a una de tales partes, que es lo que pretende hacer el Municipio de Cali en su propio perjuicio, con la empresa eléctrica de la Compañía Colombiana de Electricidad y con enorme quebranto de los intereses legítimos de ésta.

“La racional interpretación y aplicación de tales preceptos legales, tiene que ser entonces la de que la adquisición o municipalización por el sistema de expropiación, no puede ser parcial sino total. Y es que el texto de la ley lo manda así, cuando al declarar “de utilidad pública la adquisición por la Nación, los Departamentos o los Municipios, de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, las de teléfonos y las de acueductos, destinadas a prestar servicio público”, especialmente con el artículo definido LAS, se refiere a la integridad de ellas, ya que el artículo definido “en nuestra lengua sirve... para indicar que se trata de toda una clase de objetos que se supone conocida”, como autorizada-mente lo explica don Andrés Bello.

“Y es sabido que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, como lo enseña el artículo 28 del C. Civil, y que cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

“Y si se aplican los artículos 24 y 25 de la Ley 126 de 1938 en sentido distinto del indicado aquí, habría que convenir en que la misma interpretación es procedente cuando se trata de acueductos o empresas telefónicas intermunicipales y que, por tanto, un Municipio puede expropiar la parte de tales empresas que se encuentre dentro de su jurisdicción, sin tener para nada en cuenta la otra parte de la misma empresa ubicada en el otro u otros municipios, sin consideración a las complicaciones de orden práctico, a la destrucción inútil de riqueza pública que semejante proceder tan insensato acarrearía, con detrimento del servicio público en los Distritos beneficiados y con injustificable perjuicio para las empresas expropiadas que verían desintegrado su equipo industrial y rota la unidad de dirección y administración de la empresa”.

Se considera:

El Cabildo y el Alcalde de Cali se fundaron, sustantivamente, en la Ley 126 de 1938, como tantas veces se ha repetido, para promover la expropiación. Porque la adquisición de las empresas de energía eléctrica fue declarada de utilidad pública, y porque corresponde a los Concejos Muni-

cipales dictar las providencias necesarias para obtener la municipalización de tales empresas, formas éstas que lleven consigo el derecho a expropiar consagrado por la Constitución, cuando dice que podrá haberlo por motivos de utilidad pública definidos por el legislador. Entender las cosas de otro modo, sería dejar sin sentido la declaración de utilidad pública consignada en el artículo 24 de dicha ley.

Ahora bien, si el hecho de que una empresa cualquiera se extienda a varios Municipios, con instalaciones en todos ellos, interconectadas y formando un solo sistema, para derivar su mayor prosperidad de los servicios prestados y de la colocación de sus productos en todos ellos, fuera óbice para que cada uno en particular, por razones de utilidad pública a favor del respectivo grupo social que constituye la unidad municipal, pudiera obtener por medios jurídicos reconocidos lo que necesitan para el bien común de sus habitantes, caería por su base el principio constitucional en cuya virtud el interés privado deberá ceder al interés público o social.

Y no se diga que los otros municipios podrían sufrir perjuicio, porque ellos, a su turno, cuentan con los mismos medios jurídicos para lograr el fin público que les compete. Ni mucho menos en el caso de autos, cuando lo que se alega es precisamente el perjuicio del Municipio que ha intentado la expropiación, porque se la estima inútil, y no el de Palmira, en cuya jurisdicción están las plantas de mayor generación de energía. Quedaría, en resumen, únicamente la consideración del daño que se dice sufre la Compañía con el fraccionamiento, pero, en primer lugar, el interés de ésta debe ceder al del Municipio, y, en segundo, no puede decirse que haya lesión ninguna, desde luego que la indemnización está prevista por el Constituyente, y ella significa resarcir, dejar indemne, esto es, libre y exento de daño.

Tampoco podría compararse el caso de expropiación de una parte de un bien, con el de división de bienes comunes, para concluir que si ésta sólo puede obtenerse cuando ellos pueden partirse materialmente en porciones sin que su valor desmerezca por el fraccionamiento, por tanto, con aquélla debe suceder lo propio. Porque, sencillamente, en las particiones juegan intereses privados, al paso que las expropiaciones son de orden público, y ya se expresaron al principio siquiera algunas de las bases sociales en que descansa la institución que autoriza las últimas: es el bien de la comunidad, es la utilidad pública, es el interés social, calificados ante todo por el legislador en virtud de delegación del constituyente, y luego por la entidad de derecho público a la cual se le hayan conferido los respectivos derechos.

Que las palabras de la Ley 126 de 1938, al declarar de utilidad pública la adquisición de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, se refieren a la integridad de ellas, al total y no a una de sus partes? Aunque esto fuera así, tomado literalmente —que no lo es, porque la ley se refiere a los elementos que la respectiva entidad pública necesite, requiera para sus propios servicios— es lo cierto que, según aparece de autos, la Compañía adquirió primeramente las unidades o plantas de Cali (1928) y posteriormente (1930) hizo la adquisición de las de Palmira, y para prestar mejor servicio a los dos Municipios, optó por interconectar o unir entre sí, por medio de una línea de transmisión de la corriente eléctrica, tendida entre Cali y Palmira, las referidas plantas o unidades eléctricas de entrambos Municipios.

Si esto es así, si la planta de Cali funcionó independientemente por algún tiempo, no puede afirmarse que sean imposible, ni práctica ni ju-

ridicamente, su desconexión actual de las plantas de Palmira, esto es, volviendo las cosas al estado anterior, con prescindencia de la línea de transmisión de que se ha hablado.

A este propósito, quizás no esté fuera de lugar un ejemplo, entre muchos que pudieran darse: en Bogotá existían dos o más empresas productoras de energía eléctrica, cada una con sus equipos correspondientes, y por uno u otro motivo que no viene al caso precisar aquí, decidieron fusionarse en una sola, bajo la denominación de Empresas Unidas de Energía Eléctrica. Pues bien: si ahora resolvieran aquéllas volver a su antigua independencia, qué razones de orden jurídico pudieran impedirselo? Y las que se presentaran de orden práctico seguramente serían allanadas a pesar de cualesquiera interconexiones o líneas de relación existentes.

Se alega también por la Compañía que de conformidad con la Ley 113 de 1928 y su decreto reglamentario número 155 de 1931, obtuvo del Gobierno nacional una concesión que está vigente, por la cual se la facultó para aumentar la capacidad de la planta Nima No. 1; para construir la Nima No. 2 (ésta por el servicio de Cali): para usar las aguas del río Nima y ocupar el cauce del mismo; para ocupar vías nacionales de uso público, y para ejecutar otras obras y ejercer otros derechos, según la resolución número 41 de 1933 del Ministerio de Industrias; que en cumplimiento de contrato celebrado con el Gobierno nacional, éste le hizo concesiones relativas al uso de las aguas del río Cali y del río Meléndez, por medio de resoluciones del Ministerio de la Economía Nacional; y que según esas leyes y resoluciones, las concesiones dichas no pueden ser traspasadas a ninguna persona o entidad, sin previa autorización del Gobierno, y, además, tales concesiones imponen a la Compañía obligaciones de cuyo cumplimiento no puede ser exonerada sino por el Gobierno.

Se observa:

Si las concesiones no pueden ser traspasadas sin autorización del Gobierno, dentro de la prohibición no puede quedar incluido el medio *sui generis* de la expropiación, por lo mismo que éste supone, necesariamente, la utilidad pública declarada por el legislador, contra la cual el Estado no podía tener la voluntad de hacer otorgamiento de aquéllas, sino todo lo contrario: se propone con ellas el mejoramiento de los servicios públicos, dándole facilidades a la empresa para el logro de esa finalidad. Pero entre las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, a quienes no puede traspasarse la concesión, no pueden quedar comprendidas las entidades de derecho público que gozan del derecho de hacer expropiaciones con el propósito de superar a los particulares en el perfeccionamiento de aquellos servicios. Se comprende que los traspasos a entidades o personas privadas, por contratos libremente celebrados, necesiten de la autorización del Gobierno, el cual no la otorgará sin previo estudio de todas las circunstancias, a fin de cerciorarse de si el presunto adquirente está en capacidad de mejorar los servicios —único punto de vista del Estado al respecto— o por lo menos mantenerlos como los venía prestando el transmitente; pero no los que se hagan a entidades de derecho público, tanto más cuando obran no por convención sino por el otro medio que la Constitución y las leyes les reconocen, según está demostrado. Tal parece que la misma Compañía lo entendió así, cuando manifestaba en la forma que lo hizo su disposición de negociar con el Municipio la totalidad de las plantas de Cali y Palmira.

Y si las mismas concesiones imponen a la Compañía obligaciones de

cuyo cumplimiento no puede ser exonerada sino por el Gobierno, mediante el traspaso por la expropiación, el Municipio como causahabiente se subrogaría en los derechos y se sustituiría en las obligaciones que su causante tiene en la actualidad relativamente a los bienes traspasados. Y si el Estado —aunque el Municipio es parte integrante de él— le exige jurídicamente el cumplimiento de ciertas prestaciones, estará en el caso de asumir la posición que le competa. Lo propio puede decirse, en general, del contrato de que habla la demanda en su ordinal 11.

En cuanto a la convención existente entre el Municipio y la Compañía, consignada en la escritura que se otorgó en la Notaría 2ª del Circuito de Cali, con fecha 30 de agosto de 1928, bajo el número 1680, se arguye que con los actos acusados se violan varias de sus cláusulas, una de ellas la marcada con la letra b), cuyo artículo 8º prevé que “la Compañía no estará obligada en ningún tiempo a vender, traspasar, ni enajenar, ni a título gratuito ni a título oneroso, ni sus bienes ni sus negocios, ni tampoco estará obligado (sic) en ningún tiempo a dar mayor participación en sus negocios y ganancias, que la que se establece en el artículo 22 (veintidós) de esta cláusula, ni se modificarán los contratos vigentes, ni el presente, sino por convenio escrito entre las mismas partes”.

Se hace mención especial de esta estipulación, por referirse a la no enajenación a ningún título de los bienes, o mejor, a que la Compañía no estará obligada a hacerla, por cuanto si por este aspecto no existe la violación de normas superiores, por ejemplo, del artículo 1602 del Código Civil, tampoco la habrá de ninguna otra, por las siguientes razones:

Es claro que tal estipulación carecería de sentido si no hubiera estado, al menos en el pensamiento de la Compañía, la idea de premunirse contra una posible expropiación ulterior, porque, desde luego nadie puede estar obligado a enajenar sus bienes, ni menos a título gratuito, contra su voluntad. Pero, aunque la solución que le da el Tribunal a este punto en el sentido de declararse incompetente para estudiarlo, en virtud de la prohibición contenida en el artículo 73 de la Ley 167 de 1941, no fuera acertada, lo evidente es que los principios de derecho universal consagrados expresamente en nuestro Código Civil, según los cuales (artículo 15) podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia; y (artículo 16) no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres, se oponen abiertamente, si tal fue la intención de los contratantes, a la renuncia por el Municipio del derecho constitucional y legal de expropiar, que es de orden público y por causa de utilidad también pública. Por otra parte, las mismas doctrinas de la Corte que el demandante cita en apoyo de su tesis al respecto, sirven para desvirtuarla. Porque es bien sabido que la Nación, lo mismo que los Departamentos y los Municipios, ostentan doble carácter: el de simples personas jurídicas de derecho privado, en el cual están sometidas, lo mismo que los particulares, al cumplimiento de las obligaciones que contraigan, de tal manera que no pueden por sí solos desconocer en ninguna forma, unilateralmente, las convenciones que celebren de acuerdo con las leyes civiles; y el de entidades de derecho público, carácter en el cual pueden proceder en ejercicio del derecho de imperio para mandar y obligar a los administrados. Por eso, por medio de la estipulación transcrita, en que aparece el Municipio como simple contra-

tante, no podía renunciar a la institución de orden público de que se trata, erigida en pro de la comunidad.

En resolución: al principio de este estudio se plantearon dos proposiciones fundamentales, consistentes la primera en saber si al Municipio de Cali le asistía derecho para dictar por medio de su Concejo y de su Alcalde, las providencias que han sido materia de la acusación; y la segunda en examinar si, al obrar así, el mismo Municipio había llenado las formalidades legales y tenido en cuenta los factores que la ley y los hechos determinaban para llevar a cabo la medida de la expropiación a que tales actos se contraen. Las demás cuestiones suscitadas se apreciaron allí como una consecuencia de lo que apareciera demostrado relativamente a los dos puntos principales expuestos. Y como del estudio que se ha hecho resultan éstos establecidos, se impone la confirmación del fallo recurrido. No obstante, se han examinado aquí otros problemas secundarios que llevan a la conclusión de que en la determinación del Municipio no se incurrió en abuso ni desviación de poder, ni se violaron, por consiguiente, las normas cuyo quebranto se indicó en la demanda. Porque si existía el derecho y se llenaron las formas propias para ejercitarlo, es preciso reconocer la juridicidad de los actos acusados.

Resta sólo considerar lo relativo a costas, base de la apelación interpuesta por el Municipio.

Al respecto, el Consejo acoge lo dicho por su Fiscal en el concepto de fondo:

“Por lo que hace a la solicitud del Personero sobre condenación en costas al actor, dado el carácter de estas controversias ante la jurisdicción administrativa, donde aun en el contencioso de plena jurisdicción por encima de los intereses de las partes se halla siempre la legalidad o ilegalidad en abstracto, de un acto o una operación administrativa; fuera de que en el presente caso, siendo el asunto discutible y no pudiendo afirmarse que el querellante careciera absolutamente de fundamento para intentar la acción, el elemento **temeridad** no aparece ostensible”.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en un todo con el concepto del señor Fiscal, **confirma** la sentencia apelada.

No se hace especial condenación en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Carlos Rivadeneira G. — Gustavo A. Valbuena. — Guillermo Hernández Rodríguez. — Gonzalo Gaitán. — Jorge Lamus Girón. — Guillermo Neira Mateus. — Gabriel Carreño Mallarino. — Luis E. García V., Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

Consejo de Estado. — Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón)

En escrito presentado el 4 de agosto del año pasado, el Dr. Hermann Meyer L., obrando como apoderado especial de la señora Milena de Steuer, pidió al Consejo que declarara nulas las resoluciones de fechas 22 de junio de 1944 y 15 de enero de 1945, dictadas por la Dirección General de la Policía Nacional, y la número 637 por la cual el Ministerio de Gobierno confirmó las dictadas por la misma Dirección General de la Policía Nacional.

Como hechos de la demanda expuso: que a fines de 1939, algunos miembros de la familia Steuer, de nacionalidad checoslovaca constituyeron en Bogotá los almacenes que luego se denominaron “Tía S. A.”; que para el servicio de estos almacenes, los miembros de la familia Steuer trajeron a Colombia algunos empleados especializados en esa clase de negocios, quienes ya habían trabajado en empresas similares de dicha familia en Europa; que según las disposiciones vigentes en ese entonces para la inmigración de extranjeros, las personas de nacionalidad extranjera para entrar a Colombia debían constituir un depósito inmigratorio; que los miembros de la familia Steuer, en su calidad de patronos, cumplieron este requisito para los ciudadanos extranjeros que llegaron a Colombia como empleados de los almacenes “Tía S. A.”; que entre estos empleados, llegó al país, en diciembre de 1939 el señor Isy Neumann Solomonovici, de nacionalidad rumana, y el depósito inmigratorio de este extranjero fue constituido por la señora Milena de Steuer, mujer del actual accionista y gerente de “Tía S. A.” señor Carlos Steuer, así: la señora de Steuer entregó en 27 de noviembre de 1939 al Banco Francés e Italiano para la América del Sud, agentes en Bogotá de la “Italia S. A. Di Navigazione”, un cheque por valor de \$ 2.000.00, girado a la orden de The National City Bank of New York, Sucursal de Bogotá; mediante carta de esa misma fecha dirigida al Banco Francés e Italiano, la señora de Steuer ordenó a este establecimiento bancario destinar la referida suma de \$ 2.000.00 al pago del depósito de inmigración correspondiente al señor Isy Neumann; el Banco Francés e Italiano trasladó dicha cantidad a su representantes en Buenaventura, señores Carlo Pagnamenta y Cía. quienes la giraron luego a la Aduana de ese puerto, el 23 de diciembre de 1939, para cubrir el depósito inmigratorio correspondiente al señor Neumann, y cuando éste arribó al puerto a bordo del barco “Santa María” el 23 de diciembre de 1939, las autoridades aduaneras autorizaron la entrada del señor Neumann, expidiéndole el recibo del depósito; que el señor Neumann, una vez llegado a Bogotá entró al servicio de los almacenes “Tía S. A.” y trabajó en ellos hasta diciembre de 1942, en que se retiró de “Tía S. A.”, saliendo el 17 de diciembre mencionado del aeropuerto de Cali, con dirección a Lima; que en vista de los hechos mencionados, el segundo, gerente de la sociedad, don Camilo M. Steuer, solicitó del Director General de la Policía Nacional que ordenara la devolución del depósito de \$ 2.000.00 consignado en el año de 1939 por los fundadores de la compañía como depósito inmigratorio de su antiguo empleado señor Isy Neumann; que la Dirección General de la Policía Nacional por Resolución de 17 de febrero de 1943 ordenó la devolución del referido depósito al señor Camilo M. Steuer, y la misma Dirección General por Resolución de 19 de abril de 1943 modificó su anterior providencia en el sentido de ordenar que la devolución del depósito se hiciera a favor de la

señora Milena de Steuer, por haber sido ésta la verdadera depositante del mismo; que ésta última resolución se cumplió en todas sus partes y la Tesorería General de la República le pagó a la señora Milena de Steuer la cantidad de \$ 2.000.00 valor del depósito inmigratorio del ex-empleado señor Isy Neumann; que éste una vez terminada su jira por los países suramericanos, regresó a Colombia y por conducto de su apoderado, el doctor Jesús Rodríguez Medina, solicitó en 1944 a la Dirección General de la Policía Nacional que anulara su providencia de 19 de abril de 1943 y emplazara a la señora Milena de Steuer para que ésta constituyera nuevamente el depósito inmigratorio a su favor; que en vista de esta solicitud, la misma Dirección General dictó una nueva Resolución con fecha 22 de junio de 1944, por la cual revocó la dictada por el mismo Despacho el 17 de febrero de 1943 sobre pago al señor Camilo Steuer del depósito de inmigración del señor Isy Neumann y emplazó al mismo señor Steuer para que consignara la suma de \$ 2.000.00 en la Tesorería General de la República a favor del señor Neumann, por considerar que había obrado equivocadamente al ordenar devolver un depósito inmigratorio a persona distinta del titular del recibo respectivo; que aunque el señor Steuer solicitó reposición de la Resolución de 22 de junio de 1944, la Dirección General de la Policía con fecha 15 de enero de 1945 confirmó la del 22 de junio en cuanto revocaba la dictada el 17 de febrero de 1943, reformada por la de 19 de abril del mismo año, y corrigió la del 22 de junio de 1944 en el sentido de emplazar a la señora Milena de Steuer para que consignara en la Tesorería General los \$ 2.000.00 del depósito referido; que la señora de Steuer solicitó reposición de la Resolución del 15 de enero de 1945, la que le fue negada, pero en cambio se le concedió recurso de apelación; que el Ministerio de Gobierno por Resolución número 637 de 1945 confirmó la providencia de la Dirección General de la Policía Nacional de fecha 22 de junio de 1944, corregida por la de fecha 15 de enero de 1945, y que la resolución ministerial fue notificada por edicto publicado en el Diario Oficial número 25865 de 19 de junio de 1945.

Como disposiciones legales violadas citó los artículos 15, 26 y 57 de la Constitución, 6º de la Ley 4ª de 1913, 77, 78 y 79 de la Ley 167 de 1941, 2240, 2241, 2245, 2246, 2251, 2252, 2253, 2257 y 2258 del Código Civil y 35 del Decreto 1790 de 1941, en el concepto de que, al tenor del artículo 35 del decreto precitado, la señora de Steuer tenía el carácter de interesada para el efecto de poder solicitar y obtener la devolución del depósito, que ella y no el señor Neumann había constituido para que este extranjero pudiera entrar a la República como empleado de los almacenes "Tía S. A.", y que las leyes señalan el procedimiento para que los funcionarios públicos puedan enmendar o corregir los errores por ellos cometidos, como son el de una solicitud de reposición oportunamente interpuesta y, en caso de ser negada recurso de apelación ante el superior jerárquico y luego recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa, una vez agotada la vía gubernativa, pero que sin que el señor Neumann hubiera interpuesto recursos de ninguna clase contra la resolución de la Policía Nacional de 19 de abril de 1943, no se ve cómo el Director General hubiera podido anularla, más de un año después de ejecutoriada y cumplida.

El doctor Meyer pidió en la misma demanda la suspensión provisional de los actos acusados, la que fue decretada por el Consejero sustanciador en auto de 21 de agosto del año pasado, con base en las siguientes consideraciones:

"Por Resolución de 17 de febrero de 1943, la Dirección General de la Policía Nacional ordenó devolverle al señor Isy Neumann Solomonovici el depósito de inmigración por valor de \$ 2.000.00 conforme al recibo número 2354 de 23 de diciembre de 1939. Por Resolución de 19 de abril de 1943, la misma Dirección General repuso la anterior en el sentido de ordenar que el depósito de los \$ 2.000.00 mencionado fuera entregado a la señora Milena Steuerova, por cuanto dicha señora había comprobado que era ella quien había consignado el depósito según certificación de la Compañía Italia S. A. Di Navigazione, cuyos agentes en Bogotá son el Banco Francés e Italiano, documentos que desglosados se han acompañado a esta demanda. Posteriormente la misma Dirección General de la Policía por Resolución de 22 de junio de 1944 revocó la suya de 17 de febrero de 1943 y emplazó al señor Kamil Michael Steuer Diamont para que consignara en la Tesorería General de la República y a favor del señor Isy Neumann los \$ 2.000.00 del depósito inmigratorio. Solicitada reposición la Dirección por Resolución de 15 de enero de 1945 corrigió la suya del 22 de junio, en el sentido de confirmar la Resolución de ésta última fecha, en cuanto revoca la Resolución de 17 de febrero de 1943, reformada por la de 19 de abril del mismo año, y de emplazar a la señora Milena Steuerova o de Steuer para que consigne la suma de \$ 2.000.00, valor del depósito inmigratorio, a favor del señor Isy Neumann Solomonovici.

"Como se ve, las Resoluciones de 17 de febrero y 19 de abril de 1943 aparecen ejecutoriadas y, por tanto, no podían ya ser revocadas por la misma Dirección General de la Policía Nacional que las había dictado, menos si se tiene en cuenta que la revocación tenía por objeto resolver como lo hizo, esto es, sobre la propiedad del depósito de los \$ 2.000.00 que la Dirección General de la Policía había aceptado como probada en favor de la señora Milena de Steuer".

Como bien lo anota el señor Fiscal, se ha pretendido alegar que ni la Resolución de 17 de febrero, ni la de 19 de abril de 1943 le fueron notificadas al señor Neumann; pero se observa que según certificación corriente al folio 34, el doctor Jesús Rodríguez Medina, obrando como apoderado del señor Neumann, con fecha 7 de septiembre de 1943 presentó un memorial solicitando que se emplazara a la señora de Steuer para que devolviera los \$ 2.000.00 correspondientes al depósito inmigratorio, lo que significa, de conformidad con el artículo 321 del Código Judicial, que la notificación se entiende surtida, por haberse manifestado la parte como conocedora de la providencia.

La certificación aludida, suscrita por el Jefe y Secretario de la Sección de Extranjeros dice en lo pertinente:

"Que con fecha 7 de septiembre de 1943, el doctor Jesús Rodríguez Medina, obrando como apoderado del señor Neumann, presentó un memorial pidiendo se emplazara a la señora Milena de Steuer para que, en un término corto, devolviera los \$ 2.000.00 correspondientes al depósito inmigratorio del señor Neumann a las arcas nacionales; que por medio de oficio número 1786-E, de 26 de abril de 1943, se transcribió al señor Tesorero General de la República la Resolución de fecha 19 de los mismos mes y año, por medio de la cual se ordenaba la entrega a la señora Milena Steuerova de Steuer, del valor del depósito inmigratorio del señor Neumann".

Esta certificación comprueba que el doctor Rodríguez Medina era conocedor de las providencias de fechas 17 de febrero y 19 de abril de 1943, que dispusieron devolverle a la señora de Steuer el valor del depósito.

El Consejo acoge hoy con carácter definitivo los conceptos que prima facie fueron expuestos en el auto que decretó la suspensión provisional de los actos acusados, y, en consecuencia, habrá de desatar el juicio en consonancia con las peticiones de la parte actora.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, DECLARA NULA la Resolución número 637 de fecha 28 de mayo de 1945, por la cual el Ministerio de Gobierno confirmó la providencia de 22 de junio de 1944, corregida por la de 15 de enero de 1945, dictadas éstas por la Dirección General de la Policía Nacional en relación con el depósito de inmigración constituido para permitir la entrada al país del extranjero Isy Neumann, y en consecuencia, las Resoluciones de fechas 17 de febrero de 1943 y 19 de abril del mismo año, modificatoria ésta de aquélla, continuarán en vigor.

Cópiese, notifíquese, Comuníquese al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente. Se habilitará el papel común empleado.

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

PENSIONES Y RECOMPENSAS

Consejo de Estado. — Bogotá, abril ocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón)

En libelo presentado el 3 de octubre del año pasado, el doctor Pedro Sánchez B., obrando como apoderado de los cónyuges José Cortés y Trinidad Rojas de Cortés, pidió al Consejo que declarara nula la Resolución número 642, de fecha 28 de mayo de 1945, por la cual el Ministerio de Gobierno confirmó la marcada con el número 93, de fecha 22 de enero del mismo año, dictada por la Dirección General de la Policía Nacional, que negó a los poderdantes el derecho a recibir de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, la indemnización extraordinaria que habían demandado en su calidad de padres legítimos del agente de policía Luis Alvaro Cortés Rojas.

Como hechos de la demanda expuso el doctor Sánchez B.: que el agente Cortés Rojas falleció en la noche del 12 de octubre de 1944, estando al servicio de la Policía Nacional y por causa de tal servicio; que reclamada por su poderdante la indemnización o recompensa extraordinaria a que creían tener derecho conforme al inciso 1º del artículo 21 del decreto 475 de 1938, la Dirección de la Policía solamente le reconoció el valor de la recompensa ordinaria, o sea el valor de 12 meses de sueldo, señalado para los agentes que fallezcan al servicio de la Policía Nacional, cuando el fallecimiento no sea por causa de tal servicio; que apelada la Resolución de la Dirección de la Policía, el Ministerio de Gobierno la confirmó por la número 642 acusada; que el agente Cortés Rojas falleció por causa del servicio, cumpliendo con su deber en el servicio de vigilancia, según la orden del día de la VII División de fecha 13 de octubre de 1944, suscrita por el Capitán Comandante de la Unidad Alberto R. Terán; que ni la Dirección de la Policía ni el Ministerio, al dictar las resoluciones cuya anulación se demanda, tuvieron en cuenta la orden del día referida, que constituye plena prueba de que el agente Cortés falleció prestando servicio de vigilancia, y que dichas resoluciones están en desacuerdo con los hechos sucedidos.

Citó como disposiciones violadas, el Decreto número 475 de 1938 y sus concordantes.

El sustanciador, por auto de 25 de octubre del año pasado se abstuvo de dar curso a la demanda por cuanto según informes del Secretario de la Corporación, el doctor Pedro Sánchez B., no figuraba como abogado inscrito; pero como dicho abogado se hubiera inscrito en esa misma fecha, su demanda fue admitida por providencia de 31 del mismo mes.

Ahora el señor Fiscal es de parecer que la acción ejercitada por el doctor Sánchez B. está prescrita, porque en la fecha del 31 de octubre en que se admitió su demanda habían transcurrido ya más de los cuatro meses de que habla el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, puesto que el 4 de junio de 1945 se notificó al doctor Sánchez la Resolución Ministerial número 642, que puso fin a la actuación administrativa.

Dijo el Consejo en la exposición de motivos del proyecto de ley que es hoy el Código de lo Contencioso Administrativo lo que en seguida se copia:

“Se fija un término, contado desde la notificación o publicación del acto o desde la ejecución del hecho u operación administrativa correspondiente, para que pueda invocarse válidamente la acción dirigida a obtener el restablecimiento de un derecho que se considere lesionado por

la Administración, en cualquiera de las formas en que su actividad se manifiesta en la gestión de los servicios públicos.

“Desde luego es muy natural que quien sufre la lesión concreta de un derecho tenga expedita la vía que le procure su restablecimiento. Pero como esta facultad no ha de ser indefinida en el tiempo había que señalar un plazo para que se exteriorice y se haga valer con las fórmulas legales, y así se entiende que el silencio o la inacción hacen presumir una renuncia o abandono del derecho a pedirlo”.

Pero cuando ocurre, como en el caso contemplado, que de parte de los interesados no ha habido ese silencio o inacción que dé lugar a presumir la renuncia o el abandono del derecho, sino que por el contrario, ocurrieron oportunamente a demandarlo ante tribunal competente, sin que el sustanciador pudiera dar curso a la demanda respectiva porque el abogado que la presentó no se había inscrito en la Secretaría del Consejo, pero suplió esta omisión un día antes de la fecha en que fue notificado del auto que no admitía la demanda, no considera el Consejo que sea el caso de declarar prescrita la acción por causa de abandono o inacción, tanto más cuanto que la demanda fue admitida en las circunstancias expresadas, lo que significa que se trata de una cuestión precluida en el proceso.

Entrando al fondo del negocio, se tiene que la Dirección General de la Policía Nacional por Resolución número 93 de 22 de enero de 1945 negó a los cónyuges José Cortés y Trinidad Rojas de Cortés la indemnización extraordinaria que demandaban por causa de la muerte de su hijo legítimo Luis Alvaro Cortés Rojas, agente fallecido en el servicio de la Policía Nacional, y únicamente les reconoció la cantidad de \$ 1.056.00, equivalente a los sueldos de 12 meses. Para negar el derecho a la indemnización extraordinaria, se fundó la Dirección de la Policía en que del informe rendido sobre la muerte del agente Cortés Rojas, no aparecía plenamente establecido que el fallecimiento hubiera ocurrido en actos del servicio y por causa de éste, ya que su muerte no acaeció cuando ejecutaba un acto inequívoco del servicio y, por otra parte, no era prudente anticipar un juicio definitivo sobre las circunstancias que rodearon el acontecimiento, mientras la justicia ordinaria no esclareciera suficientemente los hechos.

El Ministerio encontró fundadas estas razones y, en consecuencia, confirmó lo resuelto por la Dirección General de la Policía Nacional.

El informe en que se basó la Resolución de la Dirección de la Policía, se resume así:

“El extinto Cortés Rojas fue dado de alta como alumno aspirante a agente en la Escuela de Policía “General Santander” el 28 de febrero de 1944 y, de baja, del cargo de agente de la VIII División, “por defunción” el 13 de octubre de 1944 (folio 9°).

“La muerte del agente se halla legalmente acreditada con la partida civil de defunción (folio 12) y, según la constancia oficial que se encuentra a los folios 13, 13 v. y 14, ocurrió de la siguiente manera: “Cuarto turno del 12 de octubre de 1944. Jefe de Turno Teniente 2° Eduardo Guerrero Córdoba. Informes: Muerte de un agente. 11 y 55 p.m. El Teniente 2° Eduardo Guerrero Córdoba, informa lo siguiente: A las 11 y 50 p.m., después de haber nombrado los servicios correspondientes al cuarto turno de vigilancia, di parte al señor Oficial de servicio, Teniente 1° Julio C. Flórez Caldas, con el objeto de sacar el personal a prestar sus servicios. Una vez retirado el personal a sus respectivos puestos, me dirigí en compañía del Teniente 2° Jorge Saavedra, Jefe del Tercer Turno

de vigilancia, al permanente del norte, cuando sentimos un ruido como disparo. Inmediatamente corrimos hacia el lugar donde se había producido la detonación y al llegar a la carrera 13 con calle 39, vi agonizando (al herido) y de su cuerpo chorreaba una gran cantidad de sangre. El herido fue conducido al Permanente del Norte y allí se le practicaron los primeros auxilios y el Practicante de turno dispuso, en vista de la gravedad de la herida, que fuera trasladado a la Clínica de Peña. Momentos después comunicaban telefónicamente que el agente herido acababa de fallecer. La víctima respondía al nombre de Luis A. Cortés, placa número 1636 y pertenecía a la 1ª Sección. Según la minuta de vigilancia, Cortés había sido nombrado en la Avenida 39 número 15-35, casa del doctor Darío Echandía, puesto número 49-E. Al mismo puesto se nombró también al agente Pedro Miguel Franco, placa número 1645, perteneciente a la 1ª Sección. El personal del cuarto turno, de acuerdo con las órdenes anteriores, salió a prestar su servicio con fusil. Luis A. Cortés llevaba el fusil número 1657 y Pedro Miguel Franco el número 1667. El dragoneante Rafael Castelli, quien había llegado al lugar del suceso con anterioridad, encontró a Franco tratando de levantar a su compañero. El agente Cortés tenía su fusil colgado del brazo y el fusil de Franco, número 1667 se encontraba tirado en el suelo, con los mecanismos abiertos. Castelli pudo comprobar que con este fusil se acababa de producir el disparo, pues en el almacén de los cartuchos sólo se encontraban cuatro cartuchos y poco después y a dos metros poco más o menos, de donde se encontraba una charca de sangre, encontró una vainilla. El fusil de Franco, fue llevado al Permanente del Norte, conforme se le encontró; asimismo fue conducido el agente Franco para que explicara cómo ocurrió el suceso. Este manifestó lo siguiente: Que al llegar junto al agente Cortés, quien se dirigía a la casa del doctor Darío Echandía, Cortés le preguntó que por qué se había retrasado e inmediatamente le exigió le entregara su fusil, entablándose entre los dos una pequeña lucha, que en este instante se le soltó el fusil a Franco y que al choque contra el pavimento se produjo el disparo e inmediatamente caía el agente Cortés”.

La Dirección de la Policía y el Ministerio de Gobierno han conceptualizado que de este informe no aparece que el agente Cortés Rojas hubiera recibido la muerte por causa del servicio, ya que corresponde a la justicia ordinaria, al investigar las responsabilidades del agente Franco, establecer si se trata de un homicidio causado en la lucha que él manifestó que tuvo con el agente Cortés, o si se trata de un homicidio casual.

El demandante pide que se anulen los actos acusados y que se reconozca a los padres del agente fallecido la recompensa extraordinaria, fundándose en el siguiente informe:

“Subdirección General. VIII División. Bogotá, octubre 13 de 1944. Artículo 1201 de la Orden del Día de esta Unidad. El Comandante de la División lamenta profundamente la trágica muerte del agente Luis Alvaro Cortés Rojas, ocurrida anoche mientras cumplía con su deber en el servicio de vigilancia. El Comando hace llegar a los padres y demás familiares del agente Cortés la expresión del sincero pesar del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Unidad. Alberto Rueda Terán, Capitán Comandante”.

También hizo traer como prueba copia íntegra del informe atrás en parte transcrito y al cual pertenecen los siguientes párrafos:

“El señor Alfonso Peñaranda, cédula de ciudadanía número 2721090 de Bogotá, 22 años de edad, domiciliado en la Calle 81 número 8-88 y que actualmente desempeña el cargo de Secretario de la Revista de la

Policía, transitaba en el momento del suceso por la calle 39 entre carreteras 13 y 14, él sintió la detonación y al mirar se dio cuenta que a pocos metros de donde se encontraba acababa de caer un agente y que otro trataba de sostenerlo. Este señor manifestó también que no oyó ninguna discusión entre los dos agentes ni vio ninguna otra cosa. El señor Juez, el Practicante de turno y su Secretario, se trasladaron a la Clínica de Peña a verificar el levantamiento del cadáver. A esta diligencia asistí acompañado del Dragoneante Castelli. El cadáver presenta una herida perforante, causada por proyectil de guerra, el cual penetró más o menos por el segundo espacio intercostal derecho, dos dedos por dentro del esternón y salió por el cuarto espacio intercostal izquierdo, por fuera de la columna vertebral. El capote de paño del agente Cortés, no presenta en el lugar por donde penetró el proyectil ningún tatuaje, ni señales de quemadura lo que hace ver que el disparo se produjo a distancia”.

Los documentos que se dejan transcritos llevan al Consejo a la conclusión de que el agente Cortés Rojas sí inurió en actos del servicio y por razón de éste, y que, en esa virtud, los padres del occiso tienen derecho a la recompensa extraordinaria que han demandado como indemnización por la pérdida de su hijo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, declara NULA la Resolución número 642 de fecha 28 de mayo de 1945, por la cual el Ministerio de Gobierno confirmó la número 93 de fecha 22 de enero del mismo año, dictada por la Dirección General de la Policía Nacional, que negó a los padres legítimos del agente Luis Alvaro Cortés Rojas el derecho a la indemnización extraordinaria que demandaron y sólo les reconoció el derecho a una indemnización ordinaria, y en cambio reconoce a favor de los cónyuges José Cortés y Trinidad Rojas de Cortés, el derecho a recibir de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, por una sola vez, y la mitad para cada uno de ellos, la cantidad de dos mil ciento doce pesos (\$ 2.112.00), equivalente al sueldo de 24 mensualidades, a razón de \$ 88.00 que devengaba el agente Luis Alvaro Cortés Rojas al tiempo de su fallecimiento, en lugar de la de \$ 1.056.00, equivalente al valor de 12 mensualidades que les fue reconocida por las resoluciones anuladas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente. Se habilitará el papel común empleado.

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

RESOLUCIONES MINISTERIALES

Consejo de Estado. — Bogotá, nueve de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón)

El señor Bernardo Izquierdo T., por conducto de su apoderado doctor Gustavo Hollmann Restrepo, en escrito presentado el 2 de abril del año pasado, pidió al Consejo que declarara nulas las Resoluciones números 13, de 15 de enero; 198, de 6 de junio, y 380, de 25 de octubre, todas del año de 1944, dictadas por el Ministerio de Minas y Petróleos, y que como consecuencia de tal anulación se restableciera el derecho del poderdante, mediante las siguientes declaraciones, pedidas con el carácter de principales:

“a) Que la Resolución número 358 del Ministerio de Minas y Petróleos, de 1º de diciembre de 1943, que falla sobre una propuesta que formuló el doctor José J. Gómez R., para contratar la exploración y explotación de metales preciosos en un trayecto del cauce y riberas del río Cauca “en jurisdicción del Municipio de Zaragoza, del Departamento del Cauca”, no surte efectos que permitan considerar retirada la propuesta admitida al mismo doctor Gómez por el Ministerio por Resolución número 73 de 10 de septiembre de 1940 (expediente número 238), para explorar y explotar los metales preciosos en un trayecto del río Cauca (lecho y riberas), “en jurisdicción del Municipio de Caucasia, del Departamento de Antioquia”.

“b) Que se anule la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944, que admitió otra propuesta del mismo doctor Gómez R., para explorar y explotar los metales preciosos de la misma zona a que se refiere la propuesta admitida por Resolución número 73 de 10 de septiembre de 1940 (expediente número 238) al mismo doctor Gómez R., porque para dictar la referida Resolución número 13, el Ministerio de Minas y Petróleos fundamenta su providencia en que está considerada retirada la anterior propuesta del mismo ya citado doctor Gómez R., en virtud de los efectos de la Resolución número 358 en mención;

“c) Que son nulas las Resoluciones 198 y 380 de 6 de junio y 25 de octubre de 1944 respectivamente, del Ministerio de Minas y Petróleos, que rechazan mi oposición a la propuesta del doctor José J. Gómez R., admitida por la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944; y

“d) Que se rechace la propuesta presentada por el doctor José J. Gómez R. para explotar metales preciosos en un trayecto del cauce y riberas del río Cauca, en jurisdicción del Municipio de Caucasia del Departamento de Antioquia, admitida por el Ministerio por Resolución número 13 de 15 de enero de 1944”.

Expresó el demandante que para pedir estas declaraciones se basaba en los siguientes hechos, que apreciaba como suficientes:

1º—Que en memorial de 16 de mayo cuya copia acompañaba, había pedido al Ministerio de Minas y Petróleos que se estableciera la situación jurídica de la propuesta anterior del doctor Gómez R., —la del expediente 238—, porque la Resolución número 358 de 1º de diciembre de 1943 se refería a un trayecto del cauce y riberas del río Cauca, en jurisdicción del Municipio de Zaragoza, del Departamento del Cauca, siendo así que la propuesta admitida por el Ministerio al doctor Gómez R. mediante la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944 se refería a exploración y explotación de minas de metales preciosos existentes en el lecho del río

Cauca, en zona de la reserva nacional situadas a ambas márgenes del

mismo, en jurisdicción del Municipio de Cauca, Departamento de Antioquia, y que el Ministerio declara que por un error mecanográfico se citó el Departamento del Cauca en vez del de Antioquia y, sin darle mayor importancia a este error insiste en considerar que la Resolución número 358 es capaz de surtir efectos en la Resolución número 13 precitada, no obstante que la ley no contempla otros errores corregibles que los meramente aritméticos.

2º—Que la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944 pudo dictarla el Ministerio, porque consideró retirada la anterior propuesta del doctor Gómez R. sobre la misma zona de la reserva, expediente 238, apoyándose en la Resolución número 358 de 1º de diciembre de 1943, pero que como esta Resolución, o estuvo mal dictada, por adolecer de errores fundamentales en su parte resolutive, o se refiere a otra zona de la reserva, no surte efectos legales, y, consiguientemente el Ministerio no podía dictar la número 13 para admitir una nueva propuesta al doctor Gómez, ya que la zona “no estaba libre para contratar”, y así aparece el proponente doctor Gómez con dos propuestas sobre la misma zona: la que le fue admitida por Resolución número 73 de 10 de septiembre de 1940, y la admitida por la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944, violándose con este procedimiento el artículo 6º del Decreto 1343 de 1937 y los artículos 330 y 334 del Código de Procedimiento Civil; fuera de que para notificar personalmente la Resolución número 358 no se cumplió a cabalidad el mandato del artículo 74 de la Ley 167 de 1941, pues no se expresan en la diligencia los recursos que proceden por la vía gubernativa.

Dijo el demandante que si estos hechos no eran suficientes para que el Consejo hiciera las declaraciones pedidas como principales bajo las letras a), b) c) y d), solicitaba subsidiariamente que el Consejo hiciera estas otras:

“a) Que la Resolución número 358 de 1º de diciembre de 1943 produce efectos legales suficientes para considerar retirada la propuesta admitida al doctor José J. Gómez R. mediante la Resolución número 73 de 10 de septiembre de 1940 para explorar y explotar metales preciosos en un trayecto del río Cauca, “en jurisdicción del Municipio de Cauca” del Departamento de Antioquia.

“b) Que la frase **considérese retirada** que usa el Ministerio de Minas y Petróleos en la parte resolutive de su Resolución número 358 de 1º de diciembre de 1943, debe interpretarse en el sentido de que el interesado doctor José J. Gómez R., desistió de su propuesta (artículo 20 del Decreto 1343 de 1937).

“c) Que es improcedente la propuesta presentada por el doctor José J. Gómez R., el 10 de diciembre de 1943, a las dos de la tarde, porque no solamente fue simultánea sino anterior a la extinción de la anterior propuesta del mismo doctor Gómez, a que se refiere la Resolución número 358 de 1º de diciembre de 1943 del Ministerio de Minas y Petróleos.

“d) Que por medio de la Resolución número 358 de 1º de diciembre de 1943, el Ministerio de Minas y Petróleos declara que como el proponente doctor José J. Gómez R. no dio oportuno y cabal cumplimiento a sus obligaciones, “es por consiguiente el caso de aplicarle la sanción prevista” (la del artículo 20 del decreto 1343 de 1937).

“e) Que el no cumplimiento del doctor J. J. Gómez R. se contempla en perjuicios para el Fisco y para la economía nacional, porque como se desprende del contenido de la Resolución número 198, la zona solamente quedó libre para contratar cuando se notificó al mismo proponente an-

terior la Resolución número 358 precitada (no estuvo libre para contratar con otro, desde el 10 de septiembre de 1940 hasta el 14 de diciembre de 1943).

"f) Que la Resolución número 358 ha dejado establecida determinada situación jurídica entre el Gobierno, el doctor José J. Gómez R. y la zona de la reserva nacional de que desistió. Que esa sentencia está en firme y produce efectos legales.

"g) Que en el proceso de la propuesta de que desistió el doctor José J. Gómez R. (expediente 238) mediante la Resolución número 358, hubo oposición: la del señor Alfonso Ricaurte, y que dentro del juicio con el opositor, ocurrió el desistimiento del proponente Gómez.

"h) Que es nula la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944, del Ministerio de Minas y Petróleos, mediante la cual admite nuevamente propuesta al doctor José J. Gómez R. para contratar los metales preciosos de la misma zona a que se refiere la propuesta aceptada al mismo doctor Gómez mediante Resolución número 73 de 10 de septiembre de 1940, y de la cual desistió.

"i) Que son nulas las Resoluciones 198 y 380 de 6 de junio y 25 de octubre de 1944, respectivamente, del Ministerio de Minas y Petróleos, que rechazan mi oposición a la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944 de esa entidad mediante la cual se admite la segunda propuesta del doctor J. J. Gómez R., para insistir en contratar la misma zona de la reserva de que desistió al notificarse de la Resolución número 358 de 1º de diciembre de 1943, y por último,

"j) Que se rechaza la propuesta presentada por el doctor José J. Gómez R., para explorar y explotar las minas de aluvión de metales preciosos existentes en el lecho del río Cauca y las zonas correspondientes de la reserva nacional situadas a ambos márgenes del mismo, en jurisdicción del Municipio de Caucasia, Departamento de Antioquia, admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos, mediante Resolución número 13 de 15 de enero de 1944".

Apoyó su solicitud para que se hagan las anteriores declaraciones subsidiarias en los siguientes hechos:

"1º—El espíritu del decreto 1343 de 1937, es el de que lo que ocurre en el mismo día, es simultáneo: artículo 10 del decreto, y de los artículos 59, 60 y 61 del Código Político y Municipal. De autos consta que la nueva propuesta del doctor Gómez R., a que vengo oponiéndome, presentada por éste, el día 10 de diciembre a las 11 horas y 45 minutos de la mañana, ocurrió el mismo día en que el proponente se notificó de la Resolución número 358 que lo declaraba desistido de sus pretensiones a la misma zona. Aparentemente la presentación de la nueva propuesta y la notificación del desistimiento de la anterior, fueron actos simultáneos. En realidad no es así porque la nueva propuesta, admitida por la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944 fue presentada el 10 de diciembre de 1943 a las 11 horas y 45 minutos a.m. (porque se habló de horas) y la anterior propuesta, la del expediente número 238, la que fenecía mediante la Resolución número 358 notificada personalmente al desistente doctor Gómez, expiró o desistió a la media noche de ese mismo día 10 de diciembre, y los efectos de la Resolución número 358 en cita, empezaron a tener efectos legales después de la media noche de aquel día (porque se habló de días). Luego la nueva propuesta no solamente fue simultánea sino anterior en diez horas a la extinción de la propuesta anterior (la del expediente número 238). Viva estaba ésta, cuando se dio entrada a la nueva. El Ministerio no podía darle curso, y esa propuesta admitida

mediante la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944, es improcedente, porque se viola el artículo 6º del Decreto 1343 de 1937, el numeral 4º del artículo 330 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 334 del mismo. A las 11 horas y 45 minutos del 10 de diciembre de 1943, la zona no estaba libre para contratar. Después de las tres de la tarde aparece el doctor José J. Gómez R., ventilando ante el Ministerio, dos propuestas sobre la misma zona.

"2º—En su Resolución número 358 dice el Ministerio de Minas y Petróleos "...Claramente aparece del anterior informe que el proponente (se refiere al doctor Gómez) no dio oportuno cumplimiento a sus obligaciones....". Luego se le ha declarado en mora por su incumplimiento. Incumplimiento para con el Estado, que sancionó el Ministerio mediante la tantas veces mentada Resolución número 358. Pero si el H. Consejo aprecia el certificado de 1º de julio de 1944 del señor Secretario del Ministerio de Minas y Petróleos (folio 6 de las pruebas) se ha de sorprender al considerar que el proponente doctor Gómez, según el numeral cuarto "...En el lapso comprendido del 21 de mayo de 1942 al 17 de agosto de 1943, no promovió acción alguna, y por tanto merece las sanciones del artículo 364 del C. J. y siguientes sobre caducidad, e incurre también en las que señala el artículo 6º del Decreto 1343 de 1937".

"3º—El artículo 20 del decreto 1343 de 1937 ordena que se "estimaré que el interesado desiste de su propuesta", cuando no hubiere cumplido con las obligaciones que le imponen los artículos 19 y 20 del Decreto 1343 en referencia. A este respecto transcribe textualmente las frases del Ministro en su Resolución número 358 tantas veces citada: "...Claramente aparece del anterior informe que el proponente no dio oportuno y cabal cumplimiento a las obligaciones que en punto a la publicidad del extracto de su solicitud le imponían los artículos 19 y 20 del decreto 1343 de 1937, y es por consiguiente el caso de aplicar la sanción prevista en este último texto....". Luego los efectos legales que produce la Resolución número 358 que interpreta y obedece a lo ordenado en el artículo 20 del decreto, son los del desistimiento. En el momento de notificarse de la Resolución número 358, que lo declara desistido de la propuesta, el doctor Gómez declara que la consiente. Así, al aceptar el Ministerio de Minas y Petróleos la segunda propuesta del doctor Gómez, mediante su Resolución número 13 de 15 de enero de 1944, ha violado el artículo 20 del decreto 1343 de 1937, y los artículos 462 y 464 del Código de Procedimiento Civil.

"4º—Por el certificado de 1º de julio de 1944, del señor Secretario del Ministerio (pág. 6 v. de las pruebas) se constata que a la primera propuesta del doctor Gómez R. (la del expediente número 238) se opuso el señor Alfonso Ricaurte. Hubo pues, en el proceso de esa propuesta, litis; y aunque es cierto que la oposición del señor Ricaurte quedó desechada al considerar ejecutoriada la Resolución número 358 mediante la defectuosa notificación únicamente, no se cumplió en su totalidad con lo dispuesto en los artículos 74, 75 y 76 del Código Contencioso Administrativo, puesto que falta por notificar a Ricaurte. Y la Resolución número 358 sigue sin ejecutoriarse.

"5º—Pero como ya dije, si el H. Consejo declara que la Resolución 358 es legal y produce efectos, y estos no son otros que los de considerar que el doctor Gómez ha desistido de su primera propuesta, la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944 es ilegal, porque desconoce los mandatos de aquella (la 358) que prohíbe contratar la misma zona por quien desistió. El H. Consejo de Estado, en sentencia de 14 de septiem-

bre de 1937 (Anales XIX, Tomo XXXII, Nos. 257 a 282, página 770, dice luminosamente: "...El Gobierno en su función administrativa no puede modificar sus actos por resoluciones posteriores, cuando ellos han definido una situación jurídica concreta, personal u objetiva, es decir, cuando en el campo de las relaciones jurídicas ha surgido un legítimo derecho civil garantizado constitucionalmente por el principio general de la irretroactividad de las leyes. La ejecutoria de las resoluciones ministeriales es un principio de orden público que, al igual que la **res judicata** garantiza la tranquilidad y seguridad públicas contra la inestabilidad de los actos del poder central que confieren derechos....".

"6°—Dice el Ministerio de Minas y Petróleos en su Resolución número 198 de 6 de junio de 1944, (pág. 8 y v. de las pruebas), que, "dice el artículo 15 del decreto (se refiere al 1343 de 1937) que el Ministerio escogerá, (cuando hay varias propuestas) dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presentación de la primera propuesta, etc....". En este sentido ha de convenirse que el Ministerio rompió el término, puesto que la segunda propuesta la presentó el doctor Gómez, el 10 de diciembre de 1943, y le fue aceptada por Resolución número 13 de 15 de enero de 1944. No habían transcurrido treinta días hábiles, y por este aspecto, la Resolución en cita, violó el mandato del artículo 15 del Decreto 1343 de 1937".

Citó como disposiciones violadas los artículos 6° 10 y 20 del decreto 1343 de 1937; 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal; 330, 334 462 y 664 del Código Judicial; 74, 75, 76 y 282 del Código de lo Contencioso Administrativo y las demás disposiciones citadas en la demanda, para el caso de que el Consejo estimara válida la Resolución número 358; y para el caso de que esta Resolución no produjera efectos legales citó como violados el inciso último del artículo 432 y los artículos 203, 204, 471 y 483 del Código Judicial, el artículo 6° del decreto 1343 de 1937 y los artículos 74 a 76 y 282 de la Ley 167 de 1941.

El doctor José J. Gómez R., se constituyó opositor a la acción intentada y con su intervención se ha adelantado toda la actuación.

Producidas las pruebas que las partes consideraron conducentes a la demostración de sus tesis, y recogidos los alegatos presentados, se procede a dictar la sentencia que corresponde, agotada como está la tramitación peculiar de la instancia, y para ello se hacen las siguientes consideraciones:

El señor Fiscal de la Corporación en su vista número 61 es de parecer que el Consejo debe abstenerse de estudiar el negocio en el fondo por cuanto la acción ejercitada se halla prescrita. Esto mismo pide el doctor Gómez en su alegato de conclusión, fundándose en las mismas razones que antes había expuesto en el escrito por medio del cual recurrió contra el auto de admisión de la demanda.

Pero hay que tener en cuenta que antes de ser admitida la demanda, el actor en su libelo planteó la cuestión de la prescripción de la acción, alegando que, conforme al artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, él había introducido la demanda en tiempo hábil, y si entonces hubo de apreciarse este punto, síguese que la cuestión está precluida en el proceso y por tanto, no hay para qué volver sobre ella.

Resolución número 358 de diciembre 1° de 1943

En esta Resolución dijo el Ministerio de Minas y Petróleos que, aceptada la propuesta que el doctor José J. Gómez R. había presentado para



contratar la exploración y explotación de metales preciosos de la reserva nacional, aparecía del informe de la Secretaría General del Ministerio que el proponente no había dado oportuno y cabal cumplimiento a las obligaciones que en punto a la publicidad del extracto de su solicitud le imponían los artículos 19 y 20 del Decreto 1343 de 1937, y era, por consiguiente, el caso de aplicar la sanción prevista en el segundo de estos artículos, que enseña que el interesado deberá hacer las gestiones necesarias para la publicación y remisión de los pliegos de que trata el mismo decreto, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de la entrega por la Dirección General de Minas, y que "si dentro de este término no se hubieren hecho tales gestiones, se estimará que el interesado desiste de su propuesta". Y en tal virtud, el Ministerio resolvió lo siguiente:

"Considérase retirada la propuesta que formuló el doctor José J. Gómez R. para contratar la exploración y explotación de metales preciosos en un trayecto del cauce y riberas del río Cauca, en jurisdicción del Municipio de Zaragoza del Departamento del Cauca".

Esta Resolución le fue notificada personalmente al doctor Gómez R. con fecha 10 de diciembre de 1943, e impuesto firmó "manifestando que la consiente y renuncia el término de la ejecutoria".

Sostiene el doctor Hollmann Restrepo que dicha Resolución no surte el efecto legal de permitir considerar retirada la primera propuesta admitida al doctor Gómez, y para ello se funda en dos consideraciones, a saber: la primera, en que la Resolución número 358 habla del Municipio de Zaragoza del Departamento del Cauca, siendo así que el trayecto del cauce y riberas del río Cauca a que se refería la propuesta que se consideró reiterada ésta en jurisdicción del Municipio de Caucasia, del Departamento de Antioquia; y la segunda, que tal Resolución no está ejecutoriada, porque en la diligencia de notificación no se expresó de qué clase de recursos contra ella podría hacer uso el doctor Gómez, y porque no se notificó al señor Alfonso Ricaurte, quien había hecho oposición a la propuesta en referencia.

El Ministerio explica que por un simple error mecanográfico se escribió "Municipio de Zaragoza del Departamento del Cauca" en lugar de "Municipio de Caucasia, Departamento de Antioquia".

En sentir del Consejo, la errada referencia que se hace al nombre del Municipio a que pertenece el trayecto del río Cauca a que la propuesta se refería, carece de la importancia que quiere darle el demandante, porque versando la Resolución número 358 sobre imposición de una sanción al proponente de un contrato por no haber dado cumplimiento a determinadas disposiciones del decreto número 1343, ni siquiera era necesario expresar en la parte resolutive cuál era el municipio de ubicación del trayecto de la reserva nacional que se trataba de explotar, ya que ésta era una cuestión conocida de autos, puesto que la providencia se dictaba en el expediente número 238 referente a la propuesta que se ordenaba considerar retirada, y porque tanto el proponente como el Gobierno entendieron y aceptaron que dicha Resolución se refería a la zona objeto de la propuesta número 238, y porque de otras circunstancias se desprendería, inequívocamente, cuál era el trayecto de la mina de que se trataba, sin dejar campo para duda alguna.

Observa, si, el Consejo que han venido a la Corporación varias demandas de nulidad de resoluciones análogas a la de que ahora se trata, en contenciones suscitadas con motivo del cambio de nombres de los municipios y de los departamentos en las resoluciones que consideran retiradas las propuestas con motivo de incumplimiento de las obligaciones

que incumben a los proponentes, hecho que revela un inaceptable descuido de parte de los funcionarios del Ministerio, descuido a que ese despacho deberá poner el necesario correctivo, ya que ocasiona perjuicios a las partes contratantes, para no atribuirlo a propósitos culpables.

En lo que respecta a las objeciones que el demandante hace a la notificación hecha al doctor Gómez, cabe observar que no había lugar a hacerle advertencia alguna acerca de los recursos que podía interponer contra la Resolución número 358, porque éste no sólo consintió lo resuelto por el Ministerio sino que expresamente renunció el término de la ejecutoria, y no era el caso tampoco de notificarle tal resolución al señor Ricaurte por cuanto su oposición había sido desechada, según lo reconoce el mismo demandante, y no era, por tanto, parte en la actuación; esto sin tener en cuenta que, en todo caso, únicamente los señores Gómez y Ricaurte tendrían acción para reclamar contra cualquier defecto que en la notificación se hubiera incurrido con menoscabo de sus derechos.

De manera que el Consejo para pronunciar este fallo habrá de partir de la base de que la Resolución número 358, que consideró retirada la primera propuesta formulada por el doctor Gómez R., está debidamente ejecutoriada y debe surtir sus efectos legales.

Resolución número 13 de 15 de enero de 1944

La demanda del señor Izquierdo T. no acusa la Resolución número 358, ni podría acusarla por no tener acción para ello, dada su falta de interés jurídico, ya que ella se limita a imponerle una sanción al doctor Gómez R. por no haber dado cumplimiento a ciertas obligaciones que le incumbían como proponente. Es una resolución que no está *sub judice*.

Así pues, la demanda de nulidad versa sobre las siguientes resoluciones: a) La número 13 de 15 de enero de 1944, por la cual el Ministerio admitió la segunda propuesta de contrato presentada por el doctor Gómez R.; b) La número 198 de 6 de junio del mismo año, por la cual el Ministerio rechazó la propuesta formulada por el señor Bernardo Izquierdo T. para contratar la exploración y explotación de metales preciosos del mismo trayecto del cauce y riberas del río Cauca a que se refería la primera propuesta del doctor Gómez que el Ministerio consideró retirada por medio de la Resolución número 358, y c) La número 380 de 25 de octubre también de 1944, que confirmó la anterior.

Como se ve, el actor funda sus peticiones principales y subsidiarias en dos tesis que se contradicen, como son: que la primera propuesta del doctor Gómez está vigente, porque la Resolución número 358 que la consideró retirada, no podía surtir efectos legales, y que habiendo esta Resolución considerado retirada la primera propuesta del doctor Gómez no podía este proponente volver a hacer una propuesta de que había desistido.

Mas ya se dijo que la Resolución número 358 surtió sus efectos legales, y, en consecuencia, desde el momento mismo en que el doctor Gómez la consintió y renunció el término de la ejecutoria, el trayecto del río Cauca a que se refería la propuesta retirada quedó libre para que sobre él pudieran presentarse nuevas propuestas de exploración y explotación.

No encuentra el Consejo que tenga fundamento legal alguno la tesis sostenida por el demandante acerca de que la ejecutoria de la Resolución número 358 no se verificó desde el mismo momento en que el doctor Gómez renunció el término de la ejecutoria sino desde la última hora del día 14 de diciembre de 1943, pues es sabido que, por regla general, los tér-

minos para las notificaciones son de horas, transcurridas las cuales la notificación surte todos sus efectos, sin que para el caso contemplado la ley haya consagrado alguna excepción que deba tenerse en cuenta.

Tampoco existe ninguna disposición legal que prohíba admitir nuevas propuestas de contrato a quienes antes hayan presentado otras que el Ministerio ha considerado retiradas por no haber los proponentes llenado ciertas obligaciones que señalan los decretos pertinentes pero que puedan tener curso.

En el caso de autos aparece que la segunda propuesta presentada por el doctor Gómez comprende el mismo trayecto del cauce y riberas del río Cauca a que se refería la primera propuesta presentada por el mismo doctor Gómez; pero esta circunstancia no impedía que el Ministerio pudiera admitir la nuevamente formulada, sin que valga alegar que el desistimiento de la primera propuesta se tradujo en perjuicios para el Fisco, porque no siendo el doctor Gómez concesionario de la zona, sino simple proponente, mal podía hacer una explotación para que no estaba facultado, ni menos obligado en el trayecto minero pedido.

Arguye, sin embargo, el demandante, que la segunda propuesta presentada por el doctor Gómez el 10 de diciembre a las 11 y 45 minutos de la mañana, no solamente fue simultánea sino anterior a la extinción de la anterior propuesta del mismo doctor Gómez, considerada por el Ministerio como retirada por la Resolución número 358, de la cual en esa misma fecha se notificó el doctor Gómez, todo porque el demandante considera que la simultaneidad de que habla la ley dice relación a días y no a horas.

Es cierto que esta tesis del doctor Hollmann Restrepo encuentra apoyo 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”.

Pero el Consejo en múltiples fallos —y recientemente en el proferido en el juicio de nulidad de la Resolución número 14 de 1944, promovido por el doctor Gustavo Holmann Restrepo como apoderado del señor Gustavo Arbeláez y en que también fue opositor el doctor José J. Gómez R.— se ha abstenido de dar aplicación a esa disposición, por cuanto con ella el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria, estableciendo una norma nueva que no contemplaba la ley reglamentada y que antes bien la contrariaba, y así, en sentencia de 25 de julio de 1941 (de que fue ponente el Consejero doctor Carlos Rivadeneira G.) acogió los siguientes conceptos del Procurador General de la Nación:

“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 ordinal 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 momento en que se realiza la misma actividad, dentro de las unidades mínimas que por ser apreciables para la perceptibilidad humana se ha establecido para 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 si, pues, a los ojos de la ley una propuesta presentada en un momento dado tiene preferencia sobre otra que se presente después de ese momento, no es dable que el estatuto gubernamental, simplemente reglamentario de esa ley, desconozca o cercene aquella ordenación legal que no establecè limitación alguna en cuanto a los momentos o unidades de tiempo que constituyen un día”.

Siendo esto así, es claro que cuando el doctor Gómez presentó su segunda propuesta no coexistían dos propuestas sobre el mismo trayecto del río Cauca, puesto que la primera quedó retirada desde el momento mismo en que se ejecutorió la Resolución número 358, y que nada impedía que ese mismo día, pero después de renunciado el término de la ejecutoria de dicha Resolución, pudiera el mismo doctor Gómez presentar una segunda propuesta sobre el trayecto que ya estaba considerado libre para contratar.

Por estas consideraciones el Consejo llega a la conclusión de que no hay lugar a anular la Resolución número 13 de 15 de enero de 1944.

Resolución número 198 de 6 de junio de 1944

Por lo que respecta a esta Resolución, que rechazó la propuesta formulada por el señor Izquierdo, se hacen las siguientes consideraciones:

El Ministerio para no admitir la propuesta del señor Izquierdo sobre contrato para la exploración y explotación de metales preciosos en un trayecto del cauce y riberas del río Cauca que se superpone totalmente a la zona minera objeto de la propuesta hecha por el doctor Gómez el 10 de diciembre de 1943 y aceptada por Resolución número 13 de 15 de enero siguiente, tuvo en cuenta que el señor Izquierdo había presentado su propuesta el 16 de marzo de 1944, es decir, más de dos meses después de aceptada la segunda propuesta del doctor Gómez.

El demandante funda su petición de nulidad de la Resolución número 198 en la inadmisibilidad de la segunda propuesta hecha por el doctor Gómez; pero ya se dejó visto que esta propuesta fue legalmente admitida, y sólo resta agregar que lo resuelto por el Ministerio encuentra apoyo en el artículo 15 del Decreto 1343 tantas veces citado, que es del tenor siguiente:

“En caso de que se presenten varias propuesta sobre una misma zona, el Ministerio de Industrias y Trabajo (hoy de Minas y Petróleos) escogerá dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presentación de la primera propuesta con cuál de los proponentes debe adelantarse la tramitación del negocio, teniendo en cuenta el primer proponente, la calidad de los estudios presentados, las mayores ventajas que se ofrezcan a favor del Estado, la condición de propietario del suelo, la calidad de colono o cultivador, la capacidad financiera de los proponentes y la garantía en la eficacia de la explotación”.

Por consiguiente, si el señor Izquierdo formuló su propuesta mucho tiempo después de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de la primera, no era posible tenerla en cuenta en la escogencia a que se refiere el artículo transcrito, y, en esa virtud, la Resolución 198, que rechazó la propuesta del señor Izquierdo, resulta arreglada a la ley.

Resolución número 380 de 25 de octubre de 1944

El doctor Hollmann Restrepo solicitó del Ministerio que repusiera la Resolución número 198, fundándose en las mismas razones por las cua-

les había considerado inadmisible la segunda propuesta formulada por el doctor Gómez; pero como ya estas razones se han dejado atrás analizadas, no es el caso de volver sobre ellas, y sólo falta por analizar una nueva razón que se invocó en contra de la Resolución número 198, cual es la de que el Ministerio por la Resolución número 13 aceptó la segunda propuesta del doctor Gómez sin esperar a que transcurrieran los 30 días de que habla el artículo 15 del Decreto 1343 precitado. Pero se observa que dicho artículo no dispone que el Ministerio haga la escogencia después de los 30 días siguientes a la fecha de la presentación de la primera propuesta sino dentro de los 30 días siguientes, y el caso es que el doctor Gómez presentó su segunda propuesta el 10 de diciembre de 1943 y el Ministerio se la aceptó el 15 de enero de 1944 "cuando no existía ninguna otra propuesta de contrato sobre el mismo trayecto minero, pues ya se vio que el señor Izquierdo solamente formuló su propuesta el 16 de marzo de 1944, esto es, más de tres meses después de presentada la nueva propuesta del doctor Gómez.

De lo dicho se deduce que no hay lugar a anular ninguna de las tres resoluciones acusadas, ni consiguientemente, a hacer ninguna de las declaraciones encaminadas a obtener el restablecimiento del derecho, ni las principales ni las subsidiarias.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal, NIEGA todas las peticiones formuladas por el actor en este juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Minas y Petróleos y archívese el expediente. Se habilitará el papel común empleado.

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

JAME TORON VILLEGAS
DOMINION

RESOLUCIONES EJECUTIVAS

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

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón)

En escrito presentado el 1º de octubre del año pasado, el señor Fiscal de esta Corporación, debidamente autorizado por el Gobierno mediante Resolución número 134 de 21 de agosto de 1945, solicitó la revisión de la Carta de Naturaleza número 6 de 1939, expedida por el Presidente de la República al doctor Peter P. von Bauer; austriaco de nacimiento y actualmente residente en Chile.

Fundó la demanda en los siguientes hechos:

“1º—En la solicitud que elevó el señor Peter von Bauer al señor Ministro de Relaciones Exteriores, para obtener la Carta de Naturaleza cuya revisión impetro dijo lo siguiente:

“Debo agregar a su señoría que mi deseo de adoptar la nacionalidad colombiana surgió en mi ánimo desde hace largo tiempo, por los vínculos morales y materiales que me ligan desde mi juventud a este gran país... Sobra manifestar a su señoría que estoy dispuesto a jurar fidelidad a la República de Colombia y que ofrezco y prometo cumplir con todos los deberes y someterme a todas las obligaciones que me imponga el honroso carácter de nacional colombiano”.

“2º—En el memorandum **confidencial** encontrado en el archivo de la Legación de Alemania en Bogotá, suscrito por el señor Peter von Bauer en el año de 1941, documento que está en poder del Gobierno de Colombia por entrega que le hizo el señor Ministro de España, y que ha sido traducido oficialmente al español, se leen los siguientes apartes:

“Yo no deseaba obtener la nacionalidad colombiana ni había intereses personales que me obligaran a solicitarla; estaba sin embargo dispuesto a hacer esto si por ese medio podían ponerse a salvo intereses alemanes en Colombia, como sucedía en el caso presente; tenía sin embargo que pedir al Gobierno Alemán me diera la seguridad de poder volver a obtener la nacionalidad alemana en el momento en que los intereses (alemanes) en cuestión ya no exigieran esa medida de seguridad. Esto me fue prometido expresamente por el señor M. H., quien además se comprometió conmigo a hacer saber a las autoridades competentes que dicha obtención de la nacionalidad colombiana tendría lugar con el conocimiento y la aprobación del Gobierno Alemán.

“Al final de esta conversación, que revistió un carácter estrictamente oficial, convinimos con el señor M. H. en poner por obra el siguiente plan de operaciones:

“1) Regresar a Colombia vía Nueva York, con el próximo barco.

“2) Liquidar cuanto antes el conflicto de los pilotos.

“3) Entablar las gestiones para la obtención de mi nacionalidad colombiana.

“4) Preparar rápidamente la nacionalización de la Scadta, de acuerdo con la ley, a pesar de estar todavía pendiente el plazo.

“5) Llevar a cabo con mi participación personal la venta de las acciones de mayoría a un grupo de empresarios colombianos.

“A este programa trazado por nosotros dos me atuve hasta el estallido de la guerra que por entonces no podía preverse. Me queda todavía por hacer ver que aún después de tal fecha he obrado de acuerdo con dichos convenios”.

Y concluye así:

"Nadie podrá llevar a mal el que yo, después de 22 años de permanencia en los trópicos, desee regresar a Alemania para volver a obtener allá mi nacionalidad alemana de la que por desgracia me desprendí en vano.... Pero no tardará en llegar el día en el que el poderío alemán habrá de romper también en América las cadenas que aun hoy mantienen atados a los alemanes de ultramar. Sin embargo si mi actuación en Colombia ha contribuido ya para entonces a fortalecer el prestigio del nombre alemán después de la guerra mundial y el respeto por la labor de pionier llevada a cabo por los alemanes en un territorio de la técnica y tender además un sólido puente hacia felices realizaciones futuras en beneficio del Tercer Reich, entonces podré decir que he alcanzado el fin que desde el principio me propuse, entonces habrán logrado su coronación completa los duros años pasados en los trópicos".

"3º—Todo esto lo escribió el señor Peter von Bauer cuando ya había adquirido la nacionalidad colombiana, jurando hacer respetar la soberanía de este país y prometiendo renunciar absoluta y perpetuamente a todos los vínculos que lo ligaban a su nación de origen".

Expresó el señor Fiscal que de los hechos enumerados fluía claramente establecida la causal a) del artículo 22 de la Ley 22 Bis de 1936, en la cual se basaba para pedir la revisión de la Carta de Naturaleza del doctor von Bauer, por haber sido ésta expedida en virtud de documentos que adolecían de falsedad, pues las frases empleadas por dicho extranjero en la solicitud que hizo para obtener la nacionalidad colombiana, no fueron otra cosa que un simple artificio para ocultar la verdad de sus propósitos, que no eran otros que los de proteger en Colombia intereses alemanes, como ya se vio, y tender además, un sólido puente hacia felices realizaciones futuras en beneficio del Tercer Reich, después de la guerra mundial.

El demandante acompañó los documentos exigidos por el artículo 149 de la Ley 167 de 1941, o sean: copia de la Resolución por la cual el Gobierno lo autorizó para promover el juicio de revisión, el expediente original que sirvió de base para la expedición de la Carta de Naturaleza, y las demás piezas o documentos relacionados con el asunto y a que hacía referencia en la demanda.

Admitida ésta por auto de 8 de octubre del año pasado, se dispuso citar al interesado para que compareciera a ejercer su defensa, y, como no residiera en el país, se le citó por medio de edicto publicado en el Diario Oficial.

Durante el término señalado en el edicto, se presentó el doctor Humberto Gómez Naranjo como apoderado del doctor von Bauer, a contestar el traslado de la demanda promovida por el señor Fiscal, manifestando que se oponía a la revisión y negando los hechos y el derecho invocados en la demanda.

Respecto del primer hecho, negó que el doctor von Bauer al solicitar la Carta de Naturaleza hubiera procedido insinceramente y guiado por bastardos intereses.

Respecto del segundo, dijo que el doctor von Bauer no había escrito las frases que se le atribuyen, pues el memorandum de donde han sido tomadas es apócrifo y seguramente fraguado por los nazis de la Legación Alemana en Bogotá para dejarlo allí, de manera que fácilmente pudiera llegar a poder del Gobierno Colombiano con el deliberado propósito de causar serios perjuicios a su poderdante, a quien desde tiempo atrás los nazis habían hecho objeto de cruda persecución, no sólo por su ascendencia semita sino por sus características ideas democráticas.

Agregó que el doctor von Bauer nunca fue alemán ni se le hubiera permitido serlo, por ser sabido que poco después de la anexión de Austria al Reich Alemán, Hitler declaró que los austriacos de ascendencia judía no podrían ser ciudadanos alemanes.

Respecto del tercer hecho, contestó que no era cierto, pues el doctor von Bauer no había escrito nada contrario a sus sentimientos de colombiano por adopción y en todo tiempo había defendido los intereses de este país.

En cuanto al fundamento de derecho, expresó que el artículo 22 de la Ley 22 Bis de 1936 dijo que las Cartas de Naturaleza estaban sujetas a revisión en los casos siguientes:

a) Si se han expedido en virtud de documentos que adolezcan de falsedad;

b) Si los testigos cuyas declaraciones hizo valer el extranjero al solicitar la Carta de Naturaleza, faltaron a la verdad respecto de alguna o algunas de las circunstancias requeridas para obtenerla;

c) Si se descubriese que el extranjero nacionalizado había cometido en otro país, antes de radicarse en Colombia, algún delito que dé lugar a su extradición.

Dijo el doctor Gómez Naranjo que como el señor Fiscal fundaba su solicitud en la causal distinguida con la letra a), la revisión demandada carecía de todo fundamento, porque la Carta de Naturaleza no se expidió en virtud de documentos que adolecieran de falsedad, pues la falsedad de los documentos de que habla la ley, lo mismo que la de las declaraciones de los testigos presentados, necesariamente debían ser anteriores a la fecha de la expedición de la Carta, como así lo había sostenido el Consejo de Estado en sentencia de 11 de diciembre de 1939, en la que dijo:

"Para el Consejo es evidente, según resulta de las constancias procesales que la conducta del señor Szeerer no lo hacía acreedor ciertamente a la obtención de la nacionalización, y que, por el contrario, debía negársele. Pero una vez expedida y para los efectos de la revisión misma, esta Corporación tiene que ajustar su decisión al perentorio mandato de la ley que enumera de modo taxativo las causales por las cuales puede rescindirse aquella gracia una vez otorgada. De donde resulta que, a pesar de las múltiples irregularidades que se encuentran en la actuación administrativa, y de la serie de hechos imputados a Szeerer, todos los cuales contradicen a este sujeto como merecedor de la gracia de que se trata, es lo cierto que no puede ésta rescindirse por los motivos hasta aquí expuestos".

Agregó el doctor Gómez Naranjo que la carta fue expedida a favor de su poderdante en el mes de marzo de 1939, y el memorandum invocado aparece como del año de 1941, de manera que no es posible admitirlo como generador de falsedad de una actuación administrativa cumplida varios años atrás, sin que las intenciones puedan tomarse en cuenta como lo pretende el señor Fiscal, menos si las palabras aparecen contradichas por los hechos, ya que el doctor von Bauer no figuró como alemán en las diligencias administrativas, pues había nacido en Austria el 3 de diciembre de 1888 y residía en Colombia desde 1921.

Como el doctor Gómez Naranjo hubiera tachado de falsedad el memorandum a que pertenecen los párrafos que se citan en la demanda, solicitó la práctica de una inspección ocular sobre el original del documento que estaba en poder del Gobierno, para que por peritos grafólogos se estableciera la autenticidad de la firma del doctor von Bauer, mediante el cotejo con otras firmas de éste.

La diligencia de inspección se practicó el 2 de abril del año en curso, y los peritos grafólogos que al efecto fueron designados por las partes, doctores Miguel Aguilera y Pablo Emilio Jurado, rindieron sus dictámenes, y como no hubieran resultado de acuerdo, el sustanciador nombró tercero en discordia al doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

El perito Aguilera llegó a las siguientes conclusiones:

"1º—La firma que dice **Dr. P. P. v. Bauer** puesta al pie del folio 161 (memorandum original) fue ejecutada por la persona que firmó con el mismo nombre en los ocho documentos relacionados arriba.

"2º—Todas las firmas relacionadas atrás, salvo la que se menciona en la siguiente conclusión, fueron ejecutadas por una sola e idéntica mano.

"3º—La firma que dice **Dr. v. Bauer** escrita con lápiz verde de copia al pie de la carta fechada en Valparaíso el 3 de septiembre de 1941, no fue ejecutada por la mano de la persona a que se refieren las dos anteriores conclusiones.

"4º—Con excepción de la firma del memorandum de 25 de marzo de 1941 no hallamos ninguna otra donde al nombre le siguiese la denominación del título **Dr. Phil**".

El perito Jurado discrepó en parte del perito Aguilera y expuso en su dictamen:

"Memorandum de Barranquilla.—La firma que aparece al final de este documento ofrece una gran semejanza con las firmas que nos han servido para el cotejo como pertenecientes al señor Bauer, y sus elementos puramente gráficos son de una gran similitud con las firmas monografiadas o en forma de monograma o cifra que constan en los documentos antes mencionados. La única firma que no ofrece esta analogía es la puesta al pie del memorial dirigido al Ministro de Relaciones Exteriores (folio 21) en solicitud de la carta de naturaleza, firma que ya no sigue la forma de monograma, sino que presenta el nombre de **Peter P. von Bauer**. Hay una singularidad en la firma del memorandum consistente en que se le agregó en máquina de escribir el título de **Dr. Phil** seguido del nombre **Peter P. von Bauer**, modalidad esta que no aparece en ninguna de las otras firmas que hemos tenido a la vista.

"Carta de Valparaíso.—La firma que aparece al pie de esta carta está escrita con lápiz de color verde y dice **Dr. v. Bauer**. Esta firma no tiene puntos de semejanza por ningún aspecto con las otras firmas cotejadas, y podemos asegurar que, en nuestro concepto, tal firma es apócrifa.

"Como ya dije, la firma del memorandum ofrece en su grafismo, al menos aparentemente, una gran semejanza con las otras firmas cotejadas, por sus rasgos y forma monografiada o cifrada; pero tal semejanza no basta para afirmar categóricamente la autenticidad o legitimidad de la firma, ya que, aparte de los progresos a que hoy han llegado las artes gráficas y de imitación, concurren en este caso diversos factores relacionados con esa firma que sugieren dudas no despreciables, como paso a exponerlas:

"1º—El cable de la All American de Berlín está notoriamente mutilado. En efecto, el texto mismo del despacho está escrito en otro papel, al cual se le adhirió el membrete impreso de la compañía. La parte suplantada hace referencia a que el Ministerio de Aviación de Alemania no tiene la intención de seguir considerando la propuesta de Bauer. La duda consiste en que si se hizo esta maniobra para perjudicar a Bauer, no sería imposible que ocurriera lo mismo con respecto al memorandum y su firma.

"2º—Lo mismo pasa con el marconigrama de Valparaíso. El texto fue escrito en otro papel, al cual se le adhirió notoriamente como encabe-

zamiento el recorte o membrete impreso de la Compañía. El texto agregado se refiere al consabido Memorandum y a la venta de acciones. Este documento, por su forma irregular, sugiere también dudas no infundadas con respecto a la autenticidad del memorandum y su firma.

“3º—Dudas no menos serias con respecto a la autenticidad o legitimidad de la firma que corre al pie del memorandum sugiere la carta de Valparaíso, carta que por su contenido se ve que está relacionada con las declaraciones contenidas en el memorandum. Si la firma puesta al pie de la carta es sin duda alguna apócrifa, es decir que no es de Bauer, según ya se dijo, no está fuera de lugar la duda que tal maniobra suscita con respecto a la autenticidad de la firma del memorandum, que constituye el centro de las referidas maniobras”.

El perito tercero, doctor Peñaranda Arenas adhirió al dictamen del doctor Jurado.

Como el Fiscal solicitara que los peritos ampliaran o aclararan su dictamen, los doctores Jurado y Peñaranda Arenas expusieron en conclusión:

“La firma que dice Dr. P. P. Bauer puesta al pie del folio 161 tiene apreciables diferencias con la que fue puesta en la cédula de extranjería y en el pasaporte aludidos y por lo mismo negamos su identidad y **nos parece** que no fue ejecutada por la misma mano”.

Surtida la tramitación del juicio especial de revisión de cartas de naturaleza, de que tratan los artículos 149 a 156 de la Ley 167 de 1941, se procede a resolver lo que sea legal, y para ello se considera:

El artículo 22 de la Ley 22 Bis de 1936 señaló las causales por las cuales podía demandarse la revisión de las cartas de naturaleza expedidas por el Presidente de la República, causales entre las cuales se comprende la marcada con la letra a), referente al caso de que hayan sido expedidas en virtud de documentos que adolezcan de falsedad, causal ésta que es la invocada por el señor Fiscal en su demanda. Y el artículo 23 de la misma Ley expresó lo siguiente:

“Corresponderá al Consejo de Estado la revisión de cartas de naturaleza, pero sólo a solicitud del Fiscal, autorizado al efecto por el gobierno”.

Vino luego el decreto número 181 de 1942 (enero 29), “por el cual se dictan algunas disposiciones sobre extranjeros”, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el artículo 16 de la Ley 128 de 1941, y dispuso lo siguiente:

“Quedan suspendidos los artículos 29 del decreto 1697 de 1936, 23 de la Ley 22 Bis de 1936, 6º del decreto 55 de 1940 y 5º del decreto 1205 de 1940”. (Diario Oficial número 24876).

El artículo 16 de la ley 128 citada revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942 para organizar la vigilancia de las actividades de los extranjeros en el país y para prevenir, con toda eficacia, cualquier actividad de nacionales o extranjeros que pusiera en peligro la seguridad pública o constituyera una evidente amenaza para la política internacional de Colombia, y el Gobierno, en uso de tales facultades, dictó el decreto 181 del mismo año, que dispuso en el parágrafo del artículo 1º que el Gobierno, previo concepto de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, podría sancionar, por medio de resolución ejecutiva a los nacionales colombianos por adopción a quienes considerara comprometidos en actividades contrarias al

orden público y a la seguridad nacional, con la suspensión de las cartas de naturaleza expedidas a su favor.

Fue el ánimo del Gobierno suspender la competencia del Consejo de Estado para la revisión de cartas de naturaleza, toda vez que el decreto número 181 establecía un procedimiento más drástico, como era el de la suspensión por medio de resolución ejecutiva; y en ejercicio de la facultad de que hablaba tal decreto, por medio de la Resolución número 16 de 13 de febrero de 1945 suspendió los efectos de la carta de naturaleza otorgada al doctor Peter P. von Bauer; pero demandada la anulación de tal resolución, así como la de fecha 17 de abril del mismo año, que confirmó la número 16, el Consejo de Estado las anuló por sentencia de 24 de julio del año pasado, basándose en que la Corte Suprema de Justicia por sentencia de 23 de mayo de 1945 declaró inexecutable el parágrafo del artículo 1º y el artículo 2º del decreto 181 de 1942.

En sentir del Consejo, aunque el artículo 9º del decreto 181 hubiera suspendido la vigencia del artículo 23 de la Ley 22 Bis de 1936, la competencia de esta corporación para conocer de los juicios de revisión de las cartas de naturaleza no puede negarse, desde luego que la establecen los artículos 149 y siguientes de la Ley 167 de 1941, que es posterior a la 128 del mismo año, en la que se basó el decreto 181, lo que significa que el legislador por la ley posterior limitó las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno, en materia de jurisdicción contencioso administrativa, como ya el Consejo lo ha expresado muchas veces.

Y siendo esto así, es del caso entrar a estudiar el fondo del negocio.

Es indudable que las causales de revisión de las cartas de naturaleza, señaladas en el artículo 22 de la Ley 22 Bis de 1936, son taxativas, lo que significa que el juzgador no puede extenderlas a otros motivos distintos de los contemplados en el claro tenor literal de la disposición. Esta sólo permite la revisión de las cartas en el caso del aparte a), cuando "se han expedido en virtud de documentos que adolezcan de falsedad". Al juicio se ha traído el expediente original que se aparejó para la nacionalización del doctor von Bauer, y ninguno de los documentos que lo constituyen ha sido tachado de falsedad. Esta sólo se pretende encontrarla en un memorandum confidencial firmado por Peter P. von Bauer en una fecha que es dos años posterior a la de la expedición de la carta de naturaleza cuya revisión se demanda. La ley sólo se refiere a la falsedad de los documentos que sirvieron de base para la expedición de la carta y de ninguna manera a los motivos íntimos que tuviera el extranjero para solicitarla: esos motivos bien pudieron no ser el afecto al país a donde ha emigrado, ni la aspiración al honor de ser colombiano, sino otros menos nobles, verbigracia, el deseo de eludir las persecuciones políticas y raciales del país de origen, el evitar las obligaciones y gravámenes que pesan sobre los extranjeros residentes, el gozar de los derechos y prerrogativas de la ciudadanía colombiana y tener acceso a los cargos o empleos públicos, el poder realizar determinados negocios lucrativos, y aún el servir mejor a los intereses de sus compatriotas establecidos en Colombia, etc. La ley no escruta la intimidad de los móviles del solicitante de la adopción, y solamente permite la revisión cuando para alcanzarla ha hecho el extranjero uso de documentos falsos para acreditar los requisitos exigidos por la ley para la expedición de la carta de naturaleza.

Declaraciones hechas con posterioridad por el extranjero nacionalizado sobre las verdaderas intenciones que lo guiaron para solicitar la carta de naturaleza, no son la falsedad en los documentos que sirvieron de base para la expedición de aquella, a que se refiere el aparte a) tán-

tas veces mencionado. Esto, aparte de que no podría decirse cuándo el nacional por adopción obró o habló sinceramente: si cuando expresó su voluntad de adoptar la nacionalidad colombiana y de renunciar a todo vínculo que pudiera ligarlo a cualquier otro gobierno, o si cuando después de obtenida la carta de naturaleza expresó que la había solicitado sin ánimo de hacer tal renunciamento, máxime si hay razones para pensar, como en el caso de autos, que el signatario del memorandum, en caso de ser suya la firma que lo suscribe, fue movido por el deseo de evitar las persecuciones de que estaban siendo objeto los austriacos de raza judía, y particularmente en el caso del doctor von Bauer, por su intervención en la nacionalización de la Scadta.

Pero hay más: aun admitiendo en gracia de discusión que el memorandum confidencial a que pertenecen los párrafos transcritos en la demanda del señor Fiscal y que le sirven de fundamento para solicitar la revisión de la carta de naturaleza expedida a favor del doctor von Bauer, fuera uno de esos documentos en que pudiera hacerse consistir la falsedad de que habla la Ley 22 Bis, resulta que dos de los peritos que practicaron el cotejo de letras emitieron el dictamen de que no podían afirmar categóricamente que la firma que aparece al pie del memorandum fuera la auténtica o legítima del doctor von Bauer. Y como el apoderado del demandado tachó de apócrifo tal memorandum, incumbía al demandante probar la autenticidad de la firma puesta al pie de dicho documento privado, como así lo dijo el Consejero sustanciador en el auto de 23 de marzo del año en curso, con invocación del siguiente concepto del doctor Luis Alzate Noreña en su tratado de **Pruebas Judiciales**:

“De modo que el procedimiento de falsedad es común a las dos especies de actos escritos. Hay, sin embargo, una diferencia, que se reduce a una cuestión de términos: que el documento público es impugnado por la querella de falsedad propiamente, mientras que el privado se impugna para la **verificación de él**; de donde resulta que el procedimiento en cuanto a la realización de las pruebas está invertido, porque el que impugna uno público, debe probar que es falso, ya que él por sí mismo es una **probatio probata**, una prueba realizada, mientras que el privado le corresponde **probar que es cierto a quien lo presenta**, porque no es más que una **probatio probanda**, o sea una prueba articulada. Falta decir que un documento privado puede estar reconocido o no; en el primer caso, aquel contra quien se presenta podrá limitarse a declarar que no lo reconoce, y hace así caer la incumbencia de la prueba sobre su adversario; en el segundo caso, a nuestro parecer (hay opiniones contrarias), a pesar del reconocimiento de la firma, la parte contra quien se presenta un documento privado debe tener siempre el derecho de proponer querella de falsedad contra el contenido del mismo, aunque no haya hecho reserva alguna en el momento de reconocerlo”.

Si pues, el señor Fiscal no ha comprobado que la carta de naturaleza expedida a favor del doctor Peter P. von Bauer lo hubiera sido en virtud de documentos que adolecían de falsedad, la demanda presentada no puede prosperar y necesariamente sus peticiones habrán de ser resueltas desfavorablemente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NIEGA** las peticiones formuladas por el Fiscal de la Corporación en este juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Relaciones Exteriores y archívese el expediente. Se habilitará el papel.

Carlos Rivadeneira G. — Tulio Enrique Tascón. — Gabriel Carreño Mallarino. — Gustavo A. Valbuena. — Jorge Lamus Girón. — Gonzalo Gaitán. — Guillermo Hernández Rodríguez. — Luis E. García V.,

CONSULTA

Señores Consejeros:

En oficio número 5588, de fecha 19 del mes en curso, el señor Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, formula al Consejo la siguiente consulta:

"Por instrucciones del Excelentísimo señor Presidente de la República, e invocando los preceptos contenidos en el Capítulo IV, Título II del Código Contencioso Administrativo, me permito someter a la consideración del H. Consejo algunas dudas que se han suscitado con motivo de la interpretación del artículo 6º del decreto número 1485, de 24 de junio de 1942, o, más exactamente, a propósito de su derogación o su vigencia, y solicitar, en nombre del Gobierno, su ilustrado concepto.

"La disposición aludida es de este tenor: "No será materia del arbitramento a que se refiere este Decreto el libre nombramiento del personal que corresponde a las empresas conforme a la Constitución y a las leyes vigentes". Si dijera, sencillamente: "No será materia de arbitramento el libre nombramiento del personal", ninguna duda presentaría su interpretación. Pero apareciendo esa disposición prohibitiva o restrictiva circunscrita al "arbitramento a que se refiere este Decreto", vale la pena examinar si tal restricción tiene algún sentido o si el arbitramento a que se refiere el decreto 1485 es todo arbitramento en conflictos colectivos de trabajo.

"Quizás no resulte impertinente, y antes contribuya a facilitar el estudio del problema, repasar las demás normas legales que regulan el mismo fenómeno:

"La Ley 21 de 1920, estableció, en su artículo 15, el arbitramento facultativo de los conflictos laborales: "Si las dos partes resolvieren someter su diferencia a arbitraje, cada una de ellas designará su árbitro, que puede ser escogido entre los conciliadores. Al instalarse el tribunal, nombrará el tercero en discordia para el caso en que no pudieren ponerse de acuerdo; y si no lo estuvieren para esta designación, será tercero el ciudadano que ejerza la primera autoridad política del lugar". En su artículo 22 hizo obligatorio el arbitraje en los conflictos que se presenten en determinadas actividades o empresas "a las cuales están ligadas la seguridad, la salubridad y la vida económica y social de los ciudadanos", pero sin establecer ninguna regla distinta de las del artículo 15 para la constitución del tribunal de arbitramento. No quedó, pues, previsto el caso (de imposible ocurrencia en el arbitramento facultativo, como es obvio, pero que puede presentarse en los arbitramentos obligatorios) de que una de las partes, o ambas, se nieguen a hacer la designación correspondiente.

"Este vacío fue llenado provisionalmente por la Ley 24 de 1940, cuya vigencia fue limitada hasta el 31 de octubre de 1941, en los siguientes términos: "Si en los conflictos colectivos de trabajo que se presentan en tales empresas (las de navegación por buques fluviales), **cualquiera que sea su origen**, no se llegare a un acuerdo directo entre las partes, son obligatorios los procedimientos de conciliación y arbitramento, previstos en la Ley 21 de 1920. En caso de renuencia de las partes o de una de ellas a someterse a la conciliación o al procedimiento arbitral, o si por cualquier causa no puede constituirse el tribunal, o constituido éste no sea posible acordar por mayoría una decisión, corresponderá dictar el fallo arbitral a un tribunal de tres miembros, designados por el Presidente de la República". Se ha subrayado la expresión "cualquiera que sea su origen", porque los antecedentes parlamentarios de la ley 24 mues-

tran que el entonces representante Rubén Jaramillo Arango propugnó que se adicionara su articulado con una disposición según la cual no podría ser materia de ese arbitraje la escogencia del personal, sugestión que la Cámara de Representantes no acogió y que, al contrario, fue motivo para que el texto del proyecto original se le introdujera la interesante frase subrayada. De todos modos, la Ley 24 de 1940 concibió un sistema arbitral complementario del de la Ley 21 de 1920 y, desde luego, distinto de él. En efecto: en el arbitramento de la ley 21, las partes escogen sus árbitros, y éstos al tercero; en el de la ley 24, el Presidente de la República los designa a los tres; en el de la ley 21, el fallo puede ser proferido por los dos árbitros de las partes, pues si están acordes no interviene el tercero; en el de la ley 24, forzosamente han de actuar siempre los tres árbitros. Nótese que, bajo el sistema de la Ley 21 de 1920, el fallo arbitral es una emanación de la voluntad, expresa o presuntiva, de las partes, hasta el punto de eliminarse el árbitro tercero cuando los dos principales llegan a un acuerdo, mientras que el procedimiento previsto en la ley 24 no toma en cuenta a las partes en conflicto y hace del laudo un acto de origen oficial.

"Habiendo dejado de regir la Ley 24 de 1940 desde el 31 de octubre de 1941, sin ser reemplazada por otro estatuto, el Gobierno se encontró en 1942 ante el mismo problema que el legislador de 1940 había tratado de evitar. Un nuevo conflicto en la navegación fluvial del río Magdalena puso otra vez en evidencia lo inadecuado de los instrumentos legales utilizables; una de las partes, los navieros, se negó a designar el respectivo árbitro, al paso que la otra se lanzaba a la huelga inconstitucional. Para lo primero, la Ley 21 de 1920, como ya se dijo, no brindaba ninguna solución; para lo segundo, las sanciones de esa misma ley (multas de diez a cien pesos) equivalían a la impunidad. Frente a tal situación, el Gobierno decidió aprovechar unas autorizaciones de carácter económico y financiero, y expidió el decreto 1485, cuyos considerandos se refieren a esos dos aspectos del problema y cuyas disposiciones se bifurcan en uno y otro sentidos. Vale decir: un grupo de sus normas se encamina exclusivamente a reglamentar el caso de que una de las partes, o ambas, se niegue a designar el árbitro correspondiente; otro grupo, a prevenir o a castigar severamente cualquier huelga o suspensión, transitoria o prolongada, general o parcial, en los servicios públicos de la navegación fluvial. El primero lo constituyen los artículos 1º, 2º y 6º y a él se refieren los considerandos 1º y 4º (segunda parte), 5º y 6º; el segundo, los artículos 3º, 4º, 5º y 7º, que se explican por los considerandos 2º, 3º y 4º (primera parte).

"El arbitramento a que alude el decreto 1485 de 1942 será cualquier arbitramento en conflictos de trabajo o, al menos, cualquiera de los que se presenten en conflictos en empresas de servicio público? Habiendo introducido dicho decreto el sistema arbitral de la Ley 24 de 1940, cuyas radicales diferencias con el arbitramento ordinario de la Ley 21 de 1920 ya quedaron enunciadas atrás, parece innecesario insistir en que el arbitramento a que se contrae el decreto 1485 tiene características que lo distinguen, más aún, lo contraponen al arbitramento de la legislación anterior.

"El decreto 2350 de 1944, primero, y la Ley 6ª de 1945, después, vinieron a regular el arbitramento de los conflictos colectivos en las empresas de servicio público, sustituyendo no solamente el arbitramento ordinario de la Ley 21 de 1920 para esa suerte de empresas, sino también el extraordinario del decreto 1485. "Los conflictos colectivos de trabajo

en los servicios públicos, que no se resuelvan por arreglo directo o por conciliación, serán sometidos al arbitramento de un tribunal especial integrado por tres miembros, designado uno por los trabajadores, otro por los patronos y el tercero por el Ministerio del ramo. En cualquier caso de morosidad o renuencia de las partes para la designación del miembro que les corresponde en los tribunales a que este artículo se refiere o para reemplazarlo cuando falte, el Ministerio del ramo procederá a hacer la designación correspondiente". El arbitramento de la Ley 6ª de 1945 es distinto del de la Ley 21 de 1920 en que siempre actúan los tres árbitros, aunque los dos designados por las partes lleguen a completo acuerdo, y en que el tercero es siempre de origen oficial. Y es también distinto del previsto en el Decreto 1485 en que las partes intervienen en la formación del tribunal y en que si una de ellas se niega a hacerlo, el Ministerio nombra por ella el árbitro, pero no los tres árbitros.

"No sobra anotar que una disposición como la restrictiva y prohibitiva del artículo 6º consultado, parece tener más fácil acomodo dentro de un sistema arbitral en el cual las partes no tienen ninguna intervención, que dentro de aquéllos en que las partes designan sus árbitros. Porque los árbitros no hacen más que sustituir la voluntad de las partes y su fallo no debe tener más restricción que la que las leyes imponen a la propia voluntad de los contratantes; si éstos pueden pactar limitaciones convencionales a la libre escogencia del personal, también los árbitros que esas mismas partes nombren podrán fallar sobre el mismo asunto. Pero esa misma sustitución de la voluntad aparece mucho menos clara cuando, como en el sistema del decreto 1485, es el Presidente de la República quien designa los tres árbitros, sin la menor consulta con las partes en conflicto.

"Al cabo de este análisis, puede preguntarse:

"1º—¿A pesar de que el artículo 57 de la Ley 6ª de 1945 sustituyó por otro el sistema previsto en el Decreto 1485 de 1942 para el caso de que una de las partes se niegue a designar el respectivo árbitro, continúan o no vigentes las normas de dicho decreto que se refieren a determinado procedimiento arbitral?

"2º—¿Cuáles de las disposiciones del aludido decreto 1485 siguen vigentes todavía, y cuáles han sido abrogadas o sustituidas?

"3º—¿El artículo 6º del decreto 1485 de 1942, en caso de que esté vigente, debe aplicarse a todo arbitramento en conflictos colectivos de trabajo, o a todo arbitramento en conflictos colectivos de trabajo en empresas de servicio público, o a todo arbitramento en empresas de navegación fluvial, o, por el contrario, sólo puede aplicarse a los casos en que los tres árbitros sean designados oficialmente, sin intervención de las partes?"

Para absolver el cuestionario que el Gobierno propone a la consideración del Consejo, habrá necesidad de estudiar la naturaleza del decreto número 1485 de 1942. Fue él expedido por el Presidente de la República, según se lee en el preámbulo, "en ejercicio de sus facultades legales y de las extraordinarias concedidas por la Ley 128 de 1941", lo que significa que tal decreto es de carácter extraordinario. El artículo 16 de la Ley 128 de 1941 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942, para tomar las medidas que fueran indispensables en el orden internacional o interno, para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericanas, de acuerdo con los compromisos anteriores de la Nación; para adoptar todas las medidas económicas y fiscales que fueran preci-

samente necesarias para conjurar un eventual desequilibrio fiscal, allegar los recursos que fueren indispensables para el normal funcionamiento de los servicios y empresas públicas, atender los gastos militares y de orden público y proveer al desarrollo de la producción nacional; para organizar la vigilancia, control y reglamentación de las actividades de los extranjeros en el país; para ejercer el control total o parcial de las empresas o entidades cuyo funcionamiento pueda afectarse por virtud de medidas tomadas en relación con ellas por los países beligerantes; para controlar el movimiento de fondos y cuentas de ciudadanos o entidades extranjeras y el de títulos o acciones pertenecientes a extranjeros; para proteger los intereses de los accionistas colombianos en sociedades que tengan su sede en países extranjeros; para reglamentar la entrada, permanencia y salida de los extranjeros y para prevenir cualquier actividad de nacionales o extranjeros que pusiera en peligro la seguridad pública o que constituyera una evidente amenaza para el desarrollo de la política internacional de Colombia.

Los términos en que está concebida la disposición no dejan duda que ella se refería a medidas de emergencia para atender a la situación creada por la guerra mundial, pensamiento que aparece más aclarado todavía en el párrafo 16 del mismo artículo, cuando reza:

“Es entendido que en el ejercicio de las facultades de que trata este artículo, no podrá el Presidente de la República autorizar al Gobierno para efectuar, con posterioridad al 20 de julio de 1942, actos o contratos no comprendidos dentro de la órbita constitucional ordinaria de las atribuciones del Órgano Ejecutivo”.

El Gobierno se consideró autorizado para dictar el decreto 1485 de 1942 con invocación de las facultades extraordinarias de que había sido investido por la ley 128 citada, exponiendo las siguientes razones que figuran en el preámbulo de dicho decreto y que son del tenor siguiente:

“1°—Que se ha presentado en los servicios de navegación fluvial un conflicto de trabajo de inquietantes proporciones, determinado por el hecho de que algunos empresarios se niegan a someterse a los procedimientos establecidos por las leyes para dar curso y resolver las peticiones de los trabajadores, y de que, contra lo que la Constitución dispone, se ha declarado una huelga en los servicios de navegación del río Magdalena;

“2°—Que el mantenimiento de la navegación fluvial normal, en las actuales condiciones internacionales, es esencial para la seguridad pública, para la defensa nacional, para la conservación del orden, y no sólo para el desarrollo sino hasta para el sostenimiento elemental de la producción nacional, y que su perturbación o suspensión traería consigo los mayores peligros de orden internacional e interno y causaría inmensos perjuicios a la economía colombiana, en momentos en que la creciente disminución del tráfico marítimo crea problemas cada día más agudos, que podrían tomar desastrosos caracteres por la repercusión que una huelga en las vías fluviales tendría sobre aquel tráfico, y cuando la movilización oportuna del café y de las materias primas que las industrias necesitan, y de los elementos requeridos por las obras públicas y privadas, tiene innegable urgencia y, al ser estorbada y paralizada, podría no sólo producir incalculables perjuicios a la industria, sino determinar crisis de desempleo que afectarían muy dolorosamente a los trabajadores y crearía al Fisco dificultades de todo género;

“3°—Que entre los problemas determinados por la guerra, el que tiene hoy en Colombia caracteres más agudos y peligrosos, y más perjudicial repercusión en su economía, es el de los transportes, y entre las

vías que los aseguran ocupa puesto esencial e insustituible la vía fluvial que liga al interior con el Atlántico, y que es deber imperioso del Gobierno el evitar cuanto impida que esa vía siga prestando a la Nación los servicios que ésta virtualmente necesita;

"4°—Que de conformidad con la Constitución Nacional y por constituir la navegación por buques fluviales un servicio público está prohibida la paralización de ese servicio con motivo de conflictos de trabajo, y que las disposiciones legales referentes a estos conflictos establecen concretamente la manera de estudiarlos y resolverlos, pero no contemplan eficazmente el caso de que una de las partes, o ambas, se negaren a someterse al procedimiento legal;

"5°—Que sería totalmente imposible que en estas circunstancias, en presencia de una huelga de caracteres inconstitucionales, y del rechazo de los procederes legales, se aceptara por la autoridad la continuación indefinida de un estado de cosas contrario al régimen legal existente y que sería causa de graves e irreparables daños para los intereses nacionales;

"6°—Que de conformidad con lo establecido por la Ley 21 de 1920, para la solución de los conflictos de trabajo son inexcusables los procedimientos de conversaciones directas y conciliación, y es obligatorio el arbitraje en los casos en que está prohibida la casación del trabajo colectivo, obligación que se funda en clarísimas razones de justicia, y es consecuencia lógica e inevitable de la prohibición de huelga, pues si no existiera esa solución, no habría manera alguna de resolver los conflictos de trabajo en los servicios públicos, y que existiendo un vacío en la legislación para que tenga efectividad plena lo que ella misma dispone en el particular, debe llenarse ese vacío y evitar los males muy graves de todo orden que él podría ocasionar...."

El tenor literal del artículo 16 de la ley 128, que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias *pro tempore*, y el espíritu que presidió a su expedición no permiten darle a dicha ley otro alcance que el de la adopción de medidas transitorias o de emergencia para solucionar los graves problemas creados por la conflagración mundial. De modo que no hay lugar a interpretar que ella facultara al Presidente de la República para modificar o derogar la legislación social preexistente en cuanto a la constitución de los tribunales de arbitramento y a la extensión de sus facultades.

El decreto número 1485 de 1942 claramente expresa en su preámbulo que las medidas que él contiene estaban encaminadas a solucionar los problemas que se habían creado en el río Magdalena por las huelgas que amenazaban el servicio de transportes, de manera que fue una medida dictada en vista de un caso especial. Otra cosa es que para atender a los requisitos constitucionales, el decreto hubiera tenido que dictarse con carácter general. Refiriéndose el Profesor León Duguít al requisito de la generalidad de la ley, emite el siguiente concepto, cuya cita es oportuna en el caso que se contempla:

"Este carácter de generalidad subsiste aun cuando de hecho no se aplique la ley más que una sola vez. La disposición dictada por vía individual se establece, en cambio, en atención a un caso determinado exclusivamente. Una vez aplicada, desaparece la ley, puesto que el propósito especial, concreto, exclusivo, para el cual se dictara, se ha realizado o se ha logrado ya".

En este mismo orden de ideas enseña Capitant:

"También, las leyes que han sido expedidas en virtud de circunstancias precisas, determinadas y cuya aplicación no debe, en la intención de

sus autores, durar sino un cierto tiempo, dejan de estar en vigor cuando las circunstancias han desaparecido.

“Es en esta medida solamente en la que es exacto decir con el adagio: *Cessante ratione legis, cessat lex ipsa*”.

Si pues, han cesado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para dictar la Ley 128 de 1941 y si el decreto 1485 de 1942 surtió ya sus efectos para las circunstancias precisas y determinadas que se tuvieron en cuenta para dictarlo, es forzoso, en concepto de vuestra comisión concluir que tal decreto ha cesado de regir, sin necesidad de estudiar la cuestión de hermenéutica que el señor Ministro plantea o sea si tal decreto ha quedado tácitamente abrogado por haber leyes posteriores reglamentando íntegramente la materia.

No sobra advertir que el decreto en referencia no es reglamentario de ninguna ley, no sólo porque así no se expresa en el preámbulo, sino porque en éste se afirma que los fines con que se expide no son otros que el de consagrar disposiciones que resuelvan casos no contemplados por las leyes vigentes, y es sabido que la potestad reglamentaria no va hasta permitir consagrar normas nuevas no contenidas en la ley reglamentada.

Los mismos términos de la primera cuestión que el señor Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social plantea en su oficio número 5588 resuelven la consulta, pues si es verdad —como efectivamente lo es— que el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 sustituyó por otro el sistema previsto en el decreto 1485 para la constitución del tribunal arbitral en el caso de que una de las partes se niegue a designar el respectivo árbitro, mal puede una disposición anterior prevalecer sobre otra dictada con posterioridad y no ya para un caso especial que surtió sus efectos sino con el carácter de generalidad que debe revestir toda ley.

Con relación a la pregunta que formula el señor Ministro acerca de si está vigente el artículo 6º del decreto 1485, que dice que no será materia del arbitramento a que se refiere este decreto el libre nombramiento del personal que corresponde a las empresas conforme a la Constitución y a las leyes vigentes, ella queda contestada en el concepto que emite vuestra comisión acerca de que ninguna de las disposiciones del decreto 1485 de 1942 se encuentra actualmente vigente.

Por lo expuesto termino proponiéndolos:

En contestación al oficio número 5588 a que se ha hecho referencia, transcribise al señor Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social copia del presente informe.

Bogotá, 26 de febrero de 1946.

Señores Consejeros.

Tulio Enrique Tascón

**ACLARACIONES DEL CONSEJERO DOCTOR GUILLERMO
HERNANDEZ RODRIGUEZ AL CONCEPTO EXPUESTO
EN LA CONSULTA ANTERIOR**

De conformidad con lo acordado en Sala Plena procedo a emitir por escrito mis observaciones en relación con el concepto del Consejo de Estado sobre interpretación de las disposiciones del decreto extraordinario número 1485 de fecha 24 de junio de 1942 en función de la Ley 6ª de 1945.

He compartido las conclusiones a que llegó el consejero ponente doctor Tulio Enrique Tascón pero por razonamientos distintos. Sintetizaré mis opiniones siguiendo el orden en que están formuladas las tres preguntas de la consulta del señor Ministro de Trabajo.

Primera pregunta

Consulta el señor Ministro:

A pesar de que el artículo 57 de la Ley 6ª de 1945 sustituyó por otro el sistema previsto en el decreto 1485 de 1942 para el caso de que una de las partes se niegue a designar el respectivo árbitro, ¿continúan o no vigentes las normas de dicho decreto que se refieren a determinado procedimiento arbitral?

Considero que la tesis administrativa sobre vigencia temporal de algunas disposiciones legales y reglamentarias se refiere a casos concretos que implícitamente llevan envuelto un término perentorio que una vez cumplido deja sin valor dichas normas. Tal es el caso por ejemplo de las leyes que se dictan con motivo de la conmemoración de fechas importantes como los aniversarios de fundación de las ciudades, de nacimiento de los próceres, etc., etc. Son leyes de esta naturaleza las que contemplan los tratadistas franceses al formular la tesis de la vigencia temporal de algunas disposiciones legislativas.

El decreto 1485 de 1942 es un decreto de carácter extraordinario y se refiere a conflictos de trabajo que por su naturaleza no son de rara ocurrencia pero que suelen presentarse como sucesos normales dentro de la organización económica y jurídica de la nación. El decreto está redactado en términos generales precisamente por su carácter extraordinario que le da obligatoriedad y fisonomía legal. Su vigencia es permanente como permanentes son las relaciones de trabajo que contempla.

Como consecuencia de las consideraciones anteriores el procedimiento arbitral previsto por el decreto 1485 de 1942 estaría vigente sino existieran disposiciones posteriores que lo hubieren modificado. Acontece que la Ley 6ª de 1945 es una especie de Código del Trabajo y es hoy la norma estatutaria fundamental en cuestiones sociales. La sección VII de dicha ley, sobre conflictos colectivos de trabajo, reglamentó en forma general todo lo relativo al procedimiento arbitral y sus disposiciones por ser más recientes en el orden cronológico deben aplicarse de preferencia a las normas contenidas en leyes o decretos extraordinarios anteriores.

Por las consideraciones que anteceden conceptúo que el artículo 1º del decreto extraordinario número 1485 de 1942 fue sustituido por el artículo 57 de la Ley 6ª de 1942.

De otra parte debo advertir que la interpretación dada por el Ministerio del Trabajo en la parte motiva de la consulta al artículo 1º del decreto 1485 de 1942 al asimilarlo a la Ley 24 de 1940 no se armoniza con las normas generales del derecho social que en materia de arbitramento en todas las legislaciones reconoce a las partes enfrentadas el derecho a designar sus árbitros con facultad de hacerlo el gobierno para el caso de negativa de alguno de los sectores en conflicto. El arbitramento en materias sociales no es el mismo que ocurre en materias civiles y comerciales ordinarias. La identidad de vocabulario no implica semejanza de origen ni de procedimiento. El arbitraje obligatorio en conflictos sociales va respaldado del imperio ejecutivo que le da su origen legal forzoso y desemboca en una especie de estatuto o de reglamentación que se impone sobre las partes con un carácter similar al de las obligaciones contractuales. Estas peculiaridades del arbitraje obligatorio implican en todas las legislaciones el reconocimiento de derecho de las partes de nombrar el árbitro que les corresponde, facultad que no les puede ser arrebatada sino exclusivamente en el caso de que una de las partes se niegue a

hacerlo. En tal evento y como medida práctica para que el arbitraje obligatorio funcione el gobierno puede designar ese perito pero no el de la otra parte que haya hecho oportunamente su nombramiento. Desde este punto de vista no encuentro yo divergencias de fondo entre la disposición sin vigencia del decreto 1485 de 1942 y la norma vigente del artículo 57 de la Ley 6ª de 1945.

Segunda pregunta

Consulta el señor Ministro:

¿Cuáles de las disposiciones del aludido decreto 1485 siguen vigentes todavía, y cuáles han sido abrogadas o sustituidas?

Del decreto 1485 de 1942 estarían vigentes las disposiciones que no hayan sido abrogadas o sustituidas por leyes posteriores. No está vigente, por ejemplo, el artículo 1º de dicho decreto porque fue sustituido por el artículo 57 de la Ley 6ª de 1942 que tiene el carácter de estatuto fundamental del trabajo en Colombia.

Tercera pregunta

Consulta el señor Ministro:

El artículo 6º del decreto 1485 de 1942, en caso de que esté vigente, debe aplicarse a todo arbitramento en conflictos colectivos de trabajo, o a todo arbitramento en conflictos colectivos de trabajo en empresas de servicio público, o a todo arbitramento en empresas de navegación fluvial? o, por el contrario, sólo puede aplicarse a los casos en que los tres árbitros sean designados oficialmente, sin intervención de las partes?

El artículo 6º del decreto de 1485 de 1942 a que se refiere esta pregunta dice así:

"No será materia del arbitramento a que se refiere este decreto el libre nombramiento del personal que corresponde a las emprsas conforme a la Constitución y a las leyes vigentes".

Desde el punto de vista formal esta disposición está vigente de acuerdo con la tesis general que he venido sosteniendo acerca de la no aplicabilidad en esta materia de la tesis administrativa sobre la vigencia temporal de ciertas leyes.

Pero acontece que dicha disposición se enfrenta al carácter reglamentario y semicontractual del arbitramento pronunciado por una entidad en que tienen representación igualitaria las dos partes en conflicto bajo el equilibrio que le imprime la intervención del árbitro tercero como representante del gobierno. Si un tribunal de arbitraje llega a referirse al nombramiento del personal no por esto el laudo que pronuncie estaría viciado de nulidad especialmente si así lo aceptaren los tres arbitradores. Toma su fuerza esta tesis del aspecto híbrido del procedimiento arbitral donde hay que verificar la presencia de una situación semicontractual al lado de su aspecto predominante de imperio ejecutivo reglamentario.

Dejo en el anterior escrito sintetizadas las opiniones que sostuve en la Sala Plena del Consejo de Estado al discutirse el concepto de esta en-

tividad sobre la consulta que le planteó el señor Ministro de Trabajo en relación con el decreto y ley mencionados.

Guillermo Hernández Rodríguez.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Bogotá, primero de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

En sesión la Sala Plena del Consejo aprobó por unanimidad, con las observaciones que anteceden hechas por el señor Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, el anterior informe.

Carlos Rivadeneira G. — Luis E. García V., Secretario.



hacerlo. En tal evento y como medida práctica para que el arbitraje obligatorio funcione el gobierno puede designar ese perito pero no el de la otra parte que haya hecho oportunamente su nombramiento. Desde este punto de vista no encuentro yo divergencias de fondo entre la disposición sin vigencia del decreto 1485 de 1942 y la norma vigente del artículo 57 de la Ley 6ª de 1945.

Segunda pregunta

Consulta el señor Ministro:

¿Cuáles de las disposiciones del aludido decreto 1485 siguen vigentes todavía, y cuáles han sido abrogadas o sustituidas?

Del decreto 1485 de 1942 estarían vigentes las disposiciones que no hayan sido abrogadas o sustituidas por leyes posteriores. No está vigente, por ejemplo, el artículo 1º de dicho decreto porque fue sustituido por el artículo 57 de la Ley 6ª de 1942 que tiene el carácter de estatuto fundamental del trabajo en Colombia.

Tercera pregunta

Consulta el señor Ministro:

El artículo 6º del decreto 1485 de 1942, en caso de que esté vigente, debe aplicarse a todo arbitramento en conflictos colectivos de trabajo, o a todo arbitramento en conflictos colectivos de trabajo en empresas de servicio público, o a todo arbitramento en empresas de navegación fluvial? o, por el contrario, sólo puede aplicarse a los casos en que los tres árbitros sean designados oficialmente, sin intervención de las partes?

El artículo 6º del decreto de 1485 de 1942 a que se refiere esta pregunta dice así:

“No será materia del arbitramento a que se refiere este decreto el libre nombramiento del personal que corresponde a las empresas conforme a la Constitución y a las leyes vigentes”.

Desde el punto de vista formal esta disposición está vigente de acuerdo con la tesis general que he venido sosteniendo acerca de la no aplicabilidad en esta materia de la tesis administrativa sobre la vigencia temporal de ciertas leyes.

Pero acontece que dicha disposición se enfrenta al carácter reglamentario y semicontractual del arbitramento pronunciado por una entidad en que tienen representación igualitaria las dos partes en conflicto bajo el equilibrio que le imprime la intervención del árbitro tercero como representante del gobierno. Si un tribunal de arbitraje llega a referirse al nombramiento del personal no por esto el laudo que pronuncie estaría viciado de nulidad especialmente si así lo aceptaren los tres arbitradores. Toma su fuerza esta tesis del aspecto híbrido del procedimiento arbitral donde hay que verificar la presencia de una situación semicontractual al lado de su aspecto predominante de imperio ejecutivo reglamentario.

Dejo en el anterior escrito sintetizadas las opiniones que sostuve en la Sala Plena del Consejo de Estado al discutirse el concepto de esta en-

tividad sobre la consulta que le planteó el señor Ministro de Trabajo en relación con el decreto y ley mencionados.

Guillermo Hernández Rodríguez.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Bogotá, primero de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

En sesión la Sala Plena del Consejo aprobó por unanimidad, con las observaciones que anteceden hechas por el señor Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, el anterior informe.

Carlos Rivadeneira G. — Luis E. García V., Secretario.



INFORME DEL SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

AL CONGRESO NACIONAL EN SUS SESIONES DE 1946

Señores Senadores y Representantes:

Por estar encargado de la Presidencia de la República el Primer Designado, Excelentísimo doctor Alberto Lleras Camargo, y por haber renunciado el Segundo, doctor Ricardo Uribe Escobar, la Presidencia del Consejo de Estado, cargo que desempeñó con singular acierto por algunos días, me corresponde, por bondadosa designación de mis compañeros para presidirlos, rendiros el informe que ordena el artículo 31 del Código Contencioso Administrativo, referente a las labores realizadas por la corporación en el lapso transcurrido del 1º de julio de 1945 al 30 de junio del presente, y lo hago atentamente así:

Personal

Durante el año a que este informe se refiere, han actuado de manera continua y permanente, como Consejeros principales, los doctores Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón y el que este informe suscribe, nombrados los tres primeros por la Cámara de Representantes, para el período que principio el 1º de diciembre de 1944, y los tres últimos, por el Senado de la República, para el que principió el 1º de diciembre de 1942, y que este año termina. De manera transitoria actuaron durante el primer semestre los doctores Aníbal Badel y Ricardo Uribe Escobar, como Designados, y el doctor Gustavo A. Valbuena durante el segundo, como suplente, encargado de llenar en el Consejo las faltas temporales y absolutas de éstos.

Es Fiscal de la corporación el doctor Nicolás Torres Niño, Secretario el señor Luis E. García V., y Relator el doctor Rafael Abello Salcedo, elegido para reemplazar al doctor Ramón Rosales, fallecido durante el año en ejercicio de sus funciones.

Como empleados subalternos han continuado los mismos de los años anteriores.

A la insuperable capacidad de trabajo de los señores Consejeros, a la valiosa y oportuna colaboración de su Fiscal, y a la no menos importante de todos los empleados mencionados, se debe el que los negocios a cargo de la corporación no hubieran sufrido en su despacho demora alguna a pesar del volumen de ellos, creciente de día en día, y que en el año que termina alcanzó a la alta cifra de 2.133, no superada, ni siquiera igualada, en ninguno de los años anteriores.

"Anales del Consejo"

Sirve de órgano de publicidad a las labores de la corporación el periódico denominado **Anales del Consejo de Estado**, que se edita en la Imprenta Nacional y que viene publicándose, no obstante la abundancia de material, de manera bastante irregular por el enorme recargo de trabajo que la imprenta tiene. Sería deseable por ello que el Congreso apropiara en el Presupuesto una partida especial, a fin de que tanto los referidos **Anales** como la **Gaceta Judicial**, órgano de la Corte Suprema de Justicia, que en circunstancias análogas se encuentra, pudieran editarse en imprentas particulares, o para que se ampliaran los servicios de la Nacional, con destino preferente a la publicidad de estos folletos de excep-

cional importancia, como que dan a conocer las doctrinas de las más altas entidades del orden jurisdiccional.

Movimiento de negocios

El número de negocios repartidos y el número de negocios despachados en el referido año, en total y por cada uno de los Consejeros, es el que se detalla, por clases, en los siguientes cuadros:

— I —

Naturaleza de los negocios	Existencia			
	anterior	Entrados	Despachados	Saldo
Actos de las Asambleas	11	23	19	15
Actos de los Gobernadores y otras autoridades departamentales	28	41	48	21
Asuntos municipales	20	29	29	20
Cartas de naturaleza	..	1	..	1
Consultas	1	23	22	2
Contratos	..	357	351	6
Créditos administrativos	..	28	28	..
Cuentas y exoneraciones	3	10	8	5
Decretos ejecutivos y actos de autoridades nacionales	25	54	60	19
Juicios electorales	22	49	60	11
Jurisdicción coactiva	20	64	70	14
Indemnizaciones	5	9	8	6
Impuestos	17	33	32	18
Pensiones, recompensas, sueldos de retiro	34	1.030	1.009	55
Resoluciones ministeriales	63	67	90	40
Suspensiones provisionales	1	58	57	2
Varios	..	7	5	2
Totales	250	1.883 250	1.896 237	237
Total de negocios que cursaron		2.133	2.133	

— II —

Detalle por Consejeros

Consejero	Existencia			
	anterior	Entrados	Despachados	Saldo
Doctor Carreño Mallarino	29	274	272	31
Doctor Gaitán	49	267	262	54
Doctor Hernández Rodríguez	45	265	268	42
Doctor Lamus Girón	40	273	284	29
Doctor Rivadeneira G.	30	266	280	16
Doctor Tascón	22	274	274	22
Doctor Valbuena	35	264	256	43
Totales	250	1.883	1.896	237

Los negocios despachados por los doctores Badel y Uribe Escobar en el tiempo en que estuvieron presidiendo el Consejo, se acumularon a los despachados por el doctor Valbuena, por pertenecer a esta mesa.

Visitas

En los primeros días del pasado mes de junio, el Consejo, por medio de comisiones de su seno, practicó en los Tribunales Administrativos la visita anual que ordena el artículo 43 de la Ley 167 de 1941, y con respecto a ella me cabe la satisfacción de informarnos que los Tribunales han funcionado con toda regularidad, que en el despacho de los negocios no se observan demoras, y que el movimiento de ellos en el lapso comprendido entre las dos últimas visitas, o sea aproximadamente en quince meses, fue el siguiente:

	Existencia anterior	Repartidos	Despachados	Saldo
Antioquia	247	550	567	230
Atlántico	19	62	74	7
Bolívar	32	144	164	12
Boyacá	36	134	153	17
Caldas	..	948	839	109
Cauca	4	40	49	5
Cundinamarca	173	502	623	52
Huila	24	71	77	18
Magdalena	15	43	50	8
Nariño	19	43	54	8
Norte de Santander	20	38	57	1
Santander	29	85	101	13
Tolima	23	63	67	19
Valle del Cauca	33	75	81	27
Totales	674	2.798	2.946	526

Reformas

A vuestra consideración, en las sesiones últimas, sometió el señor Ministro de Gobierno un proyecto redactado, a petición del mismo Ministro, por el actual Magistrado de la Corte Suprema de Justicia doctor Ramón Miranda y por el suscrito Consejero, tendiente a atemperar la ley orgánica del Consejo de Estado a la Reforma Constitucional de 1945 y a evitar la anormalidad jurídica resultante de la disparidad entre los principios constitucionales y los legales vigentes, proyecto que la honorable Cámara de Representantes se abstuvo de considerar por razones que desconozco, pero que en todo caso respeto.

Si hago mención a este proyecto no es, pues, con el ánimo de insistir en él, sino única y exclusivamente con el de llamar vuestra atención a dos reformas en él contenidas que considero de importancia y que pueden ser adoptadas, sin la aprobación general del proyecto, aun cuando su adopción implique un factor más de trabajo para la corporación.

Es la primera la contenida en el artículo 31, que persigue quitar a los Tribunales Superiores y a la Corte Suprema el conocimiento de los negocios relativos a las prestaciones de que habla la Ley 22 de 1943, pues

no hay razón alguna de carácter jurídico para, que de esta clase de negocios, que son administrativos, conozca por excepción la justicia ordinaria, y de todos los demás de la misma índole, la justicia administrativa, cuando la uniformidad de criterio en la interpretación de las leyes sociales exige que sean unas mismas las autoridades encargadas de su aplicación.

Y es la segunda la de que habla el artículo 29, destinada a revivir en toda su amplitud la doctrina consignada en los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto por medio de ellos se atribuía a la justicia administrativa el conocimiento de los incidentes de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva, cuando al recaudo ejecutivo servía de base no un acto de poder, como un alcance o un reconocimiento, sino un acto de gestión, como un contrato, y en cuanto atribuía, también, a tal jurisdicción, el conocimiento de tercerías distintas a las entabladas por entidades de derecho público con fundamento en actos de poder.

La sentencia que tal declaración hace lleva fecha 26 de julio de 1944, y al extracto del Relator pertenecen los partes que en seguida copio, para dejar claramente establecido que el único fundamento de ese fallo desapareció con la derogatoria del ordinal 3º del artículo 148 de la Constitución, hecha por medio del Acto legislativo número 1 de 1945, y que tal sentencia no es, por ende, obstáculo a la proyectada reforma, tendiente: a uniformar la legislación; a poner término a los conflictos jurisdiccionales originados por una distinción entre actos de poder y actos de gestión, hoy abandonada, por compleja y sutil, y, en fin, a acabar con la anómala situación que apareja el dar intervención, en un mismo juicio, a autoridades de distinto orden: a las administrativas para conocer de las apelaciones interpuestas contra autos interlocutorios, y a los Jueces comunes para conocer de excepciones y tercerías.

Dicen así los anunciados apartes:

"1.—Según doctrinas de la Corte, en Sala Plena, cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, la contención es de carácter contencioso-administrativo, y caen bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada, y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión, y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios. Tal doctrina de la Corte es la que más armoniza con el conjunto de las disposiciones constitucionales y legales del país. De manera que la materia objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa la determina la calidad del acto que origina la contención (acto de imperio, de la Administración), y no aquello que jurídicamente haya de ser objeto de la controversia. Concuerda con tal doctrina el precepto contenido en el inciso 2º del artículo 1854 del Código Civil, en el cual se dice que el empleado con jurisdicción coactiva es juez y acreedor, retiniendo el carácter de **actos de imperio** que corresponde al ejercicio de esa jurisdicción especial. En forma que si para juzgar de un acto de imperio de la Administración debe examinarse la posesión o cualquier otro derecho real o personal, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede acometer legalmente el estudio. Se ha estimado que por hacerse efectivo un crédito ante el funcionario con jurisdicción coactiva, ya el asunto es de la justicia ordinaria, porque el estudio sobre créditos es materia privativa de la justicia ordinaria, olvidando que la materia jurídica en sí

misma no es la que fija la jurisdicción contencioso-administrativa o la ordinaria, sino la procedencia del acto que origina la controversia, en tal forma, que si el acto contencioso se origina en un acto de poder de la Administración, el asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no a la ordinaria o civil.

"2.—Admite la Corte que los actos dictados por funcionarios con jurisdicción coactiva, son **actos de poder de la Administración**, y que de la contención acerca de ellos corresponde conocer a los Tribunales Contencioso Administrativos, sin excepción alguna, ya se trate del mandamiento ejecutivo, de lo resuelto respecto a la solicitud de desembargo de un bien, formulada por un tercero, de lo dispuesto sobre rebaja de intereses pedida por el ejecutado, etc.

"3.—El recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia, un contrato. En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea, de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con tal acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluirse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria. Lo contrario sucede en el caso de que la excepción se proponga en un juicio por jurisdicción coactiva, en que trate de hacerse efectivo un acto de poder de la Administración. Por lo cual estima la Corte que de las excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, cuando el recaudo sea un acto de gestión del Estado, o de los Departamentos o Municipios, el Juez competente debe ser el correspondiente funcionario de la justicia ordinaria, de acuerdo con las reglas dadas al respecto en el Libro I del Código Judicial. Los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 son, por tanto, inexequibles en cuanto se refieren a las excepciones en los juicios de jurisdicción coactiva originados en un acto de gestión de la Administración, pues en tal caso contravienen a lo dispuesto en los artículos 148, ordinal 3º, y 164 de la Constitución. La Corte señala como violado el ordinal 3º del artículo 148, aunque esta disposición no fue mencionada con tal fin por el demandante, en aplicación del inciso 2º del artículo 2º de la Ley 96 de 1936. Por el contrario, los artículos 3º y 4º de la Ley 167 de 1943 no se oponen a precepto alguno de la Constitución, en cuanto se refieren a excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva originados en un acto de poder de la Administración.

"4.—El tercero que introduce una tercería puede ser una entidad de derecho público, u otra persona que no tenga tal carácter; en el primer caso, la persona de derecho público puede fundarse en un acto de gestión, o en un acto de poder. Cuando procede la entidad de derecho público fundada en un acto de poder, es manifiesto, según lo antes expuesto, que se trata de una contención administrativa, y entonces el conocimiento de la tercería corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero si la tercería es provocada por una entidad de derecho público, fundada en un acto de gestión, o bien si la tercería es provocada por persona que no sea una entidad de derecho público, entonces la contención no es puramente administrativa, y su conocimiento correspondería a la justicia ordinaria, según las reglas dadas en el Libro I del Código Judicial.

"Basta que en un juicio por jurisdicción coactiva se provoque una sola tercería de las indicadas en el aparte anterior, para que la sentencia

de prelación deba ser proferida por la justicia ordinaria, pues los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación están atribuidos a la Corte Suprema, por el artículo 148, ordinal 3°, de la Constitución; y además, del artículo 164 de la Carta se deduce que no son de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa los asuntos contenciosos no administrativos, como serían los ocurridos entre particulares, o cuando la Administración procede fundada en un acto de gestión. En resumen, y por lo que se refiere a las tercerías propuestas en juicios por jurisdicción coactiva, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si la tercería o tercerías propuestas se fundan todas ellas en actos de poder de la Administración, el incidente debe ser fallado por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; en tales casos, los artículos 3° y 4° de la Ley 67 de 1943 no se oponen a precepto alguno constitucional. Pero si la tercería propuesta, o alguna de las tercerías que se propusieren, se funda en un acto de gestión de la Administración, o es una tercería promovida por un particular, entonces sería inconstitucional que del incidente conocieran los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

“El artículo 5° de esa ley es exequible, y debe, por tanto, aplicarse por los funcionarios y entidades que él indica respecto de las apelaciones, excepciones y tercerías que fueren de su competencia, en conformidad con las consideraciones anteriores”.

Con idéntica finalidad, el inciso 2° del mencionado artículo 29 dispone que en los referidos juicios ejecutivos no sean admisibles tercerías distintas a las propuestas por entidades de derecho público, como son la Nación, los Departamentos y los Municipios.

Reforma que se justifica, además, porque va encaminada a impedir acuerdos de deudores y particulares para defraudar legítimos intereses del Estado, por medio de tercerías fundadas en documentos muchas veces simulados.

Tribunal de conflictos

Dice el artículo 217 de la Constitución Nacional:

“La ley establecerá un Tribunal de Conflictos, encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa”.

Encareciendo esta reforma el entonces Presidente del Consejo, doctor Tulio Enrique Tascón, al rendir al Congreso de 1943 el informe reglamentario, dijo lo que por ser oportuno transcribo en seguida, para sustentar la solicitud que hago, a fin de que expidáis en las presentes sesiones la ley que dé vida y ponga en vigencia el aludido precepto constitucional, que es el que debe inspirar la legislación al respecto, si es cierto, como en realidad lo es y debe serlo, que la Constitución es la ley fundamental de la República, la que debe, por ende informar y engendrar las leyes comunes:

“En la legislatura pasada fue sometido a la consideración de la Cámara de Representantes un proyecto de acto legislativo, reformativo de la Constitución Nacional, por el honorable Representante doctor Ramón Miranda, ex-Consejero de Estado y autor del proyecto de ley orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, que contenía algunas reformas muy convenientes en relación con la formación y atribuciones del Consejo de Estado; proyecto que hoy recomiendo a vuestra ilustre consideración, porque por él se subsanan algunos de los inconvenientes y se

llenar vacíos que en la práctica se han venido a observar en el funcionamiento de esta corporación.

"Entre las reformas que el proyecto contenía hay una por la cual se crea un Tribunal de Conflictos, destinado a dirimir las competencias positivas y negativas que puedan provocarse entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, siguiendo sobre el particular lo estatuido en algunas legislaciones, como la francesa.

"Se ha discutido si este Tribunal pudiera crearse por medio de una ley, o si es menester para ello una enmienda constitucional. En otros países, esta clase de tribunales han sido establecidos por medio de leyes, y, en el silencio de nuestra Constitución, ha sido efectivamente la ley la que ha dicho lo que debe hacerse en caso de competencias suscitadas entre la Corte Suprema y el Consejo de Estado; pero ante la posibilidad de que la Corte declare la inexequibilidad de la ley que cree el Tribunal de Conflictos, parece lo más aconsejado la expedición de un acto legislativo, reformatorio de la Constitución Nacional, que autorice la creación de este Tribunal.

"Nuestra actual legislación establece que en caso de competencia entre los dos más altos Tribunales de justicia ordinaria y de justicia administrativa, prevalezca el concepto de la Corte, en caso de insistencia por parte de ésta; prelación que los comentadores, sin justificarla, la explican sólo por razones históricas, consistentes en que, cronológicamente, la justicia ordinaria apareció primero que la justicia contencioso-administrativa en el derecho jurisdiccional. Mas ésta no es una razón bastante, porque a la luz de nuestro derecho constitucional, tan suprema es la Corte cuando se trata de decidir cuestiones de derecho privado, como lo es el Consejo de Estado cuando se trata de cuestiones de derecho administrativo, con la circunstancia particular de que en la actual evolución del derecho y con las profundas transformaciones que está sufriendo el concepto mismo del Estado, se marca la tendencia a que la justicia administrativa extienda su competencia sobre todas las cuestiones que se relacionen con el servicio público.

"En la práctica ha habido ocasión de anotarse que la Corte Suprema de Justicia, celosa de sus antiguas atribuciones, que antes abarcaban toda clase de contenciones que interesaban al Estado, así en materias civiles como administrativas, reacciona contra cualquier tendencia o reforma encaminada a invadir la órbita de sus antiguas atribuciones, aunque la Constitución y la ley, siguiendo las modernas orientaciones del derecho, hayan dado intervención o competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer exclusivamente de aquellas que dicen relación a controversias entre los particulares y la Administración y en que el Estado no obra como sujeto de derecho privado....".

Ley electoral

Dispone el artículo 165 de la Ley 85 de 1916 que el Gran Consejo Electoral principie el escrutinio general de los votos emitidos para Presidente de la República, en uno de los cuatro últimos días del mes de junio inmediatamente siguiente a la elección, y a su vez, el artículo 8º de la Ley 187 de 1936 preceptúa que la elección de Presidente se haga cada cuatro años, el primer domingo de mayo, a partir de 1938.

A obtener la reforma de estas dos disposiciones, anticipando prudencialmente las fechas en que tales actos deben cumplirse, se encamina la observación de que en el lapso que va de aquella fecha, o sea del

último de junio al siete de agosto, día en que el Presidente electo toma posesión del cargo, no es posible fallar los litigios electorales que se susciten, si es que ello ocurre, con motivo de tal elección, lo que lleva como consecuencia ineludible que el Presidente entre a ejercer, en tal evento, con una credencial en tela de juicio, y lo que es más grave aún, que posteriormente pudiera ser anulada.

En efecto, entre las dos fechas indicadas sólo quedan hábiles treinta días, tiempo insuficiente para sustanciar un litigio que tiene estos términos fijos e ineludibles: cinco días de fijación en lista, treinta para practicar pruebas, cinco de traslado a las partes y cinco de traslado al Fiscal; total cuarenta y cinco días, sin contar: los que se requieren para proferir y notificar los autos respectivos, los diez días que la ley otorga para instaurar la demanda, que corren, diga esta relación al mencionado escrutinio, a los anteriores a éste, o a la votación misma, desde el siguiente a la declaratoria de elección, y los que el Consejo necesita, también, para estudiar y fallar un litigio de tanta monta.

La circunstancia de que en el tiempo transcurrido desde que las mencionadas disposiciones entraron en vigencia, hasta hoy, no se haya presentado litigio alguno al respecto, no es razón para que esa situación subsista, como no lo sería, ni podría serlo, para derogar las disposiciones que autorizan hacer uso del recurso legal de nulidad.

Hago fervientes votos porque en las sesiones del presente año realicéis una fecunda labor, que redunde en beneficio de la Patria.

De los señores Senadores y Representantes,

Carlos Rivadeneira G.,
Presidente del Consejo de Estado.

Bogotá, julio 10 de 1946.

UNION PANAMERICANA

RESOLUCION SOBRE EL DIA DE LAS AMERICAS

Considerando:

Que el 14 de abril, aniversario de la fundación de la Unión Panamericana, ha sido señalado por los Gobiernos de los Estados Americanos como Día de las Américas;

Que el próximo mes de abril se celebrará el primer aniversario de la firma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos;

Que es conveniente que en este año la tradicional conmemoración sea celebrada en todos los Estados Americanos con especial solemnidad y que con ese motivo se pongan de presente ante los pueblos del hemisferio la importancia de la Organización y de los altos ideales que ella representa;

El Consejo de la Organización de los Estados Americanos,

Resuelve:

1º—Hacer un llamamiento a los Gobiernos de los Estados Americanos para que den especial relieve al Día de las Américas y para que se celebren actos públicos que ofrezcan a los pueblos americanos la oportunidad de apreciar los propósitos y finalidades de la Organización de los Estados Americanos.

2º—Pedir la colaboración de la prensa del continente americano, de las universidades e institutos educativos públicos y privados, de las academias e instituciones culturales, para que contribuyan a dar la mayor resonancia a la celebración del Día de las Américas.



JURISPRUDENCIA

— A —

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS (Fenecimientos de cuentas municipales)

Es función de los Concejos municipales examinar y fenecer en primera instancia las cuentas de los Tesoreros Municipales, esta atribución solo puede ejercerla en cuanto las Ordenanzas no dispongan lo contrario; y las Ordenanzas de Cundinamarca, en aplicación de lo dispuesto en el ordinal 10 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal han decretado que las cuentas de dichos funcionarios sean examinadas y fenecidas en primera instancia por la Contraloría General del Departamento, correspondiendo la segunda instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. **Actor**, Julio César Camargo. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 24 de marzo de 1947. ... Pág. 178

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS (Incompatibilidades)

Al decir la Ordenanza de la Asamblea de Antioquia, que la Junta del Ferrocarril se compondría de cuatro miembros "particulares" además del Gobernador, quiso excluir a los empleados y funcionarios públicos, a todas las personas constituidas en dignidad oficial; la expresión **particular** excluye principalmente a los diputados de la Asamblea que tal término empleaba, interpretación que se conforma con un mejor sentido moralizador de las corporaciones públicas y al principio democrático de que los cargos, oficiales o semioficiales, no deben acumularse sino distribuirse dentro de una igualdad constitucional apenas limitada, equitativamente, por la selección de las capacidades intelectuales y de la ética personal. **Actor**, Nicolás Flórez. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 16 de diciembre de 1947 Pág. 91

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS (Juricidad de actos legislativos)

Una disposición derogada no es anulable porque no se puede anular lo que no existe. Para que el acto jurídico sea anulable precisa que tenga eficacia en el momento de pedirse y de pronunciarse la nulidad, lo cual no se verifica de derecho, ni el Magistrado puede pronunciarla de oficio, pues es necesario demanda de parte y sentencia del juzgador. La norma jurídica derogada, al par que la norma jurídica nula, no tiene eficacia jurídica para nadie, en tanto que el acto jurídico anulable, por cualquiera de las causas legales, produce los efectos a que estaba enderezado mientras no sea anulado. Una disposición derogada, por no producir ningún efecto, no puede violar ninguna otra, por lo cual no es acusable, porque solo los actos jurídicos que violan normas superiores son susceptibles de acusación. **Actor**, Julio César Camargo. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 24 de marzo de 1947 Pág. 178

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS (Juricidad de la administración)

La juricidad significa no solamente que la administración en su conjunto está condicionada por el derecho administrativo, sino también que cada acción administrativa está condicionada por un principio jurídico que la admite. El sentido del principio de legalidad consiste en que cada acción administrativa está reglada por ley formal, por un estatuto de derecho positivo del que resulta su licitud o necesidad jurídica. Los caracteres de juricidad o legalidad del acto administrativo no obstan que sea esencialmente revocable cuando no se halla de acuerdo con la regla jurídica de producción que le corresponde, esto es, con el derecho admi-

nistrativo que lo condiciona; mas para que esa revocación pueda pronunciarse, precisa establecer en la forma prevista por orden jurídico, los vicios o deficiencias jurídicas anejos a su producción. La juridicidad del acto administrativo acusado aparece no tan solo de las normas constitucionales sino también de los textos legales de que se ha hecho mérito, cuya infracción por el legislador que lo produjo no se ha logrado establecer en el juicio. **Actor**, Carlos Bedoya Cajiao. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 25 de septiembre de 1947 Pág. 170

ACTOS DE LOS GOBERNADORES (Jurisdicción)

Ninguna ley ha atribuido jurisdicción al Consejo de Estado para conocer de los recursos que se interpongan en las actuaciones administrativas sobre prestaciones sociales, que competen por su naturaleza, a la jurisdicción del trabajo. De tales resoluciones solo puede conocer la justicia contencioso administrativa, por recursos de anulación y de reconocimiento del derecho, contra las providencias administrativas (artículo 62 y siguientes del Código de lo Contencioso Administrativo). **Actor**, Hernando Márquez Páez. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 22 de enero de 1947 Pág. 162

ACTOS DE LOS GOBERNADORES (Maestros escalafonados)

El Consejo ha dicho en repetidas ocasiones, que la facultad de trasladar un maestro escalafonado de un Municipio a otro o de una escuela a otra, **es reglada**; que debe extenderse el acta en la cual ha de constar que a juicio del Inspector de Educación y del Inspector de Zona, el traslado es conveniente para la mejor marcha de la educación; de manera que el **status** de inmovilidad de que está investido el magisterio escalafonado no va hasta impedir a la Administración trasladados de un Municipio a otro, o de una escuela a otra, sino que él sirve para protegerlos contra las destituciones ilegales, contra los actos que los desmejoran efectivamente en su categoría. **Actor**, Bertha Rodríguez de la Calle. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 23 de marzo de 1946 ... Pág. 368

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS (Presunción de legalidad)

No siendo las pruebas aducidas bastantes a probar que para la expedición de la Ordenanza impugnada se pretermitieron por la Asamblea Departamental las condiciones exigidas por la Ley 71 de 1916, cobra toda su fuerza y vigor la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, y que en el caso de autos sí se acataron por la corporación ordenadora los preceptos de la ley. La razón filosófica de la presunción de legalidad que sustenta los actos administrativos que producen consecuencias jurídicas deriva de la naturaleza misma de la administración pública como función jurídica del Estado; dondequiera que un precepto ordene una actividad del Estado creadora de situaciones jurídicas, el ejercicio de ella es aplicación del derecho. El derecho administrativo es la regla de producción de la administración; o inversamente, la administración es la aplicación del derecho administrativo. **Actor**, Carlos Bedoya Cajiao. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 25 de febrero de 1947 Pág. 170

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS (Renuncia de emolumentos)

La renuncia de los emolumentos, por parte del empleado, no tiene virtualidad suficiente para enervar, pero ni siquiera para modificar, el **status** del fun-

cionario público que puede afirmarse de los miembros de la Junta Directiva del Ferrocarril de Antioquia. La designación del funcionario público es un acto unilateral por parte del Estado; él determina libremente la remuneración como contra-prestación del servicio y fija la forma y condiciones como debe ser prestado. Si el nombrado acepta, la aceptación será un acto que perfecciona el nombramiento, mas no el ajuste de un contrato con el Estado. Así pues, la renuncia de percibir honorarios o emolumentos no modifica en nada el **status** jurídico del empleado público. **Actor**, Nicolás Flórez. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 16 de diciembre de 1947 Pág. 91

ACTOS DE LOS GOBERNADORES (Atribuciones)

El artículo 163 del C. C. A. en su parte final atribuye al Gobernador impartir aprobación a las resoluciones sobre actuación de entidades cuyas atribuciones han sido otorgadas por las ordenanzas. Cuando se ejercita el contencioso por exceso de poder, o contencioso de anulación, solo corresponde al juzgador resolver si el funcionario que dictó el acto de autoridad de que se reclama tenía o no competencia para ello, es decir, considerar el acto en su aspecto puramente legal. Y comprobado que el Gobernador sí es competente para dictar la resolución impugnada, hay que convenir que lo hizo conforme a las prescripciones y facultades de la ley. **Actor**, Hernando Márquez Páez. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 22 de enero de 1947 Pág. 162

ACTOS DE LOS GOBERNADORES (Competencia sobre prestaciones sociales)

Esta corporación ha determinado que los Tribunales administrativos no son competentes para conocer en segunda instancia, de las resoluciones que versen sobre prestaciones sociales. Dicha falta de competencia se debe a que el conocimiento en segunda instancia de las resoluciones sobre prestaciones sociales no ha sido atribuido por ninguna ley a la jurisdicción contencioso administrativa. De ahí el que de dichas resoluciones solo pueda conocer la justicia contencioso administrativa, por recursos de anulación y de reconocimiento del derecho, contra las providencias administrativas, que los niegan, y en virtud de lo prescrito en el artículo 62 y del Código Contencioso Administrativo. **Actor**, Hernando Márquez Páez. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 22 de enero de 1947 Pág. 162

ACTOS DE LOS GOBERNADORES (Explotación de canteras)

El precepto 30 de la Constitución, consagra el respeto a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título por personas particulares. Pero esos derechos no son absolutos, entre otras razones, porque no pueden legítimamente ejercerse con peligro, daño o menoscabo del patrimonio ajeno y aún de la misma vida de otras personas. Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en el caso de autos: que las propiedades de terceros, en las inmediaciones de la explotación de las canteras, corrian peligro por causa de aquellos trabajos extractivos. No es el caso de expropiar ni de indemnizar. El Municipio no tiene para qué adquirir por esa vía un derecho que no necesita y que no podía ejercer, por los daños y perjuicios de su ejercicio. **Actor**, Leocadio Niño y otros. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 27 de marzo de 1947 Pág. 21

ACTOS DE LOS GOBERNADORES (Prueba pericial)

La Ley 51 de 1942 distingue dos casos: el de la suspensión por el Municipio de los permisos para explotar canteras, y el de concesión de tales permisos. En el primer caso, es al Municipio a quien le incumbe la carga de la prueba, en el segundo, a la persona o entidad que hace la solicitud. En el caso de autos se trataba de la concesión de licencias y eran, por tanto, los solicitantes quienes debían acarrear la prueba pericial correspondiente. **Actor**, Leocadio Niño y otros. **Ponente**, Consejero Dr. Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 27 de marzo de 1947. Pág. 21

ACUERDOS MUNICIPALES (El interés social)

El constituyente previene que todo conflicto entre el interés público o social y el privado debe desatarse necesariamente a favor del primero, porque no puede haber choque de esos intereses pues el bien común prevalece sobre toda consideración de linaje particular. En la vida de relación de un país bien organizado, las personas individualmente consideradas, tienen una misión social que llenar, en retribución de los beneficios que reciben del grupo social en que conviven. La noción de **dominio eminente** del Estado, lleva consigo la facultad de utilizar los bienes privados, siempre que un interés social así lo exija, dentro de las normas constitucionales. **Actor**, Compañía Colombiana de Electricidad S. A. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 10 de octubre de 1946. Pág. 511

ACUERDOS MUNICIPALES (Expropiación)

La norma constitucional (artículo 30) y los preceptos de la Ley 126 de 1936 sobre adquisición de empresas de energía eléctrica, etc., e intervención del Estado armonizan sobre la utilidad pública para que los Concejos dicten las medidas necesarias para obtener la municipalización de aquellas empresas, asignándoles ese servicio y el medio de la expropiación como idóneo para cumplir la finalidad en referencia. Se ha sustituido el ánimo de lucro que se supone en los particulares, por el ánimo de servicio que es de suponer en las entidades públicas bien administradas. **Actor**, Compañía Colombiana de Electricidad S. A. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 10 de octubre de 1946... Pág. 511

ACUERDOS MUNICIPALES (Impuestos)

Si la Ley 89 de 1936, autorizó a ciertos municipios para establecer impuestos y contribuciones sin necesidad de autorización especial de la Constitución, las leyes y ordenanzas, y permitió a dichos municipios establecer el Impuesto de Industrias y Comercio y otros, dentro de los límites que le señalan el Código Político y Municipal, para invalidar un impuesto así establecido, no se necesita demostrar que no existe la autorización, sino que el impuesto viola normas superiores que lo prohíben. **Actor**, Mauricio Buitrago O. **Ponente**, Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia**, 30 de julio de 1946 Pág. 14

ACUERDOS MUNICIPALES (Restablecimiento del derecho)

El hecho de que los actos acusados, por sí, no sean capaces de producir daño o lesión a los demandantes, por tratarse de actos preparatorios originados en la etapa administrativa, y que por tanto cualquier reclamo de perjuicios originados por dichos actos es improcedente, no demuestra que la acción de restablecimiento haya sido erróneamente intentada. El restablecimiento puede operarse muchas

veces por la mera anulación del acto acusado, volviendo las cosas a su antiguo orden; sin que se produzcan forzosamente perjuicios adicionales. **Actor**, Compañía Colombiana de Electricidad. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 10 de octubre de 1946 Pág. 511

ACUERDOS MUNICIPALES (Utilidad pública)

El hecho de que una empresa cualquiera se extienda a varios municipios, para derivar mayor utilidad en los servicios prestados y de la colocación de sus productos en ellos, no es óbice para que cada uno en particular, pueda obtener por medios jurídicos reconocidos lo que necesita para el bien común de sus habitantes; de lo contrario caería por su base el principio constitucional en cuya virtud el interés privado deberá ceder al interés social. **Actor**, Compañía Colombiana de Electricidad. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 10 de octubre de 1946 Pág. 511

AUTORIDADES NACIONALES (Admisión de la demanda)

El Consejo de Estado, ha sentado la jurisprudencia de que, tratándose de la acción de nulidad, cuando el acto acusado deja de existir por virtud de otro medio distinto del de la anulación, la jurisdicción contencioso administrativa, por ausencia de materia *sub judice*, no encuentra sobre qué pronunciarse, porque lo que busca el actor con su acción se ha conseguido por otro camino. Pero esto lo ha sostenido el Consejo en la sentencia definitiva y no al calificar la demanda, para efectos de su admisión. Para admitir una demanda basta que el libelo cumpla con los requisitos formales. **Actor**, Hernando Moreno M. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Auto**, 13 de noviembre de 1946 Pág. 130

AUTORIDADES NACIONALES (Auxilio de cesantía)

Para el Consejo, a los empleados de la Contraloría, retirados por causa distinta de la mala conducta comprobada es aplicable el ordinal a) del artículo 1º de la Resolución 744 de 1946 de la misma Contraloría, que reconoce a partir del 1º de enero de 1942, un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. **Actor**, Emilio Valencia. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, 25 de febrero de 1947 Pág. 410

AUTORIDADES NACIONALES (Ejecutoria)

Las resoluciones ejecutoriadas no pueden ser revocadas por la entidad que las dictó, en el presente caso por la Dirección General de la Policía Nacional, menos si se tiene en cuenta que la revocación tenía por objeto resolver sobre propiedad de un depósito de dinero que esa Autoridad había aceptado como probada a favor de determinada persona. **Actor**, Milena de Steuer. **Ponente**, Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia**, 28 de febrero de 1946 Pág. 435

AUTORIDADES NACIONALES (Derechos de muelle)

Los derechos de muelle, es el valor legal por el servicio de muelles que presta el Estado, para el canje o embarque de mercancías o ganados y atraque de embarcaciones y que solamente pagan los usuarios de tal servicio; así, pues, los derechos de muelle se cobran por el uso de dichos bienes del Estado, por el servicio que ellos prestan a los particulares siendo por lo tanto una tasa y no un impues-

to. **Actor**, Naviera Colombiana y otros. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 29 de noviembre de 1946 Pág. 267

AUTORIDADES NACIONALES (Domicilio)

No se adquiere el dominio por la simple residencia en el país, si la residencia no está acompañada del ánimo de permanecer en ella. La exigencia legal de esos dos elementos indispensables para la constitución del domicilio, constituye circunstancias que se refieren a un tiempo presente, por eso el canon de la legislación civil emplea el verbo en presente de subjuntivo, cuando dice: "se hallen domiciliados en la República". Además, el domicilio es relativo a una parte determinada de un lugar del territorio nacional; la condición constitucional de hallarse una persona domiciliada en la República, para que se considere nacional colombiano, implica el hecho de haber fijado su residencia dentro de la República, en lugar determinado, lugar que siempre podrá señalarse bajo el nombre del Municipio o Distrito municipal a que él lugar corresponde. **Actor**, Heriberto Schawartau Eskildeen. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, febrero 5 de 1946 Pág. 235

AUTORIDADES NACIONALES (Instituciones de utilidad pública)

No existe en la legislación un estatuto que define los establecimientos de utilidad pública aun cuando algunos de ellos han sido creados por ley; así, pues, las características de tales establecimientos hay que deducirlas de las disposiciones que han dado existencia a entidades administrativas y a las tesis jurisdiccionales y de los tratadistas. Tales establecimientos, son considerados como personas administrativas, descentralizadas; a quienes se les encomienda la dirección de grupos de servicios públicos con autonomía técnica, capital descentralizado, y personería jurídica, sin dejar de depender del Estado. La confrontación de estas características con las modalidades legales de la Compañía Nacional de Navegación, lleva a la conclusión de que esta entidad, encaja y se identifica con las instituciones de utilidad pública. **Actor**, Naviera Colombiana y otros. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 29 de noviembre de 1946. Pág. 267

AUTORIDADES NACIONALES (Incompatibilidades tácitas)

Las empresas transportadoras limitarán su actividad al contrato de transporte y por tanto no pueden constituirse en comisionistas de compra y venta, dispone el acto acusado. La incompatibilidad puede ser expresa o explícita cuando la establece la ley, pero puede ser también tácita o implícita en el caso de que el ejercicio de dos actividades generen o puedan generar intereses encontrados. En este último caso, aun cuando no haya expresa disposición que lo prohíba, el ejercicio de las dos actividades a la vez resulta ilícito. Es grave el perjuicio que a la economía del país se le causa con el hecho de que los transportadores se conviertan en agentes de compra de los productos. Ellos, que debieran estar prontos a transportar las mercaderías a los centros de consumo, se niegan a hacerlo proponiendo compra: ante la imposibilidad del productur para transportarlos, no tiene otra alternativa que la de venderlos al precio que el transportador propone. **Actor**, Gerardo Cabrera Moreno. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 16 de agosto de 1946 Pág. 117

AUTORIDADES NACIONALES (Intervención estatal)

Aun en contratos que pueden considerarse exclusivamente de derecho privado a veces se observan intervenciones del Estado en consideración a que el derecho está destinado a actuar en sociedad y siempre se advierte un interés colectivo encaminado a que se aplique rectamente. En efecto, nada tan de derecho privado como el contrato de compra-venta entre particulares, y sin embargo, ¿no es la institución de la rescisión por lesión enorme una intervención del Estado por medio de sus jueces en este contrato? esta clase de intervenciones son viejas como el mundo. **Autor**, Gefardo Cabrera Moreno. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 16 de agosto de 1946 Pág. 117

AUTORIDADES NACIONALES (Impuesto, tasas, contribuciones)

La discriminación de estos vocablos en lenguaje fiscal no solo no se ha llevado a la legislación, sino que el uso que de ella se hace es confuso, pues determina lo que no sigue ninguna técnica, y usa las voces indistintamente. Para discriminar el significado y alcance de cada una de tales exacciones hay que atenerse a las normas trazadas por la doctrina fiscal y las tesis de los expositores. **Los impuestos**, corresponden a las exacciones de carácter imperativo, derivadas de la ley. Como importe está destinado a cubrir los gastos administrativos y aquellos servicios públicos cuyo costo para los particulares no se puede calcular, como tampoco su extensión y desarrollo. **La tasa**, es el valor de una relación de carácter económico, que se paga por un servicio determinado y preestablecido por el Estado, y que grava a quien lo usa dentro de un criterio de equidad y equivalencia. **La contribución** es una cuota de los particulares para cubrir el costo de una obra determinada que los beneficie como propietarios de ciertos bienes; con la contribución, la persona participa en la construcción de una obra pública proporcionalmente como beneficiario de ella. **Autor**, Naviera Colombiana y otros. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 29 de noviembre de 1946 Pág. 267

AUTORIDADES NACIONALES (Monopolio fiscal)

El Estado organiza empresas de economía mixta y se vincula al proceso económico de manera directa. Los Departamentos colombianos han levantado grandes fábricas para destilación de alcoholes y de licores, cuyos productos dan al consumo, bajo el exclusivo control del mercado. Las ganancias de esta actividad industrial, constituye una de las principales rentas, entradas que no pueden considerarse como provenientes de impuesto, tasa, ni contribución; es el precio de un producto oficialmente elaborado y que el Estado vende, si este precio se fija normalmente, sometido a las modalidades comerciales de oferta y demanda, sería una simple utilidad de carácter comercial e industrial, pero si se valora la circunstancia del monopolio fiscal, y su precio se fija por encima de los costos y utilidad corriente, las ganancias así incrementadas vienen a tener un carácter de impuesto. **Autor**, Naviera Colombiana y otros. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 29 de noviembre de 1946 Pág. 267

AUTORIDADES NACIONALES (Nacionalidad)

Considerada la nacionalidad como un vínculo jurídico y político que ata a una persona con un Estado, se requiere examinar el sistema que tal Estado hubiere adoptado para la determinación de la nacionalidad. El constituyente colom-

biano adicionó el tradicional concepto del **jus soli** y del **jus sanguinis** con el elemento actuante del domicilio. Esta circunstancia determina que la concepción del domicilio para efectos de nacionalidad debe ser establecido en relación con las variadas y distintas normas sobre domicilio, pero dentro de un criterio general de derecho público, para examinar en qué medida la persona o el individuo se incorpora dentro del Estado y vincula a él su vida y su suerte. Todos los elementos determinantes del domicilio se refieren a actividades lícitas como factores indiciarios de que el individuo se vincula lealmente al Estado colombiano. Siendo la nacionalidad un vínculo de derecho público no es posible que alguien tenga acceso a ella al través de sus actividades delictuosas, por ejemplo: el espionaje al servicio de una potencia extranjera. **Actor**, Heriberto Schawartau Eskildeen. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 5 de febrero de 1946 Pág. 235

AUTORIDADES NACIONALES (Pérdida de la nacionalidad)

La Constitución colombiana exige que el domicilio sea un hecho actual, es decir, que las circunstancias que lo constituyen se refieran a un tiempo presente, por eso en su artículo 89 emplea el verbo en presente de subjuntivo y dice "se hallen domiciliados en la República"; pero no dice se hayan domiciliado o se hubieren domiciliado. Quiere decir esto que un natural colombiano, hijo de padres extranjeros, que alguna vez haya estado domiciliado en Colombia y hubiera adquirido por el mismo la calidad de nacional pierde esta calidad por el hecho de haberse nacionalizado en otro país. **Actor**, Heriberto Schawartau Eskildeen. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 5 de febrero de 1946 Pág. 235

AUTORIDADES NACIONALES (Turnos obligatorios)

Las prerrogativas o garantías exorbitantes de que disfruta el Gobierno en función de administración pública, no cubren las reglamentaciones de los servicios públicos prestados en parte por empresas particulares, sino en casos de excepción bajo una situación de urgencia, o por orden concreta para que los transportes oficiales o los de carácter mixto no se sujeten a los turnos obligatorios. En el caso que se estudia la exoneración de la Compañía Nacional de Navegación, por vía general y permanente, no comprende los turnos obligatorios para el uso de los muelles y llegada y salida de los puertos del río Magdalena, exoneración que solo podría establecerse en virtud de expresa autorización legal. **Actor**, Naviera Colombiana y otros. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 29 de noviembre de 1946 Pág. 267

AUTORIDADES NACIONALES (Vigilancia e inspección)

La industria bancaria está hoy intervenida por el Estado, como lo están todas las sociedades anónimas. No otra cosa predicen los múltiples requisitos que para su funcionamiento se exigen y las sanciones a que están sometidas. Y la razón de ello estriba en que por la naturaleza y funciones de los bancos y de las sociedades anónimas los intereses colectivos que deben tutelarse, están de por medio. ¿Hasta dónde va esta intervención? Las leyes se dictan para tiempos normales y saber hasta dónde alcanzan las facultades del Gobierno en épocas anormales como la presente, es cuestión de fondo que sólo puede resolverse en el fallo. En estas épocas anormales es cuando la jurisprudencia ha hecho sus mejores avances. **Actor**, Hernando Moreno M. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Auto**, 13 de noviembre de 1946 Pág. 130

— D —

DECRETOS DEL GOBIERNO (Arbitraje)

El arbitraje es un privilegio concedido por la ley a los particulares para no someterse a la jurisdicción de la justicia ordinaria, de suyo dilatoria y formulista, y en el cual las partes tienen voz y voto en la decisión del asunto, tantas probabilidades tiene cada cual de que el laudo arbitral lo favorezca como las tiene el otro. Esta consideración, sube de punto si se tiene en cuenta que está en el interés de las partes que los árbitros sean personas que sumen a su honorabilidad especial versación en la materia controvertida, lo cual garantiza una mejor apreciación del asunto y un fallo más conforme con la realidad de los hechos y la verdad del derecho, que el que pudieran proferir la generalidad de los jueces letrados. **Actor**, Andian Corporation Ltd. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, agosto 20 de 1947 Pág. 182

DECRETOS DEL GOBIERNO (Coadyuvancia u oposición)

El Código Contencioso Administrativo (artículo 89) consagra la intervención adhesiva de coadyuvancia u oposición en las acciones de nulidad de los actos administrativos, porque en ese proceso, el condicionamiento jurídico de la gestión administrativa del Estado, se presume con interés en todo ciudadano tanto para ejercitar los recursos legales creados para contrastarla, como para intervenir en ellos. Pero cuando lo demandado no sólo es la nulidad del acto, sino también el restablecimiento del derecho particular que se considera violado por el acto, quien pretenda intervenir en la litis debe acreditar un interés jurídico en el negocio; por ejemplo cuando los efectos de la cosa juzgada de la sentencia afecten al tercero; cuando la sentencia debe producir los efectos accesorios o reflejos previstos en la ley; cuando el cumplimiento de la sentencia corresponde al tercero; o cuando la sentencia debe producir efectos probatorios en la relación entre el tercero y el adversario de la parte a quien ayuda. **Actor**, Andian National Corporation Ltd. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, agosto 20 de 1947 Pág. 182

DECRETOS DEL GOBIERNO (Competencia contencioso administrativa)

La competencia privativa de los jueces del trabajo para decidir las controversias que suscite directa o indirectamente, la ejecución del contrato de trabajo no se enerva ni se mengua, por el ejercicio de la acción contenciosa de anulación de un acto administrativo que impone una obligación a una de las partes signatarias de ese contrato. Los vínculos o nexos del patrono para con el Gobierno no condicionan los pactos de aquél con sus obreros, pactos de los cuales siguen conociendo los jueces del trabajo, cualquiera que sea el valor de tales nexos u obligaciones. El decreto demandado, que ordena constituir un Tribunal de Arbitramento, y el contrato de concesión, son dos hechos independientes, no hay entre ellos relación de causa y efecto; y tanto la acción de nulidad, como el restablecimiento del derecho con relación al acto administrativo son de competencia contencioso administrativa. **Actor**, Andian Corporation Ltd. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, agosto 20 de 1947 Pág. 182

DECRETOS DEL GOBIERNO (Destitución motivada)

El Jefe de Servicio no tiene por qué dar los motivos que lo han movido a

pronunciar la destitución. Pero si los da sin estar obligado a ello, es necesario que ellos sean materialmente exactos y que ellos sean inspirados en el éxito del interés público. En uso de esa facultad de remoción que no puede tener otro fundamento que el buen funcionamiento del servicio público, el Gobierno no está obligado a dar los motivos que determinaron la expedición del acto, según aparece consagrado en nuestra legislación constitucional y legal, como regla general para la administración. La inmovilidad, el derecho a ascenso, etc., es norma de excepción. Si el Gobierno Nacional tiene amplia y total facultad para remover sus empleados, no es menos cierto que un estatuto por él expedido no puede tener fuerza si está apoyado en causas enteramente irreales. **Actor**, Antonio María Sepúlveda. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, agosto 23 de 1947 Pág. 202

DECRETOS DEL GOBIERNO (El interés público)

El interés jurídico que requiere la ley —para que pueda prosperar la coadyuvancia— es el resultante del negocio mismo, no el que pueda tener el interviniente por derechos que no son materia de la controversia, como no lo son, al efecto en el caso de autos, los derechos que se invocan por honorarios como árbitro, como quiera que en el procedimiento administrativo la relación jurídico-procesal se establece entre la Administración, autora del acto acusado, y el demandante, que reclama de ella la subordinación de su funcionamiento a las normas jurídicas, es decir, la legalidad de la administración que considera infringida con el acto impugnado. En estos juicios la Administración está representada por el Ministerio Público. **Actor**, Andian National Corporation. **Ponente**, Consejero doctor. Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, agosto 20 de 1947 Pág. 182

DECRETOS DEL GOBIERNO (Extralimitaciones)

Hay extralimitación de facultades, cuando el Gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria, que solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley, excede a la letra y al espíritu de la norma legal, como en el caso que se estudia, en que restringe el canon legislativo a término de seis meses, cuando no estaba acondicionado a plazo definido alguno, sino a circunstancias que debían apreciarse en oportunidad por el Gobierno. **Actor**, Eustorgio Sarria. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, 3 de junio de 1947 Pág. 427

DECRETOS DEL GOBIERNO (Facultad reglamentaria)

La potestad reglamentaria del Jefe del Estado, es limitada. El reglamento completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él completa; pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto por lo que se refiere a las personas como a las cosas. **Actor**, Néstor Pineda. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Neira Mateus. **Sentencia**, 18 de octubre de 1946 Pág. 405

DECRETOS DEL GOBIERNO (Huelgas ilícitas)

La licitud o ilicitud de una huelga en los servicios públicos tampoco es óbice para el arbitramento, porque siendo esa calificación relativa sólo al interés de las partes en conflicto, no puede primar sobre el interés oficial que consiste en el

más pronto restablecimiento y conservación del servicio, por el medio que la ley ha establecido para alcanzarlo. Las huelgas ilícitas, como todo abuso del derecho, llevan consigo latente su propia ineficacia, porque siendo un delito colectivo, como son, alertan y previenen las poderosas fuerzas de la sociedad para resistirlas y condenarlas, tanto más si trata de servicios públicos, creando en su contra un ambiente de disfavor que interfiere inflexiblemente la decisión del conflicto. **Actor**, Andian National Corporation Ltd. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, agosto 20 de 1947 Pág. 182

DECRETOS DEL GOBIERNO (Presunción de legalidad)

La presunción de legalidad que ampara los actos administrativos y que les da su ejecutoriedad, se excluye y desvanece cuando se demuestra que no son ciertos los hechos en que el acto se funda, porque la legalidad es la antítesis de la falsedad. Los actos fundados en hechos mentirosos no son legales, no tienen validez. La información falsa que se dio al Gobierno y que el decreto acusado acogió como fundamento para separar al empleado, falsea la juridicidad del acto. El Gobierno tiene facultad para nombrar libremente sus empleados no escalafonados, pero si lo hace aduciendo razones de hecho, tiene que conformarse a la realidad de esos hechos. Hay que aceptar que el Gobierno es honesto en sus actos, que su conducta se informa en la recta razón, y que sus actuaciones se enderezan a fines jurídicos del Estado, postulado incompatible con la mentira y la falsedad como fundamento de sus actos. **Actor**, Antonio María Sepúlveda. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 23 de agosto de 1947 ... Pág. 202

DECRETOS DEL GOBIERNO (Teoría de la inexistencia)

No hay que confundir el efecto jurídico del acto administrativo cuya finalidad se haya consumado y no tenga ya vigencia, con la inexistencia jurídica del acto. La legislación no establece causales de inexistencia sino de nulidad; el acto nulo, aun tocado de nulidad absoluta, engendra efectos de derecho mientras no sea destruido por una decisión judicial. En la esfera administrativa hay actos inexistentes o que deben repuntarse como tales, en su carácter de actos administrativos porque no pueden tenerse jamás como actos de la Administración Pública. Lo que compete, es diferenciar los actos administrativos nulos y los anulables, pero siempre existentes. Un acto administrativo inexistente carece de la fuerza intrínseca de la ejecutoriedad. **Actor**, Andian Corporation Ltd. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, agosto 20 de 1947 Pág. 182

DECRETOS DEL GOBIERNO (Tribunales de arbitramento)

La facultad discrecional que el Gobierno tiene para asumir la dirección de los servicios públicos y tomar todas las providencias necesarias para restablecerlos y garantizar su mantenimiento, en caso de huelgas de hecho, comprende necesariamente la autorización de decretar el arbitraje obligatorio, toda vez que tal medida de orden público, es una de las más eficaces y que ofrece mayor garantía de coordinación a los derechos de las partes. El arbitraje es un privilegio legal a los particulares, para no someterse a la justicia ordinaria de suyo dilatoria y formulista. Las ventajas del procedimiento arbitral son reconocidas en los países de mayor desarrollo industrial y es el sistema empleado para resolver los conflictos colectivos de trabajo. La circunstancia de existir pactos y convenciones de trabajo entre las partes, conservando estos su validez no pueden primar, a la luz del derecho público, sobre la preeminencia del Estado a asegurar la administración, cuando quiera que la interrumpe una huelga en los servicios públicos. **Actor**, An-

dian Corporation Ltd. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 20 de agosto de 1947 Pág. 182

— E —

ELECTORALES (Acumulación o arrastre)

Son acumulables dos grupos de sufragios: los correspondientes a las listas que no llegaron a la mitad del cuociente y que se suman a los de la lista más votada de un mismo partido antes de procederse a la asignación de los puestos; y los correspondientes a los residuos que no alcanzaron al medio cuociente, que se suman, al final del escrutinio y si hubieren quedado sillas por proveer, al mayor de ellos, para adjudicarles, en orden descendente, las curules no provistas en las adjudicaciones sucesivas por cuociente y por medios cuocientes originales o residuales, teniendo siempre en cuenta que el resultado general se ajuste a la operación constitucional de la representación proporcional de los partidos. Quiere esto decir que los medios cuocientes, originales o residuales, son en la ley 39, entidades independientes que ni se excluyen del escrutinio ni son acumulables. **Actor**, Claudio M. Blanco y otros. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 29 de agosto de 1947 Pág. 58

ELECTORALES (Aplicación del arrastre)

Desde el punto de vista de la acumulación de residuos, o del **arrastre**, la ley no opera sino con relación a las divisiones internas de cada partido, pues, una colectividad política disciplinada no ofrece sino un solo residuo, o un medio cuociente, o un medio cuociente residual, o un cuociente entero, ninguno de los cuales es acumulable; el primero por ser de un solo partido, y los demás porque de suyo no lo son. Al partido que se fracciona en grupos, hay que aplicarles a los residuos de esos grupos la acumulación de los residuos, la prelación prevista por la ley, a fin de establecer, por el mayor de cada cual de esos medios cuocientes residuales, y la acumulación de los residuos, la prelación con que el partido compete con los otros partidos en la adjudicación de los puestos que faltan por proveer. De ahí el arbur de toda táctica de división para lograr ventajas electorales: toda fracción de votos inferior al cuociente puede ser supeditada por un solo voto de otra fracción contraria quedando así desplazada del escrutinio. **Actor**, Paulo E. Sabogal. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 5 de septiembre de 1947 Pág. 207

ELECTORALES (Carga de la prueba)

Correspondiendo la carga de la prueba a quien de sus afirmaciones pretende derivar el reconocimiento del derecho alegado, el incumplimiento de este deber apareja el desconocimiento de ese derecho, ya porque no hay derecho sin deber correlativo, ya porque es lo justo que quien quiere obtener una ventaja afronte las desventajas a ella anexas, entre las cuales se cuenta la carga de la prueba. De modo que no habiendo probado el actor la identidad personal del individuo que aparece bautizado en la partida que acompañó a la demanda, con la persona que aparece escrutada y declarada electa Senador suplente, en los escrutinios demandados, no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas por él. **Actor**, Vicente Granados. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 19 de septiembre de 1947 Pág. 226

ELECTORALES (El cuociente electoral)

Para obtener el cuociente electoral, se divide el total de votos válidos obtenidos por todas las listas, por el número de puestos que en la respectiva circunscripción van a proveerse. Para asegurar la representación proporcional de los partidos, se divide el total de votos de las listas de cada partido por el cuociente electoral y se obtendrá el número de curules correspondiente a cada uno. Si el reparto no se completa, los respectivos residuos dirán en orden descendente a cuáles partidos corresponden los puestos sobrantes. Del escrutinio se excluyen las listas cuyos votos no alcanzarían a la mitad del cuociente y se acumulan a la lista del mismo partido que tuviere mayores sufragios. A cada uno de los totales así hallados, se les adjudican los puestos a razón de tantas cuantas veces cupiere el cuociente en el total correspondiente. Si quedaren sillas por proveer, se adjudicarán en orden descendente a las listas que alcancen o sobrepasen la mitad del cuociente, originariamente o por adición del residuo. Si aun quedaren curules, se acumularán los residuos al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido y en orden descendente se adjudicarán los sobrantes. **Autor**, Claudio M. Blanco y otros. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 29 de agosto de 1947 Pág. 58

ELECTORALES (El medio cuociente)

El medio cuociente es un factor de escrutinio que en fuerza escrutadora sigue en turno al cuociente entero, con derecho a recibir casilla a título de medio cuociente, sin que sea posible cambiarle la naturaleza con que entró al escrutinio, porque tiene, de acuerdo con la ley, una categoría especial que le permite entrar al escrutinio conforme a su propia naturaleza, porque tal medio cuociente, no es residuo ni sobrante de nada y por tanto no puede confundirse ni sumarse con sobrantes después de haber hecho las adjudicaciones, lo contrario daría el más extravagante resultado desde el punto de vista de la representación proporcional de los partidos que consagra la Constitución Nacional. **Autor**, Claudio M. Blanco y otros. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 29 de agosto de 1947 Pág. 58

ELECTORALES (Exclusión del medio cuociente)

Si el medio cuociente original no se excluye del escrutinio ni se acumula lo que no es menos claro por implícito en la ley 39, es porque tiene virtud propia. Ni es equitativo que los medios cuocientes corran la misma precaria suerte de los residuos a él inferiores en número de votos. De tan insostenible tema, resultaría la posibilidad de que un medio cuociente no recibiese puesto y un residuo considerablemente inferior, al cual se acumulasen otros, lo recibiese: de esta manera, una lista favorecida por el medio cuociente podría ver su derecho arrebatado por un afortunado residuo de última hora coadyuvado por otros cuantos, todos ellos separadamente menores que el medio cuociente. Preciso sería suponer necio al legislador, a quien le habría bastado, para conseguir objetivos tan triviales ordenar la acumulación de los medios cuocientes a las listas, como lo dispuso respecto de las cantidades inferiores. **Autor**, Claudio M. Blanco y otros. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 29 de marzo de 1947. Pág. 58

ELECTORALES (El medio cuociente)

La Ley 39 de 1946 tiene en cuenta que los partidos se presentan en ocasiones divididos internamente por discrepancia de matices para combinar la norma cons-

titucional que dice relación con los partidos políticos, con la práctica electoral en referencia. De conformidad con la ley existe una cifra mínima, la mitad de cuociente de importancia y trascendencia en el proceso electoral, para decidir la suerte de las diversas listas. Las planchas que alcancen a esta cifra quedan con vocación para entrar en el escrutinio y las que no lleguen a ella se descartan, pero conservan su valor como expresión de la voluntad del sufragante que pertenece a determinado partido político, tales votos se acumulan a los de la plancha del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número de votos; la ley opera pues, un desplazamiento de cantidades pero dentro de los cauces de cada partido político. El medio cuociente sirve para descartar las listas de un número de votos inferior a esa cifra y por otra parte consagra dentro del respectivo partido, aquellas planchas, que hubieran sobrepasado ese límite sin llegar al cuociente completo. La función de estos medios cuocientes y su derecho no puede ser otro que el de entrar a competir, si los hubiere con los residuos de otras listas que tengan su misma calidad. **Actor**, Luis Carlos Iragorri y otros. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, agosto 21 de 1947 Pág. 325

ELECTORALES (Escrutinios)

La creación de las tres categorías electorales, implica un sistema de escrutinio análogo; 1º—Escrutinio por cuociente completo. 2º—Escrutinio por medio cuociente. 3º—Escrutinio por residuo acumulado por partidos. El cuociente tiene como función esencial servir de divisor con respecto al número de votos de cada lista, el cual sirve luego de dividendo y cumple su función en la primera etapa del escrutinio y obra sobre las cifras más altas, sobre aquellas que sean iguales o superiores a él. El medio cuociente opera en la segunda etapa, compitiendo con los residuos que tengan su misma naturaleza, esto es, que representen una cifra superior al medio cuociente. En este segundo plano del escrutinio, se enfrentan medios cuocientes contra medios cuocientes originales o residuales. Si verificada esta segunda etapa del escrutinio quedaren puestos por proveer se entrará al tercer plano del escrutinio que consiste en enfrentar residuos contra residuos de la misma naturaleza, previa la acumulación de los menores a la lista mayoritaria del mismo partido. El residuo electoral no se debe confundir con el residuo aritmético. El residuo electoral es solamente aquel que es inferior al medio cuociente. **Actor**, Luis Carlos Iragorri. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, agosto 21 de 1947 Pág. 325

ELECTORALES (Fracciones homogéneas)

No hay divorcio o antagonismo entre las fracciones de un mismo partido político por la circunstancia de haber inscrito cada una de ellas diferentes listas de candidatos para los comicios, cuando en la diligencia de inscripción de tales listas obra el juramento de fe política de los candidatos al mismo partido, y no puede fundarse en esa división una supuesta divergencia u oposición ideológica que haga improcedente la acumulación de los residuos que arrojan los cálculos de esas mismas fracciones. Precisamente en tales eventos es cuando tiene aplicación el precepto de la Ley 39 de 1946, que en lo pertinente, en el artículo 1º, dice: "y si hechà la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán en orden descendente previa la acumulación al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido". **Actor**, Paulo E. Sabogal. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 5 de septiembre de 1947 Pág. 207

ELECTORALES (Identificación personal)

La prueba de la identificación personal del elegido con la partida de nacimiento anexada a la demanda era tanto más indispensable producirla en el juicio, cuanto que la acción ejercitada se funda precisamente en que aquél es la persona a que se refiere la demanda. La identificación que se echa de menos era imprescindible hacerla habida cuenta que en el juicio obraba otra partida presentada, lo que enerva la presunción de legalidad que amparaba a la aducida por el actor dando cabida al precepto sustantivo de derecho, común de que los documentos sobre el estado civil pueden ser impugnados probando la no identidad personal. **Actor**, Enrique de Andreis. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 19 de septiembre de 1947 Pág. 226

ELECTORALES (Influencia de las minorías)

Los 1.391 votos del partido del **frente popular** que, por razón de su exigüedad, quedan excluidos de la representación proporcional, no pueden sin embargo excluirse por la deducción del cuociente electoral porque ellos son **votos válidos**, que la ley manda incluir para ese efecto. Quiere ello decir que cualquier número de votos inferior a la mitad del cuociente sufragados por un partido autónomo, si no alcanzan a merecer representación proporcional, influyen, empero, en la proporcionalidad de los partidos que sobrepasan ese mismo cuociente. **Actor**, Antonio Escobar Camargo. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 19 de septiembre de 1947 Pág. 226

ELECTORALES (Las minorías)

La doctrina del Consejo de Estado sobre interpretación de las disposiciones electorales en guarda de la representación proporcional de los partidos, se limita a fijar hasta dónde va el derecho de cada una de las colectividades que comparecen al debate, y por tanto no sólo no desconoce los derechos de las minorías, sino que esa jurisprudencia propende para que las mayorías no absorban a las minorías, y para que éstas no puedan supeditar a aquéllas. La doctrina no prescribe el fraccionamiento de los partidos, ni desconoce el derecho que la ley les otorga de dividirse y subdividirse, sino que ajusta las fuerzas de cada fracción a la escala graduada establecida por la ley, desde el medio cuociente hasta el cuociente entero, pasando por los medios cuocientes residuales, para hacer la distribución de las curules de ese partido conforme al mayor derecho que cada cual de sus sectores compruebe en las urnas y se haga así cumplida justicia electoral. **Actor**, Paulo E. Sabogal. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 5 de septiembre de 1947 Pág. 207

ELECTORALES (Ordenación del escrutinio)

La Sala estima que la adjudicación por cuociente es, substancialmente, la misma que la adjudicación por medio cuociente. El hecho de que la primera intervenga la división no corresponde sino a la obvia necesidad de saber cuántas curules deben asignarse a las listas que alcanzaron tal cifra, necesidad que no se presenta en relación con las que sólo llegaron a la mitad de ella. Solo que, en el caso de haber listas en determinada circunscripción con el cuociente completo y listas con la mitad de éste, tiene prelación la adjudicación por la primera cifra sobre la adjudicación por la segunda, debiendo ocupar un tercer lugar la adjudicación por residuos. **Actor**, Claudio M. Blanco y otro. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 29 de agosto de 1947 Pág. 58

ELECTORALES (Representación proporcional)

El principio constitucional, consagrado en el artículo 172 de la Carta, es norma básica en lo electoral, a la cual está subordinada la interpretación de la ley, para darle representación proporcional a los partidos en las corporaciones públicas, en la misma correlación de fuerza que ellos hubieren tenido en las votaciones. A mayor número de sufragios corresponde mayor número de curules, es el querer de la Constitución. El método para hallar esta proporción es el llamado del cuociente; el total de votos válidos consignados en las urnas se divide por el número de individuos que deben elegirse y el resultado es el cuociente electoral. Cada partido tendrá tantos puestos cuantas veces cupiere el cuociente en el total de sus votos ya se trate de una sola lista o de varias del mismo partido, idealmente acumuladas. Si restaren puestos por proveer se adjudicarán a los partidos en el orden descendente de sus respectivos residuos. Este principio general normativo debe tenerse en cuenta en cada etapa parcial de aplicación de la ley para que los accidentes del escrutinio sean resueltos en armonía con la norma constitucional que se destaca y comenta. **Actor**, Luis Carlos Iragorri y otros. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, agosto 21 de 1947 Pág. 325

ELECTORALES (Representación proporcional)

Estima el Consejo que todo acto de escrutinio debe asegurar la representación proporcional de los partidos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 172 de la Constitución Nacional. Sobre el particular, ha dicho el Consejo, que a mayor número de sufragios debe corresponder mayor número de curules, según el querer de la Constitución, en armonía con la equidad y con la lógica, y que este principio general y de fondo debe tenerse en consideración en el desarrollo de todo el proceso del escrutinio. Tratándose de cantidades directamente proporcionales, como lo son el número de votos y el de las sillas por proveer, el cumplimiento de aquel requisito fundamental exigido por la Carta se demuestra por la llamada regla de tres simple, cuyo objeto es "hallar el cuarto término de una proporción cuando se conozcan los otros tres". **Actor**, Claudio M. Blanco y otros. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 29 de agosto de 1947 Pág. 58

ELECTORALES (Representación proporcional)

El Consejo de Estado tiene asentado que la Ley 39 de 1946, como todas las leyes electorales, debe interpretarse en función del principio constitucional que garantiza la representación proporcional de los partidos en toda elección popular o en las que se realicen en las corporaciones cuando se vote por más de dos individuos. Procediendo de esta manera, el precepto constitucional se cumple a través de todas las etapas legales en función de ese derecho, y se precave la proporcionalidad de esa representación de ser burlada por las divisiones de un mismo sector de sufragantes, con miras a lograr un mejor resultado electoral. Cada partido no tendrá derecho a más curules que las que le corresponden en razón del número de votos que puso en las urnas, con relación a las que le corresponden a todos los partidos por el cómputo total de votos. **Actor**, Paulo E. Sabogal. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 5 de septiembre de 1947. Pág. 207



ELECTORALES (Votación de los Corregimientos)

No son acusables los escrutinios de los jurados de los Corregimientos por exceso de votos del número de los sufragantes inscritos para cada uno de tales jurados. De acuerdo con el artículo 4º de la Ley 19 de 1935, los ciudadanos domiciliados en los Corregimientos pueden votar en los jurados que en ellos se establezcan, con la simple presentación de la cédula respectiva, figuren o no inscritos en las listas parciales de ciudadanos hábiles para votar del propio Corregimiento. De igual modo, si aparecen inscritos en las listas del Corregimiento, pero no en las de la cabecera del Municipio, pueden votar en éste, con la sola exhibición de la cédula de ciudadanía. Lo que la ley ha querido por esta facultad es propiciar a los ciudadanos residentes en los campos, el ejercicio del derecho del sufragio dentro de su jurisdicción domiciliaria. **Autor**, Paulo E. Sabogal. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 5 de septiembre de 1947. Pág. 207

— I —

IMPUESTOS (Aporte en good will)

El artículo 1849 del Código Civil define la compraventa como “un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, aquella dice vender y ésta comprar”. Y el artículo 2079 ibídem, define la sociedad o compañía como “un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación”. Cada una de las dos especies de contratos tiene perfectamente determinada, con normas que le son propias, las diferentes modalidades que lo caracterizan y sus elementos esenciales bien diferenciados. Cada una tiene su legislación especial y sustancialmente diferente. Si son distintos los dos contratos desde su misma definición y desarrollo y efectos, se regulan de distinta manera, debe concluirse, en sana lógica que no pueden confundirse y tomarlos como uno solo para efectos del **good will**. Y si el aporte por medio de contrato de sociedad no equivale a “comprar” y el **good will** no ha sido avaluado por Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, éste no puede tomarse como activo para los efectos fiscales porque así lo dispone el artículo 33 del decreto 554 de 1942. **Autor**, Aristizábal y Cía. S. A. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 30 de abril de 1946 Pág. 372

IMPUESTOS (Aporte social)

El socio, en el evento de aporte en propiedad, toma, frente a la sociedad, una posición similar a la de un vendedor, ya que aporta las mismas obligaciones que éste, como las de entregar el bien, responder de la evicción y vicios redhibitorios. La posición de la sociedad es similar a la de un comprador, porque como adquirente del bien, por el aporte, no está obligada a pagar un precio; el accionista recibe, como retribución de su aporte, un título de acción que le da unos derechos sobre las utilidades líquidas que la sociedad pueda producir, y sobre el capital líquido en caso de disolución, resultando por tanto el carácter de aleatorio del derecho por una parte, y por otra, una clara conclusión de que la persona jurídica que se forma, no ocupa, frente a sus propios accionistas, la posición de un comprador, porque, como se lee en el artículo 1849 del Código Civil, la compraventa, es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, y ese dinero que se paga es lo que se llama precio que es dominante en el contrato. **Autor**, Aristizábal y Cía. S. A. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 30 de abril de 1946 Pág. 372

IMPUESTOS (Avalúo pericial)

Se discute el avalúo, que los encargados de justipreciar la propiedad inmueble urbana en Bogotá, fijaron al edificio del actor, avalúo que fue acogido y confirmado por las resoluciones demandadas y esta cuestión, escapa a las atribuciones de la jurisdicción contencioso administrativa, porque, de lo contrario, asumirían estos tribunales el carácter de Oficinas de Catastro, funciones atribuidas a otros funcionarios de carácter administrativo. El valor de las cosas es esencialmente variable; no teniendo los bienes un valor matemático, mal puede decirse que una resolución administrativa, apoyada en apreciaciones subjetivas de los peritos, viole normas de carácter superior. **Actor**, María Casas C. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 5 de diciembre de 1946 Pág. 157

IMPUESTOS (Clasificación del impuesto)

La ganancia o la pérdida de una persona o entidad, que directamente o por conducto de comisionista, venda, cambie o disponga de propiedades muebles o inmuebles, será considerada como aumento o pérdida de capital. Pero las ganancias obtenidas y las pérdidas sufridas serán consideradas como renta para el impuesto o deducción de la renta bruta, cuando tales operaciones se lleven a efecto por quien tenga el negocio de comprar, vender, cambiar o disponer de tales propiedades. **Actor**, Bolsa de Bogotá S. A. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, 4 de junio de 1946 Pág. 424

IMPUESTOS (Característica de la renta)

Es característica principal y predominante de la renta que ella sea periódica, que provenga de un acto habitual, que se presente de un modo normal en la adquisición de bienes, en una unidad de tiempo, y que sirva para satisfacer las necesidades del rentado y para renovar los bienes consumidos en la satisfacción habitual de los fines propuestos. **Actor**, Carlos Villaveces Restrepo. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 4 de noviembre de 1946 Pág. 380

IMPUESTOS (Contrato social)

La naturaleza del acto de constitución de una sociedad es la de un contrato plurilateral, cuando los contratantes son más de dos, y en el que median tanto para la formación como para la ejecución otras tantas relaciones correspondientes entre cada uno y los demás contratantes. Al acto de la constitución de la sociedad va aparejado la calidad del contrato, pero domina en él la creación de la persona jurídica y de la empresa, lo que hace que se califique por los expositores el convenio como un acto complejo o acto lucrativo, que no puede regularse precisamente por las normas generales de los demás contratos en cuanto a la voluntad, la capacidad y la responsabilidad, pues en derecho mercantil es cosa cierta que las obligaciones de la firma social recaen en una u otra medida sobre los socios, aunque estos sean incapaces o participen en la sociedad con voluntad imperfecta. **Actor**, Aristizábal y Cía S. A. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 30 de abril de 1946 Pág. 372

IMPUESTOS (Declaración anticipada)

Si la ley concede a los contribuyentes la facultad de anticipar sus declaraciones de renta, lo hace con un solo fin: el de que el contribuyente pueda pagar todos sus tributos y hallarse a paz y salvo con el Tesoro Nacional, requisito indispensable para la obtención del pasaporte. Pero esta excepción en la declara-

ción no puede modificar, ni modifica de hecho, los términos ordinarios y generales señalados por las leyes para que los funcionarios de hacienda practiquen las liquidaciones y revisiones pertinentes, y para este efecto debe entenderse que la declaración de la renta fue hecha dentro del término normal. **Actor**, José Rafael Sánchez. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 30 de septiembre de 1947 Pág. 73

IMPUESTOS (Deducción de expensas)

De acuerdo con los principios que rigen la materia, el valor de las expensas ordinarias del negocio que produce la renta sean provenientes de salarios, sueldos, o de otra clase, se descuentan no como deuda de patrimonio, sino de la renta como gastos, aún en el supuesto de que al expirar la respectiva vigencia no estén satisfechos o pagos. **Actor**, Droguería Nueva York. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, 29 de enero de 1947 Pág. 431

IMPUESTOS (Elemento subjetivo de la renta)

El elemento subjetivo, o sea la intención del sujeto de producir la renta, está determinado por el hecho de dedicarse el contribuyente, habitualmente, a una actividad. Es el producto de esa actividad habitual y normal lo que hace que se produzca un ingreso periódico, que la ley grava como renta. **Actor**, Carlos Villaveces Restrepo. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 4 de noviembre de 1946 Pág. 372

IMPUESTOS (Fuentes de la renta)

Proviene del trabajo la renta que se recibe por concepto de sueldos, comisiones, salarios, honorarios y por todo servicio de carácter personal; por tanto debe entenderse que esta renta la constituyen el esfuerzo físico y la utilidad mental del individuo. Proviene del capital la renta que se produce con esfuerzo físico o mental del propietario, y es pagado bajo la forma de intereses, dividendos, participaciones, etc. Se puede decir que es un ingreso que proviene de la sola inversión del dinero. La renta mixta es la que resulta de la combinación de los factores trabajo y capital, explotados por su propietario. **Actor**, Carlos Villaveces Restrepo. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 4 de noviembre de 1946 Pág. 380

IMPUESTOS (Habitualidad)

Sabido es que la intención es el elemento determinante de la habitualidad. La persona que realiza determinadas operaciones con la intención de especular y convertirlas en actividad regular y permanente, tendrá habitualidad en esta clase de operaciones. Por consiguiente, descubierta la intención del contribuyente puede fácilmente deducirse si hubo habitualidad en los negocios realizados en determinado año gravable. Para liquidar el gravamen correspondiente a la utilidad en el negocio de compra y venta de bienes raíces, lo que se aprecia es la utilidad misma obtenida en el negocio. **Actor**, José Rafael Sánchez. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 30 de septiembre de 1947 Pág. 73

IMPUESTOS (Honorarios razonables)

No es inconstitucional el Decreto 554 de 1942, dictado en uso de facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo, por decir relación esas facultades a si-

tuaciones fiscales de cuyo carácter participa el precepto del mencionado decreto, ya que se limita a definir lo que se entiende y debe entenderse por honorarios razonables y justos, señalando al efecto un límite tendiente a poner coto tanto a las arbitrariedades en que pudieran incurrir los liquidadores, dueños de la facultad de apreciación de lo que sea "razonable" en materia de honorarios, como a los abusos que los contribuyentes pudieran cometer sobre compensaciones para eludir el impuesto de exceso de utilidades. **Actor**, Droguería Nueva York S. A. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, 29 de enero de 1947 Pág. 431

IMPUESTOS (Valor comercial)

El valor de las cosas es esencialmente variable y mudable. En él juegan factores de muy diferente índole, siendo el principal la ley de la oferta y la demanda y luego le siguen las condiciones económicas de determinado lugar, la afectación por determinadas cosas, la utilidad o comodidad que ofrecen y aún en ocasiones, el simple capricho. No teniendo, pues, las cosas un valor exacto, matemático mal puede decirse que una resolución administrativa, apoyada en apariencias subjetivas de los peritos viole normas de carácter superior. **Actor**, María Casas C. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 5 de diciembre de 1946 Pág. 157

INDEMNIZACIONES (Autos interlocutorios)

El recurso de alzada que se estudia es improcedente, porque la apelación solo puede concederse para ante el Consejo de Estado, tratándose de autos interlocutorios, cuando lo está expresamente previsto en la ley. En el sistema del Código de Procedimiento Administrativo se buscó una mayor rapidez en la solución de los negocios, y por esa razón solamente se consagró el recurso de apelación contra aquellos autos interlocutorios que se consideraron más importantes, tales como el de inadmisión de la demanda y el de suspensión provisional. El auto de que se trata declaró una nulidad y es, por su misma naturaleza **interlocutorio**; pero como el Código de Procedimiento Administrativo no previó el recurso de apelación contra esa providencia, el Consejo debe abstenerse de considerarlo en el fondo. **Actor**, Personero Municipal de Cartagena. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 12 de marzo de 1946 Pág. 360

INDEMNIZACIONES (Canon legal)

El particular agraviado podrá ejercitar acción para el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa, caso en el cual no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes (artículo 68 del C. C. A.). El legislador quiso con este precepto ampliar los casos de procedencia de dicha jurisdicción, quedando nítidamente establecido que en los eventos del artículo que se examina, la acción sobre restablecimiento del derecho procede, en forma de indemnización, según las palabras de la ley, sin necesidad de ejercitar la de anulación. **Actor**, El Siglo S. A. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 29 de julio de 1947 ... Pág. 448

INDEMNIZACIONES (Instituciones jurídicas nacionales)

Colombia no puede seguir atada a las instituciones jurídicas extranjeras. Bien está que en presencia de normas similares o de temas comunes a la vida social

de los pueblos se aprovechen las enseñanzas de eminentes autores. Pero los países tienen sus características, su fisonomía que justifican una legislación compasada con la estructura que les es peculiar. Y esta nación, ha venido reaccionando contra la tradición foránea, adoptando instituciones de auténtico avance y originalidad, compatibles con su índole nítidamente civil. No quiere que nadie sufra perjuicio, pero si las circunstancias obligan a obrar, así sea en aplicación del principio que hace prevalecer el interés general sobre el individual, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Tal consigna compete al Código Contencioso Administrativo. **Actor**, El Siglo S. A. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 29 de julio de 1947 ... Pág. 448

INDEMNIZACIONES (Operación administrativa)

La operación administrativa es el ejercicio de un derecho reglamentario en provecho de la Administración. Por consiguiente, cuando hay operación administrativa no puede haber vía de hecho, puesto que los dos fenómenos chocan, se oponen entre sí: el primero es legítimo, plausible; el segundo arbitrario y hasta violento, y, por lo mismo censurable. Consecuencia recta es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna: pero sí en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido. **Actor**, El Siglo S. A. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 29 de julio de 1947 Pág. 448

INDEMNIZACIONES (Orbita legal)

El artículo 68 del C. C. A. tiene alcances de señalado progreso de las instituciones jurídicas. Hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a hecho u operaciones ejecutadas, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor, y quizás no estaría fuera de razón que un empleado, v. gr., en goce de inamovilidad, no obstante fuera destituido por medio de decreto, en el cual se le nombrara reemplazo, optara por limitar su restablecimiento a la indemnización, mediante el pago de los sueldos respectivos, dejando vigente el hecho del nombramiento de su reemplazo. **Actor**, El Siglo S. A. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 29 de julio de 1947 Pág. 448

INDEMNIZACIONES (Vía de hecho)

Hay operación administrativa en el ejercicio de un derecho reglamentado en provecho de la administración y con el empleo del correspondiente procedimiento. Si faltaren tales requisitos el principio se sanciona en lo que se llama **vía de hecho**, es decir la Administración comete una vía de hecho o una **usurpación de poder**, y la Administración recibe la misma sanción si usa un derecho que no ha sido previa y formalmente reglamentado o que posee realmente, pero sin observar los procedimientos que le son impuestos, protectores de los intereses de terceros. **Actor**, El Siglo S. A. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 29 de julio de 1947 Pág. 448

INDEMNIZACIONES (Vía de hecho)

Tanto en el caso de que haya operación fuera de los poderes o fuera de los procedimientos que obligan a la Administración, el acto del Poder Público debe

ser calificado como vía de hecho ya que no es administrativo y se puede demandar ante lo contencioso administrativo la reparación del daño causado. El Consejo de Estado es competente para reparar el derecho y acordar las indemnizaciones a que hubiere lugar. **Actor**, El Siglo S. A. **Ponente**, Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia**, 29 de julio de 1947 Pág. 448

— J —

JURIDICCION COACTIVA (Excepciones)

Los hechos que, probados, destruían la existencia misma de las obligaciones los designaron los romanos con el nombre de **medios de defensa**; al paso que se reservó la denominación de excepciones para abarcar dentro de ella únicamente los fenómenos extensivos. Si ocurre, como ha ocurrido en el presente negocio, que la autoridad dicta unas providencias en que sanciona con unas multas a personas particulares, y éstas no se sienten legalmente merecedoras de tal sanción, pueden, desde luego, defenderse, pero por los trámites y en las ocasiones que preveen las leyes. **Actor**, Luis y Santiago Escrucerías. **Ponente**, Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia**, 31 de julio de 1946 Pág. 17

JURIDICCION COACTIVA (Excepciones)

La ley establece como renta de manera general lo que le entra al individuo en el curso del año por cualquier causa, con las excepciones que la misma ley señala. Por lo tanto lo que no está comprendido en las excepciones es renta. Para que la excepción de error numérico presentada a este juicio pudiera prosperar se requeriría que la ley hubiera incluido entre las excepciones al impuesto sobre la renta, los aumentos de capital provenientes de remisión de deudas. **Actor**, Gerardo Restrepo Ramírez. **Ponente**, Consejero doctor Guillermino Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 19 de noviembre de 1946 Pág. 252

JURISDICCION COACTIVA (Fiadores)

Sabido es que los fiadores responden por los alcances que resulten a cargo de sus fiados, provengan de malos manejos de éstos solamente, o de manejos indebidos acordados con otros empleados. Al respecto no hacen las leyes fiscales diferenciación alguna. **Actor**, Clodomiro Herrera Meñaca. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, 12 de febrero de 1947 Pág. 429

JURISDICCION COACTIVA (Operaciones habituales)

Es cierto que la sociedad de que hacía parte la actora, no realizó sino una sola operación de compra venta de bienes raíces, pero ésta copó su objeto social; pero ello no desvirtúa el hecho de que ella se constituyó únicamente para explotar el negocio de parcelación o venta del único bien aportado y que verificada la venta, se consumó el objeto social, como se dijo en la escritura de liquidación; y siendo esto así, esa operación no puede considerarse como ocasional, sino que haciendo parte del fin para que fue constituida, la utilidad realizada en esa operación, debe considerarse como renta sujeta a gravamen porque ese era el negocio habitual de la compañía formada para explotar la finca aportada por venta o parcelación. **Actor**, María Gacharná de Rodríguez. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 13 de febrero de 1946 Pág. 340

JURISDICCION COACTIVA (Renta)

La ley colombiana no define la renta. Se limita a describirla y a enumerar algunas especies; y en términos generales establece que la renta bruta comprende ganancias, beneficios y entradas provenientes de salarios, jornales o compensaciones por servicios personales de cualquier clase y pagados en cualquier forma, etc. Esta noción de renta, desvinculada del carácter de periodicidad, aparece también en la descripción que de ella hace la ley al referirse a la que provenga del comercio o de rentas o de transacciones sobre propiedades raíces o muebles; y también cuando se refiere a los resultantes de cualquier clase de negocios, llevados a cabo con miras de lucro. El principio general es, pues, de que toda ganancia es renta excepto aquello que la ley exonera taxativamente. **Actor**, Gerardo Restrepo Ramírez. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. Sentencia, 19 de noviembre de 1946 Pág. 252

JURISDICCION COACTIVA (Valor del aporte social)

Si el bien aportado valía más de lo estimado por los socios al momento del aporte, según los peritos, ello no significa que la obligación cobrada no existía, porque estando asentado en los libros de la sociedad el precio dado por los socios al aporte, así como también que la diferencia entre este valor y el en que fue vendida la finca se repartió entre ellos como utilidades, la prueba resultante de la contabilidad, llevada de acuerdo con los principios legales, no puede desvirtuarse con ese peritazgo, pues es principio general, que consagra el Código de Comercio, que los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva y no se admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos (artículo 27), porque debiendo contener la escritura de una sociedad de responsabilidad limitada la estimación de los aportes que se hacen en especie, siendo los socios solidariamente responsables del valor atribuido por ellos a los indicados aportes en la escritura social, (artículo 2º, ordinal 3º, Ley 124 de 1937), no sería explicable que la estimación dada por los socios a sus aportes en especie y que así fue contabilizada, no tuviera efectos con respecto a la Administración, cuando ante ella se exhiban los libros. **Actor**, María Gacharná de Rodríguez. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. Sentencia, 13 de febrero de 1946 Pág. 340

— P —

PENSIONES Y RECOMPENSAS (Autorizaciones especiales)

La autorización contenida en el artículo 8º de la Ley 89 de 1940 implica un mandato especial al Gobierno para organizar las fuerzas militares, mejorar y perfeccionar la carrera de oficiales, suboficiales y del personal técnico. El Decreto expedido con apoyo en esta disposición lejos de mejorar a los oficiales en su carrera les crea una situación menos ventajosa puesto que aumenta en siete años, casi el doble, el requisito de tiempo de servicio para que el personal de la fuerza aérea pueda disfrutar de la ley que ha sido rebasada en detrimento de los aviadores. El Consejo observa que el Gobierno no tenía facultades para modificar el contenido del artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, y que por las razones expuestas, no debe darse aplicación al párrafo 1º del artículo 31 del Decreto 1680 de 1942. En consecuencia el juicio que este fallo se emite sólo comprende la no validez del párrafo que acaba de citarse pero no se refiere a las demás disposiciones del Decreto. **Actor**, Antonio Olano Arboleda. **Ponentes**, Consejeros doctores Gustavo A. Valbuena y Guillermo Hernández Rodríguez. Sentencia, 29 de mayo de 1946 Pág. 439

PENSIONES Y RECOMPENSAS (Compensaciones)

El artículo 5º del Acuerdo No. 1º de 1936 dictado por el Consejo de Estado, ordena, que al resolver sobre pensiones, cuando se hubiere ya recibido recompensa, se descuenta el valor de dicha recompensa hasta su compensación total. La recompensa fue decretada a favor de los esposos J. I. Carreño y María P. Baron, quienes la recibieron por partes iguales. No sería justo que la viuda Baron de Carreño, estuviera obligada a pagar lo que le correspondió a su marido, ya difunto; hacer ese descuento sería hacer irrisoria la pensión. El Consejo de Estado ha sentado la doctrina de que las disposiciones legales de las prestaciones sociales deben ser de benévola, amplia, liberal y cristiana interpretación, porque ese es el espíritu de la legislación social que nos rige. No habiendo disposición expresa que regule la cuantía del descuento que debe hacerse para compensar la recompensa anterior, el Consejo, puede regular, por medio de doctrina, la forma y cuantía del descuento, aplicando por analogía lo que dispone el inciso 2º del artículo 12 de la Ley 64 de 1946, que aforó el descuento a las pensiones por razón de cesantías anticipadas en el 10 por ciento, donde hay la misma razón debe haber la misma disposición. **Actor**, María P. Baron v. de Carreño. **Ponente**, Consejero doctor Pedro Gómez Parra. **Sentencia**, 23 de febrero de 1947 Pág. 167

PENSIONES Y RECOMPENSAS (Decretos inoperantes)

La circunstancia de exceder el decreto, las facultades extraordinarias en que dice apoyarse le resta todo valor jurídico en contra de la Nación y de las entidades oficiales. **Actor**, Antonio Olano Arboleda. **Ponentes**, Consejeros doctores Gustavo A. Valbuena y Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 29 de mayo de 1946 Pág. 439

PENSIONES Y RECOMPENSAS (Oficiales de aviación)

No sería justo que a los jóvenes que entraron a servir en la fuerza aérea nacional para la época en que era mayor la peligrosidad del servicio y cuyo ingreso al arma se halagó con el establecimiento de prestaciones sociales en concordancia con los riesgos de vida que se corrían al enrolarse en aquella clase de actividades, se apliquen con retroactividad, al reconocimiento de las pensiones de los pilotos aviadores, una legislación social que aminore sus prestaciones. Jurídicamente hay que decidir que a la pensión de los aviadores debe aplicarse el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, que reconoce el canon del último sueldo devengado y no la disposición del parágrafo 1º del artículo 31 del Decreto 1680 de 1942, que aumentó el tiempo de servicio para los Oficiales Pilotos que se retiren voluntariamente, cuando ya la técnica en la construcción de aviones disminuía la peligrosidad del servicio. No parece justo que para el personal de la aviación militar, se aplique con retroactividad una legislación social que aminora sus prestaciones cuando sucede lo contrario para el resto de los trabajadores nacionales y particulares. **Actor**, Teniente Piloto Antonio Olano A. **Ponentes**, Consejeros doctores Gustavo A. Valbuena y Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, mayo 29 de 1946 Pág. 439

PENSIONES Y RECOMPENSAS (Pensión de invalidez)

Para el Consejo es claro que la pensión de invalidez a que tienen derecho los empleados y obreros nacionales, es necesario reconocerla cuando se compruebe en debida forma que la invalidez fue adquirida en el servicio. **Actor**, Froilán Ce-

peda. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Neira Mateus. **Sentencia**, 24 de septiembre de 1946 Pág. 401

PENSIONES Y RECOMPENSAS (Prescripción)

Se fija un término, contado desde la notificación o publicación del acto o desde la ejecución del hecho u operación administrativa correspondiente, para que pueda invocarse válidamente la acción dirigida a obtener el restablecimiento de un derecho que se considere lesionado por la Administración, en cualquiera de las formas en que su actividad se manifiesta en la gestión de los servicios públicos. Pero como esta facultad no ha de ser indefinida en el tiempo habrá que señalar un plazo para que se exteriorice y se haga valer con las fórmulas legales, y así se entiende que el silencio o la inacción hacen presumir una renuncia o abandono del derecho a pedirlo. **Actor**, José Cortés y otro. **Ponente**, Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia**, abril 8 de 1946 Pág. 539

PENSIONES Y RECOMPENSAS (Prueba supletoria)

Conforme al artículo 2º de la Ley 49 de 1943 "Cuando los archivos de una empresa ferroviaria hubieren desaparecido, o cuando no fuere posible probar en ellos el tiempo de servicio, será admisible para demostrar el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación cualquiera otra prueba reconocida por la ley". Igual disposición consagra el artículo 15 de la Ley 64 de 1946. Así, pues la ley no ha dicho que cuando existan archivos no es admisible ninguna otra prueba para demostrar los servicios; lo que establece es que cuando en los archivos no sea posible probar los servicios, es admisible cualquiera otra prueba reconocida por la ley. En tales condiciones, es evidente que cuando se prueben con alguno de los medios de convicción reconocidos por las leyes, servicios que no constan en los archivos, tales servicios deben aceptarse y computarse para efectos del reconocimiento de pensión. **Actor**, Marco A. Tello. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 19 de febrero de 1947 Pág. 94

PENSIONES Y RECOMPENSAS (Recurso de alzada)

El Consejo de Estado tiene jurisdicción para revocar un acto recurrido, no sólo en lo desfavorable al apelante, cuando dicho acto, por su propia naturaleza debió venir a la Corporación en grado de consulta. **Actor**, Antonio Olano Arboleda. **Ponentes**, Consejeros doctores Gustavo A. Valbuena y Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 29 de mayo de 1946 Pág. 439

— R —

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Aprobación legislativa)

Según consejo de expertos extranjeros en materia de reservas, el Estado debe reservarse ciertos terrenos que quedaron fuera de la explotación, y respecto de los demás terrenos petrolíferos de la Nación, debe haber otras reservas dedicadas a la explotación, situadas en zonas intermedias con respecto a las concesiones que se otorguen. Según esta doctrina de los técnicos, la reserva del dominio equivale a dejar fuera del comercio la explotación de los yacimientos a que la reserva se refiere. Los terrenos reservados quedan, por virtud de orden legal, fuera de la explotación. Hay una prohibición tácita para explotar esos petróleos; si por medio de una ley se pusieron fuera de la explotación algunos yacimientos de petróleos, especialmente determinados, parece natural y lógico que no pueda con-

tratarse la explotación de ellos sin la aprobación legislativa. **Actor**, Llanos Petroleum Company. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 7 de marzo de 1947 Pág. 97

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Cargue y descargue)

También se causa el derecho a tasa de muellaje, por las operaciones de cargue y descargue en el fondeadero, porque los barcos que practican las operaciones de cargue y descargue en los fondeaderos, de suyo deberían hacer uso de los muelles, pero por razón de seguridad de los puertos, y según los reglamentos, en casos especiales no se les permite atracar en los muelles. Sabido es que los fondeaderos se emplean cuando la carga que conducen los barcos ofrece peligros en su "manipuleo" pero en este caso, se les prestan planchones con remolcadores, para el transporte al puerto o viceversa. **Actor**, Compañías de Navegación Fluvial. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 28 de noviembre de 1946 Pág. 135

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Control de giros)

Todos los giros destinados a residentes en el exterior pagarán el impuesto del 10 por ciento establecido por el Decreto 280 de 1942, sin otra excepción que los verificados a estudiantes por suma que no exceda de \$ 150.00 m. l. En lo esencial, la índole misma del gravamen, las causas que lo motivaron y sus finalidades no se desvirtúan con la frase "con fondos existentes en Colombia", porque esta locución no ha de entenderse en su estricto sentido literal, sino en la significación que le dio la sentencia del Consejo de Estado. Cuando se habla de fondos existentes en Colombia no se habla de una existencia material sino económica. Realmente en el caso de autos, los dineros no estaban ni habían estado en el país, pero su causa eficiente —trabajo realizado en Colombia por empleados extranjeros— sí. **Actor**, Chocó Pacific S. A. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 30 de septiembre de 1947 Pág. 82

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Derecho de muellaje)

El servicio de los muelles, se pagan por razón de los buques que atraquen en ellos, según lo dispuesto en el artículo 144 del Código Fiscal Nacional. De esta disposición que es la básica, la subordinante y a la cual deben estar sometidos los decretos posteriores, se concluye rectamente que el derecho o tasa se causa por el atraque en los muelles. Y la palabra muelle debe tener el significado de "obra de piedra, hierro o madera construida en dirección conveniente en la orilla del ínar o de un río navegable, y que sirve para facilitar el embarque y desembarque de cosas y personas y aún, para abrigo de las embarcaciones", dando a las palabras de la ley un sentido natural y obvio, según el uso general. **Actor**, Compañías de Navegación Fluvial. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 28 de noviembre de 1946 Pág. 135

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Declaraciones deficientes)

No es lo mismo dejar de declarar (la renta) que declarar deficientemente, quien deja de declarar elude el estudio de su situación financiera, quien declara con omisión de requisitos extrínsecos nada oculta, desde luego que somete el estudio de su situación a las autoridades encargadas de fijar los tributos. Si estas son negligentes en la investigación, no es sobre los particulares que debe recaer toda la responsabilidad, pues en ningún caso esa falta de diligencia puede crear

una situación permanente de inseguridad. **Actor**, Helí Rodríguez. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, diciembre 17 de 1946 Pág. 413

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Exploración y explotación)

Según el texto de las leyes 37 de 1931, 160 de 1939, toda propuesta que se dirija al Gobierno para contratar exploración y explotación de petróleo, ha de tener necesariamente dos bases fundamentales: la afirmación rotunda de que se trata de petróleos de propiedad nacional, y la demostración de la capacidad financiera de que goza el proponente para emprender esta clase de negocios. Lo primero es necesario para que puedan tener operancia las disposiciones de la ley que determinan la manera de contratar los petróleos que pertenecen en propiedad a la Nación y asentar el principio de "buena fe" en el contrato que pueda llegar a generar la propuesta; lo segundo, es indispensable para garantizar la seriedad y eficacia de la negociación proyectada. **Actor**, Los Ríos de Colombia S. A. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 20 de febrero de 1946 Pág. 346

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Impuesto de residentes)

En derecho internacional, nada impide que particulares interesados convengan en que el trabajo del empleado extranjero se ejecute en Colombia y que la remuneración se entregue parte aquí y parte en el exterior, tanto más, no existiendo tratado público entre las dos naciones sobre la validez de los contratos; pero ello no obsta para que, en tales condiciones se prevea por las partes contratantes, en cada caso, la restricción consistente en que el dinero pagado por tal concepto en el exterior, aunque no haya salido físicamente del país, se reputa en la legislación colombiana como virtualmente "existente" en el territorio nacional por razón de su origen y en consideración a las provechosas aplicaciones que habría tenido su inversión dentro del país cuando se causó, consultados, desde luego, en todos los casos, el orden público interno o externo, y las conveniencias nacionales. **Actor**, Chocó Pacific S. A. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 30 de septiembre de 1947 Pág. 82

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Impuesto de residentes)

En lo esencial, el gravamen a los giros destinados a residentes en el exterior, tiene por finalidad evitar la salida de dinero del país, como se infiere de la frase "con fondos existentes en Colombia" que emplea la disposición legal; pero esta locución no ha de entenderse en su estricto sentido literal, sino en la significación que ya esta Corporación le dio en sentencia anterior: "Al pagarse un sueldo a un empleado que trabaja en Colombia, en realidad éste tiene un fondo existente en el país, equivalente al producto de su trabajo". Cuando se dice "fondos existentes en Colombia", no se habla de una existencia material, sino económica. En el caso de autos, los dineros no estaban ni habían estado en el país, pero su causa eficiente —trabajo realizado en Colombia por empleados extranjeros— sí. **Actor**, Frank M. Estes. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 30 de septiembre de 1947 Pág. 83

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Longitud y latitud)

Cuando se habla de longitud y latitud de un polígono, indudablemente hay que atender a la dirección de esas dos líneas respecto de la base de la figura. La transversal u oblicua, no es perpendicular a la base y, por lo mismo, tampoco es

dado equipararla a la longitud ni a la latitud propiamente dichas ¿Por qué? porque participa en cierto modo de la una y de la otra. Su valor dimensional no es simple sino compuesto, con algo de la anchura más algo de la longitud se forma la dimensión de la diagonal en cifra numérica. No se debe tomar como mayor longitud del lote una de sus diagonales porque esta línea no corresponde al concepto técnico de la magnitud "longitud". **Actor**, Compañía de Petróleos "La Estrella de Colombia". **Ponente**, Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia**, agosto 1º de 1946 Pág. 3

RESOLUCIONES MINISTERIALES (La sanción reglamentaria)

Ciertamente los formularios prescritos para la declaración de renta son obligatorios; pero hay que aceptar que estos se exigen para facilitar la labor del contribuyente y del liquidador; pero que no es lo substancial o de fondo, sino lo extrínseco. Cuando una declaración de renta, por sus modalidades, no se puede detallar en los formularios oficiales, una vez presentada y aceptada la liquidación por quien tiene facultad de no darle curso, la ejecución del respectivo auto se cumple en todos los órdenes. **Actor**, Helí Rodríguez. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, diciembre 17 de 1946 Pág. 413

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Precepto constitucional)

A falta de disposición expresa, los contratos de explotación de reservas petrolíferas, quedarían regidos por las generales referentes a toda clase de contratos, siendo de aplicar el artículo 76, ordinal 16 de la Constitución, conforme al cual corresponde al Congreso "aprobar o desaprobare los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías o entidades políticas en las cuales tenga interés el fisco nacional". Y no estando, como no está autorizado el Gobierno para celebrar contratos sobre exploración y explotación de petróleo en la zona del mar literal, la intervención del Congreso es indispensable, conforme al principio constitucional citado, en el supuesto de que no hubiera una disposición que estableciera tal formalidad. **Actor**, Llanos Petroleum Company. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 7 de marzo de 1947 Pág. 97

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Propuestas condicionales)

Para el Consejo resulta claro que el proponente ha manifestado en su solicitud de propuesta, que el Municipio del Cerro de San Antonio es propietario con título anterior a 1873, de una gran parte de los terrenos, materia de la propuesta, lo que significa que es propietario de los terrenos subyacentes; pero como se arguye por el demandante que en el párrafo final de ella, está la manifestación de que el subsuelo pertenece a la Nación, el Consejo estima que lo que allí aparece es una expresión condicionada, dubitativa e imprecisa de que el subsuelo del globo de terreno a que se refiere la propuesta es de propiedad nacional; y como la manifestación previa esencial que exige la ley es una manifestación inequívoca, no está cumplida la exigencia legal fundamental para que su propuesta sea admisible. **Actor**, Los Ríos de Colombia S. A. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, 20 de febrero de 1946 Pág. 346

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Quieta non movere)

El legislador ha garantizado sobre todo la inmutabilidad también en lo administrativo, de aquellas disposiciones que originan derechos y deberes y que

han podido ser dictadas por la autoridad después de un previo y complicado procedimiento de reclamación o información para garantizar al ciudadano estabilidad de la orden que ha seguido este trámite. **Actor**, Helí Rodríguez. **Ponente**, Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia**, diciembre 17 de 1946 Pág. 413

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Régimen de aguas en el Derecho Indiano)

No existió bajo el régimen colonial el derecho de propiedad sobre las aguas a beneficio de particulares o de villas o aldeas, por cuanto las leyes sobre la materia estaban configuradas sobre la estructura de que las aguas deberían ser comunes. Toda esa legislación tiene como origen unitario el criterio de que las aguas son bienes comunes que deben repartirse en beneficio de la colectividad. El representante de esa colectividad era la autoridad española. El Estado español está omnipresente en todos los aspectos de la vida jurídica de las colonias y jamás hizo delegación de jurisdicciones, todo estaba bajo el imperio de la corona. De este derecho supremo de propiedad del Estado español sobre las aguas se derivó el derecho de reglamentación que imperó bajo el régimen colonial. **Actor**, Municipio de Copacabana. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 19 de diciembre de 1946 Pág. 291

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Régimen de aguas, costumbres indígenas)

Los estudios contemporáneos sobre las culturas indígenas de América, demuestran organizaciones de grupos consanguíneos con un derecho comunitario sobre las tierras, base que dio surgimiento de los resguardos y egidos bajo la administración colonial, prolongada hasta nuestros días en la era republicana. Esta práctica indígena comunitaria fue pues reconocida por las dos legislaciones subsiguientes. El disfrute de la tierra por el grupo indígena en forma colectiva implica necesariamente el uso de las aguas, por eso en la legislación para las Indias, donde se consagran aquellas tradiciones se dijo: "ordenamos que la misma orden que los indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales, que antes las tenían a su cargo, con cuyo parecer sean egadas y se dé a cada uno el agua, hasta que todos los inferiores rieguen las tierras, que tuvieren señaladas". **Actor**, Municipio de Copacabana. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 19 de septiembre de 1946 Pág. 291

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Régimen de aguas en el Derecho Español)

El Derecho Español antiguo, contenido en las siete partidas estuvo impregnado, respecto de las aguas, de un criterio público que vinculaba su uso a la comunidad. Este carácter común que tenían las aguas en las Siete Partidas no se pierde sino que, por el contrario, se afianza con el descubrimiento del Nuevo Mundo, su conquista y colonización. Los principios comunitarios del viejo derecho peninsular que comprendía los ríos y las aguas en general, dentro de los bienes que pertenecen a todos los individuos que integran la sociedad, sin que nadie pueda alegar sobre ellos dominio particular y exclusivo, entraron al Derecho de Indias sin chocar con las prácticas indígenas que encontraron los castellanos en el nuevo continente, donde predominaban sociedades bárbaras de un pujante sentido comunitario en su organización. **Actor**, Municipio de Copacabana. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 19 de diciembre de 1946 Pág. 291

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Régimen de aguas, convenciones particulares)

Son inalienables e imprescriptibles los bienes de uso público y como quiera que pertenecen al Estado, es claro que los particulares no pueden contratar sobre ellos con la pretensión de oponer esos contratos al Estado. Los particulares solamente tienen derecho al uso de las aguas, y no tanto como particulares, sino como miembros de una comunidad política y económica que necesitan de una adecuada distribución de ese elemento. No hay derecho singular de un particular al uso de las aguas, sino el derecho de todos los particulares, esto es, de la comunidad al aprovechamiento de las corrientes de agua. La administración pública no tiene que declarar la nulidad de tales convenciones entre particulares, para dictar sus reglamentos de agua, porque esos contratos frente al Estado, son inexistentes. **Actor**, Municipio de Copacabana. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 19 de diciembre de 1946 Pág. 291

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Régimen de aguas, derechos adquiridos)

No hay derechos adquiridos sobre los bienes de uso público. El artículo 30 de la Constitución, fija el criterio sobre el derecho de propiedad, que concibe como una función social, sujeta al interés colectivo, desconociéndole el carácter absoluto que le atribuyeron los romanos. En las relaciones de propiedad, entre particulares, se aplica la norma constitucional que garantiza los derechos adquiridos con justo título; el texto que sirve de argamasa a la teoría de los derechos adquiridos se refiere restrictivamente a los derechos civiles, estos derechos dentro de su ordenación clásica, son los derechos de familia y los derechos patrimoniales, derechos reales y propiedad incorporal, el principio legal tiene una aplicación limitada a materias civiles. **Actor**, Municipio de Copacabana. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 19 de diciembre de 1946 Pág. 291

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Régimen de aguas en el Código Civil)

De acuerdo con los preceptos del Derecho Civil, el Estado tiene la propiedad de las aguas que circulan por el territorio nacional y el derecho de propiedad privada sobre las aguas, sólo existe como excepción, para aquellas que nacen y mueren dentro de una misma heredad. Sintetizando todas las normas legales, antiguas y modernas, podría decirse que en principio, que los dueños de los predios riberaños pueden disponer racionalmente de las aguas de uso público, mientras el Gobierno no dicte un reglamento de uso de esas fuentes. El Gobierno puede dictar reglamentos de aguas distribuyéndolas según las necesidades de la economía nacional, con una limitación: la de respetar la condición preferencial en que se encuentran los riberaños; pero si el interés social resulta en conflicto con el derecho de los riberaños éstos deben ceder con derecho a la indemnización a que hubiere lugar. **Actor**, Municipio de Copacabana. **Ponente**, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia**, 19 de diciembre de 1946... Pág. 291

RESOLUCIONES MINISTERIALES- (Reservas petrolíferas)

Según el artículo 55 de la Ley 37 de 1931, quedaron vigentes todas aquellas disposiciones que de modo especial hayan hecho declaración de dominio o de reserva de dominio de la Nación, sobre el petróleo en lo relativo a dicha declaración. Si la ratificación o declaración de dominio sobre algunos petróleos de propiedad del Estado no tuviere una finalidad especial, para qué se hizo? Sabido

es que todos los petróleos que no tengan dueño particular, pertenecen a la Nación. No es necesario mencionar los terrenos que son propiedad fiscal, porque el Estado tiene sobre ellos los mismos derechos que tienen los particulares sobre los suyos, no siendo, por lo tanto, aplicable la palabra reserva, porque tales terrenos son propiedad del Estado, con titulación análoga a la de un particular. Efectivamente, si la reserva del dominio no tiene otra finalidad que la de ratificarlo, la declaración sería inútil, ya que el Estado no necesita ratificar por medio de leyes su derecho de propiedad sobre los bienes que le corresponden. Pero es que la reserva del dominio tiene otros objetivos. **Actor**, Llanos Petroleum Company. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 7 de marzo de 1947 Pág. 97

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Términos)

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 así, pues, a los ojos de la ley una propuesta presentada en un momento dado tiene preferencia sobre otra que se presente después de ese momento, no es dable que el instituto 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. **Actor**, Bernardo Izquierdo. **Ponente**, Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia**, abril 9 de 1946 Pág. 543

RESOLUCIONES MINISTERIALES (Unidad en la justicia)

La declaración expresa de que las compañías de navegación fluvial que ocupan las dársenas con sus naves no están obligadas a pagar los derechos de muelle a que se refiere el Decreto 672 de 1937, no es del resorte de los jueces comunes, como lo pretende el impugnador de la demanda; porque si se autorizase la discusión del mismo problema ante los jueces comunes, los demandantes sufrirían los perjuicios que implica una nueva litis. Y si la jurisdicción contencioso administrativa puede y debe ordenar el restablecimiento del derecho violado a **fortiori**, le es permitido prevenir futuras lesiones. La justicia es una y corresponde impartirla a la República y ella cumple su misión por medio de los tribunales establecidos al respecto. **Actor**, Compañías de Navegación Fluvial. **Ponente**, Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia**, 28 de noviembre de 1946 Pág. 135

RESOLUCIONES EJECUTIVAS (Causales de revisión)

Las causales de revisión de las cartas de naturaleza son taxativas, lo que significa que el juzgador no puede extenderlas a otros motivos distintos de los contemplados en el tenor literal de la disposición legal. Esta sólo permite la revisión de las cartas cuando "se han expedido en virtud de documentos que adolezcan de falsedad". La ley solo se refiere a la falsedad de los documentos que sirvieron de base para la expedición de la carta y de ninguna manera a los motivos íntimos que tuviera el extranjero para solicitarla. **Actor**, Peter von Bauer. **Ponente**, Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia**, 15 de febrero de 1946 Pág. 553

RESOLUCIONES EJECUTIVAS (Excepción de falsedad)

Un documento privado puede estar reconocido o no; en el primer caso, aquel contra quien se presenta podría presentarse a declarar que no lo reconoce, y hace así caer la incumbencia de la prueba sobre su adversario; en el segundo caso, a pesar del reconocimiento de la firma, la parte contra quien se presente un documento privado debe tener siempre el derecho de proponer querrela de falsedad contra el contenido del mismo, aunque no haya hecho reserva alguna en el momento de reconocerlo. **Actor**, Fiscal del Consejo de Estado. **Ponente**, Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia**, julio 15 de 1946 Pág. 552

— S —

SUSPENSIONES PROVISIONALES (Capacidad física y económica)

El Consejo de Estado ha venido aplicando una interpretación de las leyes sociales resolviendo las dudas en sentido favorable al trabajador. Pero dentro del régimen económico de Colombia, no es posible excederse en este criterio interpretativo hasta el punto de que las prestaciones excesivas pueden suprimir el desarrollo nacional por las repercusiones sobre el fisco. La política social debe ser la más avanzada posible pero teniendo como límite, respecto de los trabajadores oficiales, la capacidad fiscal de las entidades administrativas. El salario no puede absorber la totalidad de los beneficios porque ciega las fuentes del desarrollo del capital que permite mantener a las empresas en movimiento y a los obreros con trabajo. **Actor**, Gualberto Rodríguez Peña. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 10 de junio de 1947 Pág. 36

SUSPENSIONES PROVISIONALES (Competencia)

El problema jurisdiccional queda aclarado distinguiendo en la aplicación de las ordenanzas sobre prestaciones sociales dos aspectos: el relativo a la constitucionalidad o legalidad de la ordenanza al través de la acción de nulidad, y el relativo a la aplicación de casos concretos, por actos gubernamentales con relación a las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificación y demás prestaciones establecidas por tales ordenanzas, controversias que caen bajo la jurisdicción del trabajo (artículo 58, Ley 6ª de 1945); esta disposición legal restringe el conocimiento de las controversias a los actos administrativos departamentales, a la justicia del trabajo. El contencioso de anulación de la norma sustantiva, que lo es en este caso, la ordenanza, continua bajo el conocimiento de los tribunales administrativos. **Actor**, Gualberto Rodríguez Peña. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 10 de junio de 1947 Pág. 36

SUSPENSIONES PROVISIONALES (Crédito extraordinario)

El Gobierno departamental en orden al cumplimiento de su obligación como gestor del presupuesto, responsable de su equilibrio y buena marcha, puede legalmente dictar decretos sobre créditos extraordinarios y suplementales incorporando al presupuesto rentas no apropiadas; al otro día de clausuradas las sesiones de la Asamblea, sin que en la legalidad o ilegalidad de tales decretos, tenga nada que ver el artículo 3º de la Ordenanza número 23 de 1945. **Actor**, Rafael Burbano C. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, marzo 15 de 1946 Pág. 362

SUSPENSIONES PROVISIONALES (Facultades limitadas)

Las asambleas tienen la atribución de crear los empleos departamentales y fijar los sueldos. Pero esta atribución no puede entenderse sino limitada por las necesidades del servicio público y por la capacidad fiscal del departamento. Lo normal es que las entidades departamentales dirijan los negocios teniendo en cuenta el buen servicio y su capacidad fiscal. Lo contrario lo considera el Consejo como un reparto indebido de caudales públicos, y, "como cuando en la expedición de un precepto no se tiene en cuenta el objeto y fin que obliga al poder discrecional mismo, que extralimita su autoridad y abusa de ella si procede guiado por móviles distintos, viciando el acto, por violación del mismo precepto que le da la facultad, es claro que la disposición acusada debe suspenderse". **Actor**, Gualberto Rodríguez Peña. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 10 de junio de 1947 Pág. 36

SUSPENSIONES PROVISIONALES (Finalidad inmediata)

El Consejo ha dicho también, que siendo el objeto de la suspensión provisional evitar transitoriamente la aplicación de un acto que tan ostensiblemente subvierte el orden jurídico, ha de ser tan evidente, tan clara, tan patente su contradicción con una norma superior, que sea suficiente su confrontación para destruir la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administrativo y hacer posible la orden de no aplicarlo. **Actor**, Rafael Burbano C. **Ponente**, Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia**, marzo 15 de 1946 Pág. 362

SUSPENSIONES PROVISIONALES (Hermenéutica)

La interpretación jurisprudencial de los textos constitucionales debe estar profundamente vertida sobre las condiciones de cada época de manera que se establezca una violación entre los cánones fijos de la Constitución y la vida social que es mutable. El magistrado debe armonizar esos dos factores que permiten darle vida renovada a los textos normativos superiores. Con este criterio ha sido posible que las instituciones inglesas sigan regidas al través de los siglos por la Carta Magna que ha servido de marco elástico a la acción de los gobiernos liberales, conservadores y socialistas. **Actor**, Gualberto Rodríguez Peña. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 10 de junio de 1947. Pág. 36

SUSPENSIONES PROVISIONALES (Independencia departamental)

Desde 1886 los Departamentos no son organismos federados ni totalmente autónomos. La independencia seccional de que habla la Constitución es una supervivencia de la fraseología federalista pero de un contenido relativo y restringido. El artículo 187 de la Carta prescribe que los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales "con las limitaciones que establece la Constitución". Y esa Constitución es unitaria y en desarrollo de esté principio hace del Departamento una entidad administrativa subordinada. **Actor**, Gualberto Rodríguez Peña. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, junio 10 de 1947 Pág. 36

SUSPENSIONES PROVISIONALES (Prestaciones sociales)

El empleado entra en relaciones económicas con la entidad departamental en cuanto al sueldo que reciba y el estatuto que se le otorgue. Ese personal ya no tiene en el sueldo su única vinculación económica con la administración, existen prestaciones sociales, primas y bonificaciones que emanan del mandato constitu-

cional para las asambleas de crear empleos y señalar las relaciones que se derivan de la prestación de servicios. La ley establece la obligación sobre los departamentos de pagar prestaciones sociales y de crear instituciones de previsión social. Lo que antes era facultativo ha pasado a ser obligatorio. **Actor**, Gualberto Rodríguez Peña. **Ponente**, Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. **Sentencia**, 10 de junio de 1947 Pág. 36

INDICE



INDICE

INDICE DE LOS FALLOS, CONSULTAS, INFORMES Y PROPOSICIONES DE ESTE TOMO

— A —

- ACUERDOS MUNICIPALES. Cali.** Demandas de nulidad del Acuerdo número 34 de 1944 expedido por el Consejo, sobre adquisición de un servicio público y del Acuerdo número 101 de 1944 y de la Resolución número 40 de 1944 del Alcalde que dispone la expropiación de una empresa de energía eléctrica. **SENTENCIA** que **confirma** la del Tribunal **a quo**, la que negó las peticiones de las demandas. 10 de octubre de 1946..... 511
- ACUERDOS MUNICIPALES. Barranquilla.** Demanda de nulidad del artículo 20 del Acuerdo número 20 de 1942, expedido por el Consejo, sobre afóros en el impuesto de Industria y Comercio. **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda. 30 de julio de 1946 14
- ACTOS DE LAS ASAMBLEAS. Antioquia.** Demanda de nulidad de la elección de un vocal de la Junta Directiva del Ferrocarril de Antioquia. **SENTENCIA** que declara **nula** dicha elección, 16 de diciembre de 1947 91
- ACTOS DE LAS ASAMBLEAS. Nariño.** Demanda de nulidad de la Ordenanza número 45 de 1945, sobre segregación de Corregimientos. **SENTENCIA** que **revoca** la del Tribunal **a quo** y **niega** la nulidad pedida, 25 de febrero de 1947 170
- ACTOS DE LAS ASAMBLEAS. Cundinamarca.** Demanda de nulidad del artículo 11 de la Ordenanza número 47 de 1925. **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda, 24 de mayo de 1947 178
- ACTOS DE LOS GOBERNADORES. Cundinamarca.** Demanda de nulidad de la Resolución número 61 de 1944, que confirma la 35 de la Alcaldía de Bogotá, sobre licencias para la explotación de canteras en el perímetro urbano: **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda, 27 de marzo de 1947 21
- ACTOS DE LOS GOBERNADORES. Boyacá.** Demanda de nulidad de la Resolución número 768 de 1945, proferida por el Gobernador, que reforma la dictada por la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros. **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda, 22 de enero de 1947 162
- ACTOS DE LOS GOBERNADORES. Antioquia.** Demanda de nulidad del Decreto número 368 de 1944, sobre licencias y nombramientos, proferido por el Gobernador. **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda. 26 de marzo de 1946 368
- AUTORIDADES NACIONALES. Dirección General de la Policía.** Demanda de nulidad de las Resoluciones números 32 de 1944, 15 de 1945, aprobadas

- por lá 637 del Ministerio de Gobierno, sobre devolución de un depósito de extranjería. SENTENCIA que declara nula las Resoluciones acusadas, 28 de febrero de 1946 535
- AUTORIDADES NACIONALES. Superintendencia Bancaria.** Demanda de nulidad de la Resolución 751 de 1946, sobre crédito bancario. SENTENCIA que niega la suspensión provisional, 13 de noviembre de 1947 170
- AUTORIDADES NACIONALES. Dirección Nacional de Transportes y Tarifas.** Demanda de nulidad de los artículos 64, 72, 73, 74 y 75 de la Resolución número 120 de 1945, sobre reglamentación de servicios e incompatibilidades. SENTENCIA que niega las peticiones de la demanda. 16 de agosto de 1946 117
- SALVAMENTO DE VOTO del Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino ...** 129
- AUTORIDADES NACIONALES. Dirección General de la Policía.** Demanda de nulidad de la Resolución de fecha 10 de abril de 1943, sobre expulsión del territorio de un extranjero. SENTENCIA que niega las peticiones de la demanda, 5 de febrero de 1946 235
- AUTORIDADES NACIONALES. Dirección de Transportes y Tarifas.** Demanda de nulidad de la Resolución 149 de 1945 y del Telegrama 4-1112 de 1945, que adiciona otra Resolución, sobre cobro de derechos de muelle, etc., etc. SENTENCIA que declara no ser nulo el acto administrativo a que se refiere el telegrama, y anula la Resolución acusada. 29 de noviembre de 1946 267
- AUTORIDADES NACIONALES. Contraloría General de la República.** Demanda de nulidad de las Resoluciones números 72 y 104 de 1946 de la Junta de Previsión Social, confirmadas por la Contraloría General, sobre auxilio de cesantía. SENTENCIA que anula las Resoluciones demandadas, 25 de febrero de 1947 410

— D —

- DECRETOS DEL GOBIERNO. Ministerio del Trabajo.** Demanda de nulidad contra el Decreto 3163 de 1946 sobre constitución de un Tribunal Especial de Arbitramento con ocasión del conflicto en la empresa Andian National Corporation. SENTENCIA que declara no ser nulo el Decreto acusado y que no se reconoce opositor en el juicio, 20 de agosto de 1947 182
- DECRETOS DEL GOBIERNO. Ministerio de Gobierno.** Demanda de nulidad contra el Decreto número 0251 de 1947 sobre reemplazo de un empleado de la Policía Nacional. SENTENCIA que declara nulo el Decreto acusado, 27 de agosto de 1947 202
- DECRETOS DEL GOBIERNO. Ministerio del Trabajo.** Demanda de nulidad contra el inciso a) y el párrafo del artículo 2º del Decreto 2812 de 1945 sobre afiliados a la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales. SENTENCIA que declara nulo el aparte a) del artículo 2º del decreto acusado, en lo que se refiere a los Ministerios del Despacho Ejecutivo, 18 de octubre de 1946 405

DECRETOS DEL GOBIERNO, Ministerio de Minas y Petróleos. Demanda de nulidad del Decreto 303 de 1945, sobre plazos para prórrogas en relación con importaciones de maquinarias y equipos para la industria minera. **SENTENCIA** que declara nulo el decreto acusado, 3 de junio de 1947 ... 417

— E —

ELECTORALES. Atlántico. Demandas de nulidad del escrutinio y elección de Senadores por la Circunscripción Electoral del Atlántico. **SENTENCIA** que niega las peticiones de las demandas, 29 de agosto de 1947 58

ELECTORALES. Caldas. Demanda de nulidad del escrutinio y elección de Senadores por la Circunscripción Electoral de Caldas. **SENTENCIA** que niega las peticiones de la demanda, 5 de septiembre de 1947 202

ELECTORALES. Magdalena. Demandas de nulidad de los escrutinios y elección de Senadores y Representantes al Congreso por la Circunscripción Electoral del Magdalena. **SENTENCIA** que niega las peticiones de las demandas, 19 de septiembre de 1947..... 226

ELECTORALES. Cauca. Demandas de nulidad de los escrutinios y elección de Senadores y Representantes al Congreso por la Circunscripción Electoral del Cauca. **SENTENCIA** que niega las peticiones de la demanda, 21 de agosto de 1947 325

— I —

INDEMNIZACIONES. Cartagena. Demanda contra el Municipio por perjuicios en la realización de trabajos públicos. **SENTENCIA** que niega el recurso de alzada de un auto interlocutorio, 12 de marzo de 1947..... 360

INDEMNIZACIONES. Bogotá. Demanda contra la Nación por perjuicios ocasionados por Resolución de la Dirección General de la Policía Nacional, sobre censura a la prensa. **SENTENCIA** que condena a la Nación al pago de indemnizaciones a "El Siglo" 448

SALVAMENTO DE VOTO del Consejero doctor Jorge Lamus Girón 493

IMPUESTOS. Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Demanda de nulidad de las Resoluciones R-714 y 642 de 1945 y 1946, proferidas por esa entidad, sobre liquidación de renta. **SENTENCIA** que niega las peticiones del actor, 30 de septiembre de 1947 73

IMPUESTOS. Sección de Catastro y Nomenclatura de Bogotá. Demanda de nulidad de la Resolución de esa entidad sobre avalúo catastral y de la Resolución número 22 de 1943 de la Junta Municipal de Hacienda que lo confirma. **SENTENCIA** que niega las peticiones de la demanda, 5 de diciembre de 1946 157

IMPUESTOS. Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Demanda de nulidad de las Resoluciones 1175 de 1944 y 42 de 1945 proferidas por esa entidad, sobre impuestos de renta y complementarios. **SENTENCIA** que niega las peticiones de la demanda, 30 de abril de 1946 372

IMPUESTOS. Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Demanda de nulidad de las Resoluciones R-436-H y R-571-H de 1945, sobre impuestos de

- renta y complementarios. SENTENCIA que **revisa** la del Tribunal a quo y ordena devolución de una cantidad, 4 de noviembre de 1946 380
- SALVAMENTO DE VOTO** de los Consejeros doctores Guillermo Hernández Rodríguez, Carlos Rivadeneira G. y Gonzalo Gaitán 393
- IMPUESTOS. Administración de Hacienda de Bogotá.** Demanda de nulidad de la Resolución R-1680 de 1943 sobre liquidación del impuesto sobre la renta. SENTENCIA que **confirma** la Resolución acusada, 4 de junio de 1947 ... 424
- IMPUESTOS. Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.** Demanda de nulidad de las Resoluciones de esa entidad deduciendo exceso de utilidades a Droguería Nueva York en 1943. SENTENCIA que decreta la **revisión** de la liquidación demandada, 29 de agosto de 1947 431

— J —

- JURISDICCION COACTIVA. Prefectura de Control de Cambios.** Demanda de excepciones contra la Resolución 111 de 1941, proferida por dicha entidad sobre multa. SENTENCIA que **niega** las excepciones, 31 de julio de 1946 17
- JURISDICCION COACTIVA. Finlandia.** Demanda de excepciones en el ejecutivo contra Gerardo Restrepo Ramírez sobre impuesto de renta. SENTENCIA que **niega** las excepciones, 19 de noviembre de 1946 252
- SALVAMENTO DE VOTO** de los Consejeros doctores Gustavo A. Valbuena, Justo Franco V. y Jorge Lamus Girón 264
- JURISDICCION COACTIVA. Bogotá.** Demanda de excepciones en el ejecutivo contra María Gacharná de Rodríguez sobre renta y complementarios. SENTENCIA que **niega** las excepciones, 13 de febrero de 1946 340
- JURISDICCION COACTIVA. Bolívar.** Demanda de excepciones contra el Habilitado de Obras Públicas del Departamento. SENTENCIA que **niega** las excepciones, 12 de febrero de 1947 429

— P —

- PENSIONES Y RECOMPENSAS. Ferrocarriles Nacionales.** Demanda de nulidad de la Resolución No. 5612 de 1944, sobre pensión de jubilación confirmada por el Ministerio de Obras Públicas. SENTENCIA que ordena la **revisión** y el pago de una pensión. 19 de febrero de 1947 94
- PENSIONES Y RECOMPENSAS. Ministerio de Guerra.** Apelación de la Resolución número 1988, sobre pensión implicando un reembolso previo. SENTENCIA que **modifica** la cuantía y forma del reembolso, 23 de febrero de 1947 167
- PENSIONES Y RECOMPENSAS. Ministerio de Gobierno.** Apelación de la Resolución número 868 de 1946, sobre pensión de invalidez. SENTENCIA que **revoca** la Resolución apelada y ordena una pensión, 24 de septiembre de 1946 401

PENSIONES Y RECOMPENSAS. Ministerio de Guerra. Apelación de la Resolución número 2005 de 1945, sobre sueldo de retiro. **SENTENCIA** que **revoca** la Resolución apelada y ordena una pensión, 29 de mayo de 1946... 439

SALVAMENTO DE VOTO del Consejero doctor Tulio Enrique Tascón 446

PENSIONES Y RECOMPENSAS. Policía Nacional. Demanda de nulidad de la Resolución 642 de 1945 del Ministerio de Gobierno que confirma la de la Caja de Protección Social de la Policía, sobre indemnización extraordinaria. **SENTENCIA** que **anula** la Resolución demandada y ordena un pago, 8 de abril de 1946 539

— R —

RESOLUCIONES EJECUTIVAS. Presidencia de la República. Demanda de anulación de la Carta de Naturaleza número 6 de 1939, expedida por el Presidente de la República. **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda. 15 de julio de 1946..... 553

RESOLUCIONES MINISTERIALES. Ministerio de Minas y Petróleos. Demanda de nulidad de las Resoluciones de fecha 20 de enero y 19 de julio de 1944, sobre propuestas de exploración y explotación de hidrocarburos en Manare y Moreno, Departamento de Boyacá. **SENTENCIA** que **anula** las Resoluciones acusadas y ordena aceptar unas propuestas, 1º de agosto de 1946 3

RESOLUCIONES MINISTERIALES. Ministerio de Hacienda. Demanda de las Resoluciones números 945 y 99 de 1943 y 1945, que confirman la 94 de 1941 de la Prefectura de Control de Cambios, sobre multa. **SENTENCIA** que **niega** la declaración de nulidad y rebaja la cuantía de una multa, 30 de septiembre de 1946 82

RESOLUCIONES MINISTERIALES. Ministerio de Minas y Petróleos. Demandas de nulidad de las Resoluciones de 16 de agosto y 12 de noviembre de 1945 sobre exploración y explotación de hidrocarburos en la Comisaría del Putumayo y en el Departamento de Nariño. **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda, 7 de marzo de 1947 97

RESOLUCIONES MINISTERIALES. Ministerio de Obras Públicas. Demanda de nulidad de la Resolución de 24 de marzo de 1945, sobre bienes ocultos. **SENTENCIA** que declara **nula** la Resolución acusada, 28 de noviembre de 1946 135

RESOLUCIONES MINISTERIALES. Ministerio de Economía Nacional. Demanda de nulidad de las Resoluciones Nos. 7 y 85 de 1944, sobre aguas de uso público. **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda, 19 de diciembre de 1946 291

RESOLUCIONES MINISTERIALES. Ministerio de Minas y Petróleos. Demanda de nulidad de las Resoluciones de 30 de diciembre de 1943 y 21 de marzo de 1944, sobre exploración y explotación de hidrocarburos en Cañamar, Cruz y Suan, Cerro de San Antonio, Peñón y Remolino, en los Departamentos de Bolívar, Atlántico y Magdalena. **SENTENCIA** que **niega** las peticiones de la demanda, 20 de febrero de 1946 316

RESOLUCIONES MINISTERIALES. Ministerio de Minas y Petróleos. Demanda de nulidad de la Resolución número 77 de 1945, sobre bienes ocultos. SENTENCIA que niega las peticiones de la demanda, 17 de diciembre de 1946	413
RESOLUCIONES MINISTERIALES. Ministerio de Minas y Petróleos. Demanda de nulidad de las Resoluciones números 13, 198 y 380 de 1944, sobre exploración y explotación de metales preciosos. SENTENCIA que niega las peticiones de la demanda, 9 de abril de 1946	543
— S —	
SUSPENSIONES PROVISIONALES. Cundinamarca. Demanda de suspensión provisional de los artículos 1º a 6º y 8º de la Ordenanza número 21 de 1946, expedida por la Asamblea, sobre restablecimiento de una prestación social, etc. SENTENCIA que anula las disposiciones acusadas. 10 de junio de 1947	36
SALVAMENTO DE VOTO del Consejero doctor Jorge Lantús Girón	52
SUSPENSION PROVISIONAL. Huila. Demanda de suspensión provisional de los Decretos 728, 780 y 801 de 1945 proferidos por la Gobernación, sobre créditos extraordinarios. SENTENCIA que niega la suspensión provisional pedida. 15 de marzo de 1946.....	362
—	
CONSULTAS. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, sobre Tribunales de Arbitramento. Ponencia del Consejero doctor Tulio Enrique Tascón, 26 de febrero de 1946	560
ACLARACIONES del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez.....	565
INFORME del Presidente del Consejo de Estado, doctor Carlos Rivadeneira G. al Congreso Nacional, 10 de julio de 1946	569
PROPOSICION sobre el retiro del Magistrado Dr. Guillermo Neira Mateus...	409
UNION PANAMERICANA. Resolución sobre el Día de las Américas	577