2

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Anales del Consejo de Estado

RELATOR: CARLOS VALENCIA ESTRADA

AÑO XIX—TOMO XXXI—Nros. 257 A 262 BOGOTA, JULIO A DICIEMBRE DE 1937

CONSEJO DE ESTADO Biblioteca

Cauces de los Ríos

Salvamento de voto (1)

El Decreto número 182 de 1936, dictado por el Alcalde de Bogotá, no invade en forma alguna la facultad exclusiva que las autoridades nacionales tienen para la concesión de licencias encaminadas a la utilización de los *cauces de los ríos*. Simplemente, tomando en consideración que éstos son bienes de uso público, prohibe a los particulares la explotación de tales lechos.

No quebranta ese acto del "Jefe superior de la Policía en el territorio de Bogotá" la Ley 113 de 1928, que trata de la *concesión de licencias* para utilizar los bienes nacionales de uso público, porque aquél no otorga concesión alguna. Tampoco viola el Decreto número 47 de 1915, que debe entenderse en armonía con la obligación que diversas disposiciones legales y ordenanzales imponen a la Policía en orden a la mera conservación de los bienes de uso público.

El Código de Policía que, con fuerza de Ordenanza obligatoria, rige en el Departamento de Cundinamarca, impone a los jefes de ese ramo la obligación de impedir la ocupación ilegal de los bienes públicos, en un texto que contiene, además, una amenaza imperiosa para los funcionarios inactivos. Dice así: "La conservación de las propiedades del Departamento o de la República y las de uso común está bajo el especial cuidado de la Policía. El empleado de este ramo que, teniendo conocimiento de cualquier modo de la usurpación u ocupación ilegal de cualquiera parte de estas propiedades, la consintiere o tolerare, será responsable con sus bienes del perjuicio que sufriere el Departamento, la República o el público."

El artículo 183 del Código Político y Municipal confiere al Alcalde el carácter de Jefe Superior de Policía en el territorio de su jurisdicción, La Ley 72 de 1926, especial para el Municipio de Bogotá, le ratifica ese carácter de Jefe Superior de Policía y le titula además "agente inmediato del Gobernador."

---

(1) En la entrega precedente de los **Anales**, números 255 y 256, del tomo **XXX**, páginas 514 y siguientes, se publicó la sentencia del Consejo de Estado, de fecha 11 de junio de 1937, en el juicio de nulidad del Decreto número 182, del 26 de junio de 1936, originario de la Alcaldía de Bogotá, por el cual se prohibe la explotación de los cauces de los ríos y quebradas del Municipio. Involuntariamente se omitió publicar con la sentencia, el salvamento de voto de los Consejeros doctores Francisco Samper Madrid, Ramón Miranda y Guillermo Peñaranda Arenas. Para subsanar esa deficiencia se inserta a continuación la pieza aludida.

TEXAS PETROLEUM COMPANY BOGOTA 256

El artículo 208 de la misma Ley 4ª de 1913, "sobre régimen político y municipal," texto que se encuentra en el Título VI relativo a los funcionarios municipales, y fue tomado del artículo 250 de la Ley 149 de 1888, preceptúa, al hablar de los bienes de uso público: "Toda ocupación permanente que se haga de estos objetos es atentatoria a los derechos del común, y los que en ello tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables."

Ya en otra ocasión hizo el Consejo de Estado, en fallo redactado por el entonces Consejero doctor Luis Felipe Rosales, y también con posterioridad a la vigencia del Decreto ejecutivo número 47 de 1915, un detenido estudio de las facultades y obligaciones que corresponden a los Jefes de Policía en punto a conservación de los bienes de uso público. Nos permitimos copiar los siguientes pasajes de la sentencia de fecha 21 de enero de 1919, la cual puso fin a una reñida controversia en la cual se ventilaron cuantiosos intereses, y que corre publicada en las páginas 9 a 26 del tomo VIII de los *Anales del Consejo de Estado:*

"El artículo 320 del Código de Policía (de Cundinamarca), hace las vías públicas de cargo exclusivo de la Administración Pública, la cual se ocupa en la conservación de su uso público, impidiendo toda usurpación que pueda hacerse y todo daño que pueda causarse en ellas; en la libertad y seguridad de su tránsito, etc., etc. El artículo 189 de la Ordenanza 11 de 1896 dice: 'La conservación de las propiedades del Departamento o de la República y las de uso común están bajo el especial cuidado de la Policía. El empleado de este ramo que, teniendo conocimiento de cualquier modo, de la usurpación ilegal de cualquiera parte de alguna de estas propiedades, la consintiere o tolerare, será responsable con sus bienes de los perjuicios que sufriere el Departamento, la República o el público.'

"Es que en la conservación y en la defensa de los bienes públicos está interesada la comunidad entera; no son susceptibles de apropiación privada y por lo mismo quedan fuera del derecho común y se rigen por las reglas especiales sentadas en las leyes, en los decretos y en las ordenanzas."

Por las breves consideraciones precedentes nos hemos separado del parecer de nuestros honorables colegas y salvamos nuestro voto en la sentencia anterior, en cuanto considera que el Decreto acusado violó la ley. Creemos, por el contrario, que tal acto fue dictado en cumplimiento de los deberes que preceptos especiales obligatorios imponen a los Jefes de Policía para velar por la conservación de los bienes de uso público e impedir la ocupación ilegal de éstos. Y por lo mismo, no consideramos procedente la sanción de nulidad. Las providencias de los Alcaldes encaminadas a ese fin, necesariamente tienen la forma de decretos o resoluciones, según las circunstancias. (Artículo 3º de la Ley 4ª de 1913).

La tesis de la mayoría del Consejo conduce a la conclusión extrema de que las autoridades departamentales y municipales no tienen facultad para dictar medida alguna en defensa de los bienes de uso público que sean ilegalmente ocupados.

Bogotá, junio 11 de 1937.

Francisco Samper Madrid—Ramón Miranda — Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Vales Departamentales del Tesoro

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

El caso de una ordenanza por la cual se manda recibir Vales departamentales del Tesoro en pago de las contribuciones, encaja con toda exactitud dentro de la doctrina de la obligación procedente del acto unilateral.

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

Por medio de la Ordenanza número 4 de 1931, "sobre amortización de la deuda departamental," la Asamblea de Bolívar dispuso la conversión de las "Ordenes de pago y las Libranzas a cargo de la Tesorería General del Departamento," y de otros papeles de crédito a cargo de la entidad seccional, en documentos de Tesorería denominados *Vales del Tesoro* (artículo 1º). Los artículos siguientes de la Ordenanza reglamentaron la expedición y amortización de los Vales, y uno de ellos, el segundo, apropió la cantidad de doce mil pesos mensuales para el pago de intereses y amortización, "los cuales se garantizan con parte del producto de la renta de licores y serán depositados en un Banco de la ciudad."

Posteriormente, en el artículo 5º de la Ordenanza número 26 de 1932, la misma Asamblea ordenó: "Las oficinas recaudadoras del Departamento recibirán en pago de todas las rentas y contribuciones el diez por ciento en Vales del Tesoro de los creados por la Ordenanza número 4 (sesiones extraordinarias) de 23 de noviembre de 1931. Queda así reformado el artículo 1º de la Ordenanza número 8 del presente año."

Esta última Ordenanza había dispuesto con anterioridad autorizar a las oficinas recaudadoras del Departamento para recibir en pago de todas las rentas y contribuciones, hasta un diez por ciento en Vales del Tesoro de los creados por la Ordenanza número 4 de 1931.

Tres años después, la misma Asamblea de Bolívar dictó la Ordenanza número 10 de 1935, cuyo artículo 11 aumentó en un peso el impuesto departamental de degüello y estableció "un gravamen adicional de dos centavos por cada cajetilla de cigarrillos que se dé al consumo en el Departamento, que se hará efectivo por medio de estampillas especiales, suministradas por la Secretaria de Hacienda, la cual queda ampliamente facultada para reglamentar esta medida." El parágrafo de este artículo ordenó, además, que el producto de esos recursos regiría conforme a los preceptos constitucionales, "y se destina íntegramente a las obras que le corresponde ejecutar a la Junta Departamental de Carreteras."

Iniciada la recaudación del sobreimpuesto a los cigarrillos con rechazo del porcentaje de Vales del Tesoro que se venía recibiendo en pago de las demás rentas departamentales, la Compañía Colombiana de Tabaco consultó a la Gobernación, por conducto de su gerente local, si al comprar la Compañía las estampillas correspondientes al impuesto

adicional sobre los cigarrillos, debía recibírsele en pago un diez por ciento en Vales del Tesoro.

A esa solicitud contestó la Gobernación por medio de la Resolución número 53 de 1936 (10 de febrero), que dice:

"Solicita el señor Pablo Uribe, Gerente de la Compañía Colombiana de Tabaco de esta ciudad, que por parte de la Gobernación de este Departamento se resuelva si al comprar la Compañía que él gerencia las estampillas correspondientes, relacionadas con el impuesto adicional que creó la Ordenanza número de 1935 (sic) se debe admitir, por parte del señor Tesorero General del Departamento, el 10 por 100 de su valor en Vales del Tesoro.

"Las disposiciones que establecieron la admisión de los Vales del Tesoro en pago de las rentas y contribuciones departamentales en un diez por ciento, fueron dictadas en los años de 1931 y 1932; esto quiere decir, pues, que tales disposiciones solamente se pueden referir a las rentas y contribuciones existentes a la fecha en que fueron ellas dictadas. El impuesto adicional de cigarrillos, que se cobra por medio de estampillas, fue creado en el año de 1935, lo cual significa que las disposiciones de los años de 1931 y 1932 no pueden referirse a este impuesto adicional.

"Por otra parte, el impuesto adicional creado por la Ordenanza número 10 de 1935 no va a engrosar los fondos comunes del Departamento; tiene un destino especial, como es la construcción de las carreteras Tolú-Sincelejo y Cispatá-Montería, y por consiguiente, es lógico pensar que el legislador del año de 1935 quiso que ese adicional se recaudara íntegramente en dinero contante, única manera de acumular los fondos que requiere la construcción de las nombradas carreteras. Si parte de ese adicional se recibiera en Vales del Tesoro, ya no se cumpliría el pensamiento del legislador y anulados esos Vales al momento de entrar en las oficinas recaudadoras, nada tendría que hacer con ellos la Junta de Carreteras, que solamente necesita dinero contante para hacer adelantar los trabajos en referencia.

"Por las consideraciones anteriores, la Gobernación del Departamento de Bolívar resuelve:

"Los adicionales creados por la Ordenanza número 10 de 1935, destinados a la construcción de las carreteras Tolú-Sincelejo y Cispatá-Montería, deben ser recibidos en las oficinas recaudadoras del Departamento en dinero contante."

No satisfecha la Compañía con esta resolución, interpuso el recurso contencioso administrativo de nulidad de ella, ante el Tribunal de Cartagena, en libelo de fecha 8 de mayo de 1936, por conducto de su Gerente local señor Pablo Uribe y del doctor Antonio M. Ripoll, apoderado especial constituido previamente por el mismo Gerente, y en ejercicio de la acción privada.

El fundamento de la acusación se hizo consistir, en síntesis, en que la resolución es violatoria de la Ordenanza 26 de 1932, la cual ordenó el recibo de un porcentaje de los impuestos y contribuciones departamentales en Vales del Tesoro.

A su debido tiempo el Tribunal profirió la sentencia de fecha 19 de octubre de 1936, por medio de la cual declaró que "es válida, y de ninguna manera nula" la resolución acusada.

"No puede asegurarse—dijo el Tribunal—que los tenedores de los Vales del Tesoro, de que se viene haciendo mérito, tuvieran un derecho adquirido sobre los impuestos adicionales establecidos por la Ordenanza 10 de 1935, en cuanto pudieran pagarse con ellos, en un 10 por 100, porque dichos Vales fueron creados por la Ordenanza 4ª de 1931, y su obligación de recibo, en la forma expresada, vino a quedar impuesta

por la Ordenanza 26 de 1932, y como queda visto, dichos impuestos adicionales fueron creados con posterioridad. Es decir, la posibilidad de ese pago no formaba parte del caudal de garantías que tuvieran dichos tenedores para la efectividad de esos Vales. Y es bien sabido que, según doctrina persistente de la Corte Suprema, debe entenderse por derecho adquirido, no la simple expectativa, sino la incorporación plena en nuestro patrimonio, de la cosa de que se trata. (J. de la C. S. números 715 y 1195). Ni puede asegurarse tampoco que la resolución aludida sea violatoria de la Ordenanza 26 de 1932, porque ella está en perfecta armonía con la Ordenanza 10 de 1935, que es posterior, y que reforma tácitamente aquélla en cuanto sustrae los impuestos adicionales en mención de la posibilidad de ser pagados en un 10 por 100, con Vales del Tesoro, asignándoles una forma de pago especial y dándoles una destinación especial igualmente."

Habiendo sido apelada esta sentencia por el señor apoderado del actor, y concedido válidamente el recurso, en auto de fecha 2 de septiembre de 1936, el Consejo de Estado procede a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Dos son los puntos de derecho controvertidos en el presente negocio: Consiste el primero en saber si los llamados impuestos adicionales de degüello y de estampillas de consumo están o no cobijados por la disposición contenida en el artículo 5º de la Ordenanza número 26 de 1932. Consiste el segundo en saber si por medio de la Ordenanza número 10 de 1935 se derogó o reformó este último precepto con el fin de exceptuar algunos impuestos del régimen establecido por la Ordenanza 26. Como cuestión complementaria y para ilustrar este aspecto del proceso es oportuno estudiar al mismo tiempo si la referida Ordenanza 26 de 1932 creó a cargo del Departamento de Bolívar verdaderas obligaciones, compromisos irrevocables, o si otorgó simplemente una concesión graciosa a los tenedores de Vales del Tesoro emitidos por la entidad seccional, al aumentar indirectamente la cuota destinada a la amortización de esos papeles, concesión o favor que el legislador departamental podía modificar o revocar a virtud de simple determinación unilateral.

El fallo que se revisa en segunda instancia, lo mismo que la providencia objeto de la demanda, resuelven las dos cuestiones planteadas en el sentido más favorable al Departamento, o sea declarando que los impuestos adicionales establecidos en el año de 1935 no están comprendidos por el mandato expedido en 1932, y que la Asamblea de Bolívar podía en cualquier tiempo derogar o reformar el régimen adoptado por el artículo 5º de la Ordenanza 26 ya citada.

Es oportuno advertir que la segunda tesis no se sostiene sobre la base de que el legislador departamental la hubiera adoptado al crear los sobreimpuestos de 1935, ya que el texto respectivo no dice absolutamente nada al respecto, sino porque el señor Gobernador y el Tribunal estimaron que por el hecho de haber sido destinados los nuevos ingresos a la construcción de carreteras, implícitamente se reformaba la Ordenanza número 26 de 1932, puesto que según se afirma, para objetos de esta naturaleza se requiere dinero efectivo. La voluntad de modificar ha sido, pues, derivada de una interpretación harto compleja y laboriosa.

Es el caso de examinar atentamente las cuestiones anteriores. Por razón de método, el problema complementario contenido en la segunda cuestión propuesta se estudiará antes que el asunto principal.

Se sostiene en los autos que habiendo sido establecidos en 1935 los impuestos adicionales de degüello y estampillas, mal pudieron ser tenidos en cuenta por la Asamblea de 1932, al expedir una disposición en la cual se ordenaba recibir los Vales del Tesoro en un diez por ciento

del pago de todas las contribuciones departamentales. Hay en esta afirmación un doble error: En primer lugar la Ordenanza de 1935 no estableció impuesto nuevo alguno; se limitó a aumentar la tasa o cuota de dos impuestos que existían desde mucho antes de 1932. La variación del monto de un impuesto no es ni técnica ni legalmente creación de impuesto nuevo. Para darle completo relieve a este concepto, que aparece claro por sí mismo, basta invertir los términos del hecho ocurrido y suponer que la tasa de los dos impuestos hubiera sido disminuida. Desde luégo las contribuciones subsistirían idénticas dentro de sus tipos respectivos. La intensidad, el valor o la importancia de un hecho o acto no son capaces de cambiarle su naturaleza ni de transmutarlo en un hecho o acto diverso.

Más aún, admitiendo sin ninguna reserva que la Ordenanza de 1935 hubiera creado dos nuevos impuestos, de ninguna manera rige la conclusión de que están exceptuados del imperio de la norma expedida en 1932. En efecto: es característico de la ley que sus efectos se desarrollen y cumplan en el futuro. Es precisamente para regular los actos y las relaciones jurídicas del porvenir para lo que se dictan las leyes, que sólo muy rara vez pueden regir los hechos del pasado y que limitadas a la órbita del presente carecerían de contenido y de eficacia. Por eso, salvo excepción expresa, cuando un precepto abarca una categoría de fenómenos designándolos en general, tal precepto cobija indistintamente a los ya existentes y a los que surjan en el porvenir, siempre que pertenezcan sin ninguna duda a la misma categoría. Así, por ejemplo, es claro que la ley por la cual se prohibió a los gerentes de Banco ser miembros de la Junta Directiva del de la República, se extiende no sólo a los Bancos establecidos en el instante del nacimiento de la ley, sino a todos los que después han sido fundados.

De otra parte es verdad jurídica admitida por la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos que una ley posterior no puede modificar las relaciones contractuales, o las obligaciones surgidas con anterioridad a ella.

Esta observación nos conduce a examinar si la Ordenanza número 26 de 1932 creó verdaderas obligaciones a cargo del Departamento de Bolívar, si al cumplimiento de tales obligaciones podía sustraerse esta entidad pública por su sola voluntad, y si efectivamente quiso hacerlo por medio de la Ordenanza número 10 de 1935.

La teoría de los contratos tácitos o de los contratos implícitos podría aplicarse para explicar actos jurídicos como el que se produjo a virtud del precepto expedido por la Asamblea de Bolívar en 1932, y por el cual se ordenó recibir los Vales del Tesoro en pago de las contribuciones. Pero en el derecho contemporáneo ha alcanzado su completo desarrollo y su definitiva elaboración técnica otra doctrina que define con toda exactitud esa clase de fenómenos jurídicos, y que está consagrada en nuestra legislación, a virtud del artículo 1494 del Código Civil. La de la declaración unilateral de la voluntad como fuente de obligaciones, que nuestra Corte Suprema de Justicia ha expuesto en recientes y celebrados fallos. Tal doctrina, elaborada ampliamente, primero por el derecho alemán y después por el suizo, alcanzó en Francia completa difusión, a virtud del esfuerzo científico de los profesores Saleilles y Josserand. El testamento, el acto por el cual se crea una fundación, la aceptación de una herencia, y otros actos de la vida civil, se explican a cabalidad por medio de esta teoría. Hé aquí una breve síntesis del último de aquellos eminentes jurisconsultos, acerca de la cuestión:

"Pero ocurre que excepcionalmente una voluntad aislada reviste fuerza obligatoria; una persona se convierte en deudora, algunas veces aun en acreedora, a causa de su manifestación unilateral de voluntad; lo

cual no debe sorprendernos, puesto que sabemos cómo la propiedad misma es susceptible de ser adquirida por medio de esta manifestación unilateral de voluntad que representa la toma de posesión consciente de un mueble, o sea la ocupación: desde el momento en que podemos hacernos propietarios fuera de todo acuerdo, no es el caso de manifestarnos sorprendidos si ocurre a veces que nos hagamos deudores o acreedores por decisión espontánea y *proprio motu*. Los contratos no encierran todos los actos jurídicos; por encima de ellos existen actos de formación unilateral que, como ellos, tienden a la creación de relaciones obligatorias, y que también como ellos, realizan efectivamente esta finalidad."

Josserand presenta en seguida como ejemplos del acto jurídico de formación unilateral, las ofertas o policitaciones, la estipulación por otro, la gestión de negocios y los títulos a la orden o al portador, "en los cuales el suscriptor se compromete por su voluntad unilateral para con una persona cuya identificación no se establecerá sino ulteriormente: último endosatario o último tenedor del título." (Josserand, Cours de Droit Civil, T. II, número 399).

El caso de la Ordenanza 26 de 1932 encaja con toda exactitud dentro de la teoría de la obligación procedente del acto unilateral. Podría resolverse el problema apelando a la doctrina del contrato implícito que bien pudo formarse a virtud de la oferta que implicaba el acto de la Asamblea, ya sea por el silencio de los tenedores de los Vales, ya por la aceptación de hecho consistente en presentarlos para el pago de los impuestos. Pero en realidad, en la especie contemplada en los autos, la obligación del Departamento nació por la sola virtud de la expedición de la Ordenanza: los tenedores, al presentar los papeles de crédito al recaudador, sólo exigían el cumplimiento de un compromiso en plena vigencia.

No pueden las entidades públicas dictar medidas de esta naturaleza sin comprometer la fe pública. No pueden, tratándose de vales al portador, que pasan de mano en mano, defraudar a los compradores que de buena fe han adquirido tales títulos con el objeto específico de cubrir sus contribuciones. No pueden revocar a su antojo actos que precisamente por estar destinados a mejorar la condición y el mercado de los papeles anteriormente emitidos, no son concesiones o gracias sino verdaderas fuentes de obligaciones.

Pero hay algo más decisivo: en la especie que constituye la materia de esta controversia, el legislador departamental no tuvo el propósito de reformar o revocar por medio de la Ordenanza de 1935, la de 1932. Basta leer el texto para convencerse de que la interpretación que ha querido dársele es arbitraria. Dice así: "Artículo 11. Auméntase en un peso ($ 1) el impuesto departamental de degüello y establécese un gravamen adicional de dos centavos ($ 0.02) por cada cajetilla de cigarrillos que se dé al consumo en el Departamento, que se hará efectivo por medio de estampillas especiales, suministradas por la Secretaría de Hacienda, la cual queda ampliamente facultada para reglamentar esta medida. Parágrafo 1º El producto de los recursos de que trata este artículo, regirá conforme a los preceptos constitucionales, y se destina íntegramente a las obras que le corresponde ejecutar a la Junta Departamental de Carreteras. Parágrafo 2º Las reses que se beneficien en las haciendas, para ser consumidas en ellas, gozarán de la rebaja de un cincuenta por ciento (50 por 100) de este recargo al impuesto de degüello."

Destinar el producto de un impuesto para la construcción de una o más obras no equivale en manera alguna a decir que no son admisibles

en el pago de ese impuesto Vales del Tesoro, que por mandato de una ordenanza anterior debían ser recibidos al cubrirse todas las contribuciones. No es imposible atender a los gastos de una obra pública con papeles de crédito. Pero aun si este procedimiento resultase impracticable, bien podía el Departamento destinar otros fondos al servicio de las obras, compensando así el monto de los Vales recibidos, desde el momento en que al aceptar esos papeles cubría una deuda y se libertaba de una obligación equivalente, y tanto más cuanto que sólo estaba obligado a aceptar un diez por ciento en cada pago.

Es precisamente a causa de este motivo por lo que la Resolución del señor Gobernador, lejos de estar en armonía con la Ordenanza número 10 de 1935, desvirtúa su texto y su espíritu, a la vez que viola abiertamente la número 26 de 1932. Mas si aquel acto de la Asamblea pudiera interpretarse en el sentido propuesto por la Gobernación y el Tribunal, sería también nulo como violatorio de la Constitución y de la ley, que reconocen los derechos adquiridos.

Por las razones 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,

FALLA:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cartagena, con fecha 19 de octubre de 1936, y en su lugar se declara nula la Resolución número 53 de 10 de febrero de 1936, dictada por la Gobernación de Bolívar, en cuanto desconoce a la Compañía Colombiana de Tabaco el derecho a pagar en Vales del Tesoro de los emitidos por el Departamento de Bolívar, de conformidad con la Ordenanza número 4 de 1931, un diez por ciento de los sobreimpuestos decretados por la Ordenanza 10 de 1935.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Denuncio de bienes ocultos

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Pagar dos veces la misma entidad un solo eslabón, una sola arteria de comunicaciones, es cosa que notoriamente repugna a los principios generales del derecho.

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

Con fecha noviembre 5 de 1932 el doctor Hernando Moreno M. acusó ante el Tribunal Administrativo de Medellín la Resolución número 61, dictada por la Gobernación de Antioquia el 31 de agosto de 1932 y a virtud de la cual se negó el carácter de oculto a un bien denunciado como tál por el mismo doctor Moreno, en desarrollo del contrato que suscribió con el Gobernador del Departamento el 14 de junio de 1930.

Tramitado el negocio en la forma legal, dentro de la primera instancia, el Tribunal Seccional resolvió negativamente sobre las peticiones de la demanda, y a virtud de apelación oportunamente interpuesta por el actor, corresponde ahora al Consejo de Estado decidir definitivamente acerca del asunto, pues no observa causal alguna de nulidad en la secuela del juicio.

Conviene hacer notar previamente que el señor Fiscal de esta corporación sostuvo al dar su dictamen la incompetencia del Consejo para conocer del asunto, fundándose en el numeral *g*) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, según el cual están excluidos de la jurisdicción de los Tribunales Administrativos los actos de los empleados departamentales que se originen en un contrato celebrado en nombre de una entidad política distinta del Estado.

Para contestar este argumento, que ha sido formulado ya en otras ocasiones, basta considerar que en casos como el que se analiza, el contrato celebrado entre los particulares y las entidades públicas, aunque constituye un antecedente muy común de las resoluciones administrativas de esta índole, no determina su origen, puesto que el acto del Ministro o del Gobernador recae sobre el denuncio de un bien como oculto, y no sobre el contrato anterior, que tiene por objeto principal resguardar los derechos del interesado. Tan cierto es eso, que bien puede hacerse un denuncio de esta naturaleza, sin contrato previo, ya sea porque un ciudadano desprendido quiera favorecer gratuitamente el patrimonio público, ya sea porque se reserve para un juicio ordinario posterior el ejercicio de sus derechos. Y de todas maneras es preciso dictar una resolución que le dé el carácter de oculto al bien denunciado como tál. No cabe, pues, esta clase de providencias dentro de la excepción establecida por el ordinal *g*) del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Establecida así la competencia del Consejo, procede, en consecuencia resolver el asunto de fondo.

Por razón de método es conveniente reducir este negocio, que tal como lo presenta el expediente parece muy confuso e intrincado, a sus precisos términos, a fin de que los razonamientos y conclusiones puedan surgir con claridad.

Dos Leyes, la 82 de 1913 (artículo 24) y la 70 de 1916 (artículo 2º), incluyeron entre los caminos nacionales el que debería ir de Medellín a Turbo en el golfo de Urabá, o para decirlo mejor, la vía de Frontino a Turbo, pasando por Dabeiba y Pavarandocito, pues la segunda de las leyes mencionadas sólo señala este último trayecto, seguramente porque el camino entre Medellín y Frontino estaba ya construido en 1916.

Otra Ley, la 106 de 1919, autorizó en su artículo 1º al Departamento de Antioquia para acometer con sus propios fondos dicho trayecto, a reserva de ser reembolsado después por la Nación, de las inversiones correspondientes. Dicho precepto impone como preliminar de la construcción la previa aprobación del Ministerio de Obras Públicas.

A virtud de la Ordenanza número 8 de 1926, el Departamento de Antioquia, considerando sin duda insuficiente para las necesidades de su expansión comercial el camino de herradura previsto por el legislador, y cuya terminación aparecia enteramente remota, decidió acometer por su propia cuenta y con sus particulares recursos una obra grandiosa, la de la carretera al mar, que por la naturaleza misma de las cosas había de seguir un curso idéntico o muy semejante al del camino anteriormente proyectado. Para emprender esta obra tuvo en cuenta sin duda la Asamblea, que la Ley 66 de 1923 (artículo 13) había subvencionado con el 35 por 100 del costo de construcción las carreteras de la índole de aquella que se proyectaba.

Una ley posterior, la 68 de 1926, artículo 11, fijó en $ 4,000 por kilómetro construido el monto de la subvención otorgada por la Ley 66 de 1923; y dos leyes especiales, la 106 de 1927, artículo 12, y la 28 de 1929, artículo 1º, subvencionaron concretamente la carretera al mar acometida por el Departamento de Antioquia como vía departamental, a virtud de acto expreso de su propia Asamblea, la primera con $ 10,000 y la segunda con $ 20,000 por kilómetro.

De la somera exposición que acaba de hacerse resulta que rigen la materia de la controversia dos series de leyes: las que consideraron como nacional una vía o arteria de comunicaciones cuya finalidad era comunicar la capital de Antioquia con el golfo de Urabá, es decir, con el mar; y las que consideraron esa misma vía, ese mismo trayecto de comunicaciones, como obra departamental, subvencionando al efecto a la entidad secional. Y resulta también que el Departamento de Antioquia resolvió en un momento dado acometer como obra propia suya la construcción de una ruta que anteriormente había estado construyendo con los fondos de su erario pero por cuenta de la Nación y a reserva de percibir oportunamente el reembolso respectivo. Resulta por último, que en orden cronológico, la primera serie de leyes fueron expedidas dentro de un lapso que es anterior en su totalidad al período durante el cual fueron expedidas las de la segunda serie. Esta clasificación por tiempo y por materias aclara notablemente la incertidumbre o la confusión que insinúa en el espíritu la enumeración y lectura de los textos dispersos, tales como aparecen en los diferentes escritos que constan en el expediente.

Consignadas las explicaciones anteriores, es el momento de hacer referencia al hecho central del proceso, consistente en que el Departamento de Antioquia, dentro del plan de construír su carretera departamental al mar, creyó conveniente, a causa de la congestión de transportes surgida por entonces en el río Magdalena, construir una vía auxiliar o complementaria que facilitara el transporte de elementos y

materiales para la obra principal, y escogió al efecto una ruta entre Dabeiba y Pavarandocito.

El hecho lo explica asi el doctor Ignacio Navarro, Subsecretario de Hacienda de Antioquia, en documento incorporado al expediente al folio 30 del cuaderno de pruebas del actor:

"La Junta Directiva de la Carretera al Mar, creada por aquella Ordenanza, en su sesión del 26 de noviembre de 1926, de acuerdo con el acta número 31 de esa fecha, y como vía industrial, para la introducción de víveres y materiales para la construcción de la carretera al mar, y como componente de aquella vía, decretó la realización del camino Dabeiba-Pavarandocito y concedió autorización al Gerente de la empresa para la ejecución de la obra. La Junta no se fundó para esto en leyes que autorizaran la inversión de dineros en la vía nacional, para después cobrar esa inversión, sino en las necesidades complementarias de la carretera al mar."

Ahora bien: según el concepto del demandante, existiendo una ley que declaró nacional el camino de Frontino a Turbo, por la vía de Dabeiba y Pavarandocito, existiendo otra ley que autorizó al Departamento de Antioquia para construir ese camino con sus propios fondos, a reserva de posterior reembolso, y habiendo efectivamente hecho el mismo Departamento un trayecto de camino que está comprendido entre dos de los puntos que constituían el itinerario de aquel camino nacional, es evidente que la entidad seccional tiene un crédito contra la Nación por el monto de las sumas invertidas en ese trayecto, que asciende a $ 448,265-05, según el informe del Gerente de la carretera, que figura en el cuaderno de pruebas del actor; la pasividad de las autoridades en la demanda de tal crédito, más aún, su renuencia a cobrarlo, a causa de una convicción errada, han oscurecido el título del Departamento sobre la suma respectiva, y fundan plenamente la declaración que solicitó antes del Tribunal local y solicita en la actualidad del Consejo de Estado.

Es el caso de ver ahora si estas alegaciones están suficientemente fundadas.

Sin aludir todavía a las razones decisivas que autorizan una conclusión final sobre este negocio, debe observarse en primer término que en tratándose de servicios públicos como son las vías de comunicación, una vez construída sobre determinado itinerario una ruta destinada a unir ciertos puntos geográficos, con el objeto de satisfacer una necesidad económica y que es al mismo tiempo la más importante, la más completa y la más costosa de las que han sido proyectadas en el caso concreto, sobra o es improcedente aquella que aunque prevista en primer término, es inferior como elemento de progreso. Aplicando esta tesis a la especie contemplada en los autos, es claro que adelantada una carretera de primer orden no debe construirse a la vez, dentro de idéntica finalidad, un camino de herradura, pues sería insensato hacer dos cuantiosas erogaciones para satisfacer una sola necesidad social. Pero hay algo más: en el presente caso, hecha la carretera desapareció físicamente la posibilidad de abrir sobre su mismo curso otro camino de calidad técnica inferior. De manera que resulta lógicamente imposible que el legislador hubiera tomado una determinación absurda.

Vistas así las cosas, como es preciso verlas, el sentido de la segunda serie de leyes a que anteriormente se hizo referencia, es sustituir un camino nacional por una carretera departamental subvencionada con amplia generosidad, de donde resulta la derogatoria tácita de la primera serie de leyes. A la vez el acto de la Asamblea de Antioquia, al declarar departamental una vía que tenia el carácter de nacional, implica una opción a favor del sistema más eficiente y más apto para comunicar a Me-

dellín con el mar, y consecuencialmente una renuncia al derecho de seguir construyendo un camino por cuenta de la Nación.

Esta interpretación de los textos legales, que por sí misma satisface sin ningún esfuerzo de la razón, se corrobora con la circunstancia de que la Ley 59 de 1927, posterior a la Ordenanza número 8 de 1926 y a las Leyes 66 de 1923 y 68 de 1926, sobre subvenciones a las carreteras departamentales y municipales, reconoció al Departamento de Antioquia la cantidad de $ 98,690 "que invirtió en el camino de Medellín a Turbo, conforme a la autorización conferida por la Ley 106 de 1919," reconocimiento que está indicando la voluntad de cerrar una etapa en el propósito de comunicar a Medellín con el golfo de Urabá, la etapa del camino nacional, en presencia de la etapa nueva que acababa de abrirse, la de la carretera departamental subvencionada por el Estado.

Pero hay otras consideraciones aún más concluyentes:

A virtud del Decreto número 919 de 1929, artículo 8º, se ordenó: "En armonía con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 11 de 1926, cada vez que el Gobierno Nacional pague a alguna de las entidades nombradas la subvención correspondiente a una vía que haya recibido auxilios nacionales, fuera de dicha subvención, se descontará del total de ésta el valor de esos auxilios."

De la aplicación del precepto contenido en el texto anterior resulta que en ningún caso podría el Departamento de Antioquia cobrar a la Nación, de una parte las sumas invertidas en la construcción del trayecto de vía pública comprendido entre Dabeiba y Pavarandocito, dentro del concepto de haber considerado algunas leyes esa vía como camino nacional, y a la vez las cantidades exigibles a título de subvención por el mismo trayecto, dentro del concepto de haber considerado otras leyes tal ruta como obra departamental. Pagar dos veces la misma entidad un solo eslabón, una sola arteria de comunicaciones, es cosa que notoriamente repugna a los principios generales del derecho, tanto más si se considera que en el caso concreto contemplado en este proceso, el valor de la subvención otorgada a la carretera que adelanta el Gobierno de Antioquia excede varias veces del costo del camino que sigue idéntico curso, lo cual hace pensar que no sólo habría, en el evento de admitirse la tesis del demandante, doble pago de dinero, por una misma causa y con igual finalidad, sino que la segunda erogación sería mucho mayor que la primera. A evitar semejante resultado, inequitativo e injurídico, procedió, fundándose en la Ley 11 de 1926, el Organo Ejecutivo del Poder Público, disponiendo perentoriamente que al hacerse el pago de las subvenciones señaladas a las carreteras se descontaran las erogaciones hechas anteriormente por otros conceptos, con destino a las mismas vías. Y aunque el Decreto al indicar las partidas que deben descontarse emplea la palabra auxilios, no hay dificultad alguna, dentro de una sana hermenéutica, fundada precisamente en las razones de elemental justicia y lógica que acaban de hacerse, en considerar como verdaderos auxilios los reembolsos hechos a los Departamentos por razón de obras públicas que si bien por espíritu de benevolencia se declaran nacionales, tienen por objeto esencial y por principal finalidad beneficiar a determinada sección de la República. La circunstancia de haber declarado la Asamblea de Antioquia vía departamental la misma que anteriormente había denominado el Congreso camino nacional, relieva con especial significación el hecho de que la providencia primitiva del Congreso era simplemente el medio de auxiliar una obra vital para una región del país.

De los apartes anteriores se deduce con evidencia suficiente que ante la norma contenida en el Decreto número 919 de 1929, de ninguna manera podría el Departamento de Antioquia dejar de descontar de las

subvenciones que hayan de corresponderle por la construcción del trayecto de carretera entre Dabeiba y Pavarandocito, las sumas que pudieran corresponderle como reembolso por los gastos hechos en el camino industrial que cubre ruta sensiblemente igual. Y si esto es así, ello quiere decir que no podrán las autoridades antioqueñas incorporar al patrimonio de la entidad que representan la cantidad invertida en el llamado camino industrial de Dabeiba a Pavarandocito.

No enriquecerá, pues, nunca a la entidad departamental el denuncio dado por el doctor Moreno. Y consecuencialmente no puede corresponderle participación alguna por el pago de subvenciones que en ningún instante han dejado los gobernantes de Antioquia de considerar exigibles, y respecto de las cuales hay constancia plena de la decidida voluntad de realizar oportunamente el cobro. O para decirlo mejor: lo que ocurre respecto de este problema es que frente al conjunto de las disposiciones legales existentes sobre la materia, los representantes legales del Departamento de Antioquia optaron por demandar a su debido tiempo el crédito correspondiente a la subvención, prescindiendo de hacer gestiones aventuradas y aleatorias para obtener un ingreso transitorio que más adelante habría de salir de sus cajas bajo la forma de descuento. Y ese acto, que cabe enteramente dentro del poder discrecional de la autoridad administrativa, no se compadece de ninguna manera con el concepto de incuria, ignorancia, ineptitud o abandono que puede darle a un bien público el carácter de oculto. No es que los gobernantes de Antioquia hayan incurrido en error o confusión alguna. Es que han estudiado las diversas fases de un problema y han escogido dentro del campo de sus atribuciones una solución acertada y honorable, que hará ingresar al erario departamental una suma idéntica a la que pretende haber descubierto el doctor Moreno. La participación que a este ciudadano se le reconociera carecería por tanto de toda explicación.

De otra parte no existe en el expediente la prueba de que el camino industrial construido de Dabeiba a Pavarandocito, por determinación particular de la Junta constituida para dirigir los trabajos de la carretera al golfo de Urabá, sea el mismo camino nacional de Frontino a Turbo, contemplado por la Ley 70 de 1916. Y esa prueba es indispensable para sostener la existencia del derecho al reembolso de las sumas invertidas, pues el hecho de que un camino de trayecto reducido pase por dos puntos o lugares que figuran dentro del itinerario de otra vía mucho más amplia, no justifica en manera alguna la conclusión de que la primera ruta haga parte de la segunda.

Ahora bien: en el caso de autos existe la circunstancia singularmente significativa de que las autoridades departamentales, capacitadas por conocimiento directo para ilustrar la cuestión, afirman expresamente que "la Junta (la que adelantó los trabajos de la obra) no se fundó para esto en leyes expresas que autorizaran la inversión de dineros en la vía nacional, para después cobrar esa inversión, sino en las necesidades complementarias de la carretera al mar." Y si ello fue así, si los constructores no pensaron siquiera en la existencia de un trayecto de camino nacional, no hay razón para pensar que tuvieran a la vista los dibujos de ese camino, y mucho menos que siguieran su curso. La vía que se llevó a cabo fue una vía provisional, de trayecto restringido, destinada exclusivamente a facilitar el acceso de los materiales y de los víveres destinados a la construcción de la carretera al mar. Para demostrar que se trata del mismo camino nacional habría sido necesario practicar una inspección ocular o traer a los autos los recibos de la obra otorgados por el Ministerio de Obras Públicas.

Y a este respecto es preciso advertir que nunca se solicitó de este Despacho la previa aprobación prevista por la Ley 106 de 1919, para justificar el reembolso de las sumas invertidas en caminos nacionales, lo cual es otro argumento contra la existencia del derecho alegado por el actor como perteneciente al Departamento de Antioquia.

Por último, como lo hizo notar el señor Gobernador de Antioquia en la resolución acusada en este juicio, no existe por parte del Departamento de Antioquia ningún derecho a cobrar créditos de esa clase contra la Nación, ya que en virtud del contrato firmado en Bogotá el día 21 de enero de 1932, contrato celebrado en virtud de las autorizaciones conferidas por la Ley 102 de 1931, se convino en que las reclamaciones del Departamento de Antioquia, por concepto de subvenciones a vías departamentales construidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 88 de 1931, quedan reducidas a la cantidad de cuatrocientos veinte mil pesos moneda legal ($ 420,000), "quedando con esto la Nación a paz y salvo con el Departamento, por razón de las reclamaciones pendientes y de cualesquiera otras que tengan su origen en subvenciones a carreteras departamentales o inversión en carreteras nacionales."

Perfeccionado y ejecutado como está ese contrato, el Departamento de Antioquia perdió todo derecho—si es que alguno tenía—a cobrar de la Nación el crédito que el doctor Moreno denunció en 1930 como exigible. Y la alegación hecha por él, de que la Gobernación tuvo en cuenta ese denuncio durante las negociaciones respectivas, y antes de dictar la resolución que desconoció el carácter de oculto al bien presentado como tál por el actor, perjudicándolo así en sus intereses, quizás pudiera permitir eventualmente al doctor Moreno demandar al Departamento ante las autoridades civiles, sin poder alterar la circunstancia de que el derecho al reembolso no existe en la actualidad.

Y para terminar, debe observarse que las declaraciones solicitadas en los ordinales *b*) y *c*) de la demanda, ni serían procedentes como consecuencia de las declaraciones de ser oculto el bien denunciado y de nulidad consiguiente del acto negativo acusado, porque la manera de restablecer el derecho conculcado al doctor Moreno no sería otra que la de investirlo de la personería necesaria para hacer efectivo el crédito denunciado; ni tales declaraciones serían del resorte de la institución contencioso administrativa, aisladamente consideradas, sino del de la justicia ordinaria, que es a quien corresponde decidir sobre las consecuencias de los contratos civiles, como son las de si al doctor Moreno lo afecta o nó el celebrado entre la Nación y el Departamento, sobre cuantía de los auxilios debidos hasta entonces por concepto de construcción de carreteras, y la de si le corresponde una participación de la cuantía señalada en la demanda, al mismo doctor Moreno en su calidad de denunciante del crédito cuestionado.

En mérito de las extensas 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,

FALLA:

1º No es nula la Resolución número 61 de 31 de agosto de 1932, expedida por la Gobernación de Antioquia, por la cual se niega el carácter de oculto a un bien señalado en la demanda.

2º No es bien oculto del Departamento de Antioquia el pretendido crédito contra la Nación, consistente en las sumas invertidas por aquella entidad en la construcción del camino industrial de Dabeiba a Pavarandocito.

3º No es el caso de hacer declaración alguna, afirmativa ni negativa, en relación con los ordinales *b*) y *c*) de la demanda, por incompetencia de jurisdicción de la rama contencioso administrativa en el particular.

Publíquese, notifíquese, comuníquese a la Gobernación de Antioquia, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ricardo Tirado Macías—Ramón Miranda—Con salvamento de voto, *Pedro Martín Quiñones—Luis E. García V.*, Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

Forzado a consignar las razones de mi disentimiento con el precedente fallo, hago la declaración explícita de que los razonamientos aportados al debate por su ilustrado autor contemplan aspectos nuevos del problema que la demanda planteó y que hacen todavía más sensible para mí la obligada distanciación de opiniones, porque de muchas de las tesis que allí se sustentan con singular maestría, no podría separarme en circunstancias diversas a las que individualizan el litigio que se ha terminado.

El proyecto primitivo que fue objeto de largos debates sostiene estos puntos principales:

Que la vía Dabeiba-Pavarandocito es nacional (artículo 2º de la Ley 70 de 1916);

Que el Departamento de Antioquia fue autorizado expresamente para emprender su construcción por cuenta del Estado: Ley 106 de 1919;

Que invirtió en tal vía cuantiosas sumas, de las cuales le fue reconocida la de $ 98,690, en la Ley 59 de 1927;

Que de la revisión y examen de comprobantes resulta evidente que fue mayor la suma invertida por el Departamento en tal obra nacional, según la autorización transcrita, y que los órganos superiores del Departamento no sólo no hicieron oportuna ni eficaz reclamación de tal exceso, sino que incurrieron en una lamentable confusión que la hizo poco menos que imposible y difícil, por lo cual sobrevino el denuncio del bien oculto a que la demanda se contrae, consistente en un crédito contra la Nación y a favor del Departamento por el relacionado exceso de gastos.

Que después de formulado ese denuncio viniese un arreglo con el deudor que comprende todas las acreencias del Departamento por razón de carreteras y caminos nacionales y departamentales con derecho a subvención, sólo prueba que sí había margen a un nuevo recaudo, pero no puede legalmente este hecho enervar o hacer ilusorio el derecho del denunciante.

Estas ideas están sustentadas a espacio en el proyecto primitivo que no mereció la aprobación del Consejo.

Pedro Martín Quiñones—Luis E. García V., Secretario.

Pago indebido de giros telegráficos

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Respecto de las entidades públicas se siguen en materia de responsabilidad civil por los delitos y las culpas las mismas normas que entre particulares.

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

La Oficina Postal de Arauca expidió el 20 de febrero de 1935, a virtud de consignaciones hechas por los señores Maximiliano Acebedo y Miguel Acosta, dos giros telegráficos a favor del *Almacén Obregón,* de Bogotá, por la suma de cien pesos cada uno, y Acebedo comunicó el mismo día al *Almacén Obregón* el despacho de los giros, también por telégrafo. El aviso respectivo fue sustraído de la Oficina de Carteros, y con él se presentó a la de Giros Postales de esta ciudad el día 21 del mismo febrero, alguna persona que dijo llamarse Miguel Obregón a cobrar el dinero. Este individuo no iba provisto de la cédula de ciudadanía ni de la postal, y por ese motivo no se le pagó la cantidad reclamada. Pero irregularmente se aceptó el endoso de los giros hecho por él a favor de otro sujeto que hizo uso del nombre Gregorio Obregón, y cuya cédula de ciudadanía, marcada con el número 135809 de Bogotá, se demostró más tarde ser apócrifa. Y con este simple trámite y la aplicación de un sello sospechoso que dice *Almacén Obregón* a las notas de endoso, se entregó al supuesto Gregorio Obregón el valor de los giros, por el empleado pagador don Joaquín E. Valcárcel.

Sobre la base de tales antecedentes, el Ministerio de Correos y Telégrafos dictó la Resolución número 1091 bis, de 4 de mayo de 1936, "por la cual se declara civilmente responsable por el pago indebido de dos giros telegráficos al ex-Cajero Pagador de la Oficina Local de Giros Postales, dependiente del Ministerio de Guerra, señor Joaquín E. Valcárcel, y se ordena la indemnización correspondiente."

Esta Resolución fue acusada de nulidad por el mismo señor Valcárcel, en demanda presentada al Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1936.

El principal descargo aducido por el actor en los diversos escritos traídos a los autos para su defensa, consiste en decir que el empleo para el cual fue nombrado y cuyas funciones desempeñaba, era el de "Recibidor de giros oficiales del Ministerio de Guerra," de tal manera que no le correspondía atender al servicio ordinario de giros, razón por la cual, habiendo en el caso concreto desempeñado una comisión conferida por el Jefe de la Oficina señor Edmundo de la Torre, toda la responsabilidad de lo ocurrido debe recaer exclusivamente sobre éste. Para reforzar esta tesis, y llevando más adelante el análisis, afirma que sólo el Jefe de la Oficina respectiva es quien debe atender a las indemnizaciones pertinentes en casos como este, y al efecto cita el artículo 81 del Decreto número 1092 de 1933.

A la vez, y al margen de estas argumentaciones tendientes a asignar a otra persona la responsabilidad del pago indebido de los giros, el señor Valcárcel sostiene, sin poder demostrarlo, y sin aducir prueba alguna, que la entrega del dinero estuvo bien hecha y se ajustó a las prescripciones reglamentarias.

Como disposiciones quebrantadas por la Resolución del Ministerio indicó el demandante las de los artículos 20 de la Constitución Nacional y 6º, 38, 39, 40 y 43 de la Ley 42 de 1923.

Conviene advertir, a fin de aclarar los antecedentes de este negocio, que el señor Edmundo de la Torre, Jefe de la Oficina de Giros de Bogotá, pagó espontáneamente al Almacén Obregón el importe de las cantidades extraviadas, obteniendo la cesión del crédito respectivo; y que mediante la Resolución materia de la demanda fue reembolsado por el Ministerio de Correos y Telégrafos, entidad que a su turno decidió indemnizarse ordenando el descuento mensual de la quinta parte del sueldo del señor Valcárcel, hasta la concurrencia de la suma de $ 200.

Planteada así la cuestión, el Consejo procede a decidirla en el fondo, a virtud de las siguientes consideraciones:

Lo primero que debe estudiarse en este caso es la responsabilidad del Estado como director del servicio público monopolizado de correos y telégrafos, con motivo de la pérdida de los valores confiados a su custodia.

Ahora bien: sobre este particular puede afirmarse con toda certeza que esa responsabilidad existe, de acuerdo con las reglas pertinentes del Código Civil y los principios generales de derecho, puesto que todo el que por su culpa ocasiona a otro un daño o perjuicio está obligado a indemnizarlo, y puesto que para este efecto las personas morales responden por los actos de sus agentes o representantes. En numerosas sentencias esta corporación, sosteniendo doctrina análoga a la del Consejo de Estado francés, ha dicho que respecto de las entidades públicas se siguen en materia de responsabilidad civil por los delitos y las culpas las mismas normas que entre particulares.

Por lo tanto, consumada la pérdida de los giros a favor del Almacén Obregón, correspondía a la Nación, por conducto del Ministerio de Correos y Telégrafos, indemnizar plenamente a los destinatarios defraudados en sus intereses.

Pero desde luégo surgía a favor del Estado y contra los empleados o agentes culpables del extravío del dinero, la acción civil encaminada a reembolsarlo de las cantidades invertidas en el pago. Pues el autor del hecho que compromete la responsabilidad de otro, no deja de ser personalmente responsable, por lo cual una persona jurídica obligada a cubrir una indemnización de esta índole tiene un recurso contra el empleado encargado de las funciones cuyo ejercicio da lugar al perjuicio de terceros.

Ahora bien: existiendo un Jefe de la Oficina Local de Giros Postales de Bogotá, investido de autoridad para dar órdenes a todos sus subalternos, quien presta fianza en el momento de entrar a ejercer el cargo, precisamente para garantizar el manejo de los caudales confiados a su custodia, era este empleado el que debía cubrir al Erario público las sumas extraviadas durante el curso de su administración. A este respecto, fuera de los principios generales que rigen la materia, hay dos textos legales expresos: el artículo 39 de la Ley 42 de 1923, que se refiere a todos los empleados que conservan dineros públicos, y el artículo 81 del Decreto número 1092 de 1933, relativo al ramo de Giros y que dice así: "Los jefes de las oficinas habilitadas para el servicio de giros son directamente responsables de los fondos confiados a ellos, y al efecto asegurarán su manejo en el mismo documento de fianza en el

cual garanticen su corrección como servidores del ramo de Correos, pues en tales documentos deben quedar comprendidas todas las obligaciones que hayan de cumplir como empleados postales."

En el caso concreto de este proceso, la responsabilidad del señor Edmundo de la Torre, quien desempeñaba el día 21 de febrero de 1935 el cargo de Oficial del servicio y sección de Giros Postales del Ministerio de Correos y Telégrafos, según certificado expedido por el mismo Ministerio, visible al folio 5 del expediente, surge, pues, con toda claridad.

Pero como en realidad el autor directo e inmediato del pago indebido de los doscientos pesos girados a favor del Almacén Obregón, fue el señor Joaquín E. Valcárcel, cuya falta de precaución y de cuidado resalta con extraordinaria nitidez en el proceso, ya que omitió el cumplimiento de las formalidades necesarias para la identificación de los cobradores, el derecho que el señor De la Torre tiene para repetir contra Valcárcel por las sumas de que en primer término es responsable como Jefe de la Oficina, aparece suficientemente claro.

En efecto: la culpa de lo ocurrido es toda de Valcárcel. Haber aceptado el endoso que el pretendido Miguel Obregón hizo del giro telegráfico procedente de Arauca, a favor del pretendido Gregorio Obregón, sin hacer ningún esfuerzo para establecer la personalidad del endosante, y sin exigirle ninguna prueba de su calidad de apoderado del Almacén Obregón; aceptar como suficiente credencial unas palabras burdamente trazadas con lápiz de tinta o sobre papel carbón, encaminadas a imitar un sello; aceptar un endoso sobre el mismo telegrama de giro, contra expresa prohibición de un Decreto vigente; y no tomar nota de los errores de ortografía cometidos al escribir la leyenda del endoso, que eran indicio notorio de la suplantación de personas, que se estaba consumando, pues los gerentes o propietarios de una casa comercial de primer orden tienen moralmente una educación superior, son hechos todos que asignan a Valcárcel la calidad de autor de la culpa o cuasidelito cometido en el caso que se examina.

El señor Valcárcel afirma en su descargo que era al señor Edmundo de la Torre, Jefe de la Oficina de Giros, a quien correspondía personalmente hacer el pago, y que por lo tanto el hecho de haberlo cubierto otra persona no lo exime de responsabilidad, puesto que fue por orden suya directa como el empleado subalterno lo suplió en el ejercicio de sus funciones naturales. Agrega además que los deberes que a él—Valcárcel—le correspondían eran los de supernumerario, por cuenta del Ministerio de Guerra, encargado únicamente de despachar los giros del Ejército, de tal manera que no tenía obligación de pagar giros de otra índole, por lo cual el hecho de haber cumplido una función que no estaba adscrita a su empleo, lo exime de responsabilidad y equivale a que el señor De la Torre hubiera hecho por sí mismo el pago.

Esta argumentación carece de consistencia, pues si el señor De la Torre no podía dar al señor Valcárcel la orden que le dio, por la especialidad de las funciones de éste, bien habría podido el subalterno negarse a cumplirla y abstenerse de atender al pago de los giros ordinarios. No habiéndolo hecho así, la torpeza y el descuido con que desempeñó la comisión que le había sido conferida lo obligan a soportar las consecuencias de su negligente actitud. Mas, de otra parte, no se ha demostrado de ningún modo que el señor De la Torre no pudiera ordenar a Valcárcel que atendiera al pago de los giros, y de los autos aparece que aunque este último tenía efectivamente el carácter de supernumerario por cuenta del Ministerio de Guerra, estaba bajo la autoridad y dependencia del Jefe de la Oficina de Giros, a quien le correspondía desde luego distribuír el trabajo de su despacho, no pudiendo nor-

malmente prestarlo él solo por entero. En efecto: un certificado expedido por el Ministerio de Correos y Telégrafos y presentado por el mismo Valcárcel, atestigua que los empleados de la Oficina de Giros servían "a las órdenes inmediatas del señor Edmundo de la Torre." (Folio 4 del expediente).

Por lo tanto, el demandante en este proceso, señor Joaquín E. Valcárcel, está jurídicamente obligado a indemnizar al señor Edmundo de la Torre, así como éste estaba obligado a indemnizar a la Nación, y así como la Nación estaba obligada a indemnizar a la firma comercial defraudada.

Ocurre sin embargo que, en la práctica, los términos de las relaciones jurídicas que acaban de indicarse no siguieron su marcha lógica, pues las prestaciones que eran obligatorias dentro de la especie que se estudia, se hicieron contrariando el orden natural de las cosas. El Jefe de la Oficina Local pagó directamente a los interesados, quienes se declararon satisfechos y quedaron por lo tanto impedidos para demandar al Gobierno Nacional. Más tarde el mismo Jefe, señor Edmundo de la Torre, recabó del Ministerio de Correos el reembolso de la cantidad por él cubierta a los señores Obregón, y lo obtuvo a virtud de la resolución acusada, que al mismo tiempo condenó al señor Joaquín E. Valcárcel por una suma equivalente, y ordenó a la Caja Pagadora del Ministerio de Guerra retener mensualmente la quinta parte del sueldo del Cajero Pagador, hasta completar la cantidad de doscientos pesos.

Ahora bien: de lo expuesto resulta que fue un error del Ministerio haber reembolsado al señor Edmundo de la Torre la suma que pagó al Almacén Obregón, puesto que él era el responsable ante el Gobierno Nacional, y era lo mismo que la cubriera directamente a los interesados o a la Nación, a reserva de repetir por la vía civil contra el subalterno culpable de la falta.

Y resulta también algo más grave: que el Ministerio condenó a Valcárcel y ordenó el embargo de su sueldo, sin tener ninguna facultad legal para tomar esa medida, que corresponde a la justicia ordinaria, y sustituyéndose a la vez a la Contraloría Nacional, encargada por la Ley 42 de 1923 de desempeñar todas las funciones atribuidas anteriormente a la Corte de Cuentas, y a los jueces civiles que eran los competentes para conocer de la acción de De la Torre contra Valcárcel.

En efecto: la parte dispositiva de la Resolución número 1091 bis, acusada en este juicio, es del tenor siguiente:

"En mérito de lo expuesto, el Ministerio,

"RESUELVE:

"Declarar civilmente responsable por el pago indebido de los giros telegráficos números 110 y 111 por cien pesos ($ 100) cada uno, remitidos por Maximiliano Acebedo y Miguel Acosta para Almacén Obregón y emitidos por Arauca, al ex-Cajero Pagador de la Oficina Local de Giros Postales y actual Cajero Recibidor de Giros Oficiales dependiente del Ministerio de Guerra, señor Joaquín E. Valcárcel.

"Por la Contaduría del Ministerio se pagará al señor Edmundo de la Torre, previa presentación de las cuentas de cobro respectivas, la suma de doscientos pesos ($ 200), como indemnización a que tiene derecho.

"La Caja Pagadora del Ministerio de Guerra se servirá descontar por quintas partes, del sueldo que al señor Valcárcel corresponde como empleado de ese Ministerio en la Oficina Local de Giros Postales, la suma de doscientos pesos ($ 200), valor de la indemnización que el Ministe-

rio debe pagar al beneficiario de los giros, representado en el señor Edmundo de la Torre, quien por convención del acreedor lo subrogó en sus derechos. Esta suma debe ser recibida por la Contaduría Pagadora del Ministerio, a quien para tal efecto se le pasará copia de esta providencia."

Esta providencia ministerial exonera, pues, implícitamente, de responsabilidad al señor Edmundo de la Torre y la asigna por entero al señor Joaquín E. Valcárcel. Y ambas determinaciones se toman sin que la Contraloría General de la República hubiera intervenido para nada en la investigación del asunto. Se explica que, por haber pagado directamente el señor De la Torre a los interesados el importe de los giros, no se hubiera presentado la oportunidad de deducir a la Oficina a su cargo el alcance correspondiente. Pero desde el momento en que se le cubrió con fondos del Tesoro una suma idéntica, las cosas quedaron restablecidas al estado anterior al pago hecho por el mismo De la Torre, y por lo tanto no podía al mismo tiempo eximírsele de responsabilidad en ese negocio, directa ni indirectamente, puesto que el artículo 43 de la Ley 42 de 1923, aplicable al caso, lo prohibe de modo preciso. Hé aquí su texto:

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

Por lo que hace a la declaratoria contra Valcárcel, es claro que no podía proferirse mientras, por no haberse llenado los trámites legales, estuviera pendiente la responsabilidad de De la Torre. Pero además, aun prescindiendo de esa consideración, no se justifica legalmente que el Ministerio dicte resoluciones sobre responsabilidad civil, pues el artículo 40 de la compilación llamada Código Postal, que autoriza actos de esta índole, se refiere solamente al caso especial de los recomendados y encomiendas postales, cuya custodia y transporte no hacen a los empleados respectivos depositarios de caudales públicos, puesto que aquellos valores pertenecen exclusivamente a los particulares que los confían transitoriamente a las oficinas postales. La analogía no rige, por lo tanto, respecto del fondo destinado a la emisión de giros, que se constituye en gran parte con dineros anticipados por el Erario Público y por medio de un procedimiento análogo al de los giros bancarios. Y tal disposición debe descartarse del todo en la actualidad, en presencia del artículo 6º de la citada Ley 42 de 1923, que da al Contralor "competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación."

Por otra parte, en ningún caso se podía, por medio de una resolución administrativa, ordenar el embargo del sueldo del empleado Valcárcel, pues un auto de esta naturaleza no puede ser dictado sino por un Juez, de tal manera que el mismo artículo 40 del Código Postal que acaba de citarse, y que aparece como la única base legal posible de la providencia acusada, dispone expresamente que "una vez hecha la liquidación del alcance o dictada la resolución por la cual se declara responsable de la pérdida o extravío de valores, recomendados o encomiendas, los procedimientos subsecuentes se seguirán por el Juez ejecutor."

Pero hay más: la resolución ministerial no ha sido en el caso de autos sino un procedimiento irregular para llegar al resultado de que el señor Valcárcel indemnizara al señor De la Torre. No otra cosa significa alterar la situación creada por el pago espontáneamente hecho por De la Torre, reembolsar a éste con fondos de la Nación, y proceder coactiva-

mente a hacer efectivo un cobro contra Valcárcel. Y es de completa evidencia que esta clase de actos corresponden a los Jueces ordinarios. Extralimitó por lo tanto, sus funciones el señor Ministro de Correos y usurpó una jurisdición que no le corresponde. El acto administrativo que se revisa es, en consecuencia, ilegal.

Nada puede resolverse, sin embargo, acerca de la manera como haya de restablecerse el derecho violado, por no haberse hecho petición ninguna al respecto, como lo requiere expresamente el artículo 4º de la Ley 80 de 1935.

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,

FALLA:

Es nula la Resolución proferida por el Ministerio de Correos y Telégrafos el 4 de mayo de 1936, marcada con el número 1091 bis, en cuanto declara civilmente responsable de dos giros telegráficos al ex-Cajero Pagador de la Oficina Local de Giros Postales, dependiente del Ministerio de Guerra, señor Joaquín E. Valcárcel, y ordena la indemnización correspondiente.

Publíquese, notifíquese, cópiese y comuníquese al Ministerio de Correos y Telégrafos y a la Contraloría General de la República, y devuélvase a dicho Ministerio el informativo en que se basó la Resolución 1091 bis.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones — Ricardo Tirado Macías—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Elías Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.

Nulidad de ternas de Magistrados

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Cuando la Constitución exige al que ha de ser elegido cierta calidad o condición, prohibe tácitamente al que no la tiene el acceso a ese cargo. En casos tales, viene a ser lo mismo tener un impedimento que carecer de un requisito.

Consejo de Estado — Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

El día 8 de junio de 1935, la Asamblea Departamental de Santander eligió las cuatro ternas de Magistrados principales y suplentes que le corresponde proveer conforme a la ley. Y el 13 del mismo mes, dentro del término hábil para ello, el doctor Saúl Luna Gómez presentó ante el Tribunal Administrativo de Bucaramanga un libelo de demanda sobre nulidad de esa elección, fundándose en que algunas de las personas elegidas no podían serlo, a virtud del precepto contenido en el artículo 154 de la Constitución de 1886, por no reunir las condiciones necesarias en casos como este.

Admitida la demanda y tramitada conforme a las ritualidades propias de estas acciones, el Tribunal puso término a la primera instancia con el fallo de fecha 11 de marzo del corriente año, por medio del cual declaró la nulidad de la primera y cuarta terna de principales, y de la segunda, la tercera y la cuarta de suplentes.

Contra dicho fallo interpusieron el recurso de apelación, de una parte el señor Fiscal del Tribunal y los opositores señores Agustín Espinel B., Emilio Pradilla, Euclides Argüello y Camilo Durán, representados en el juicio por el doctor Manuel Barrera Parra, y de otra parte el demandante, en lo que se refiere a la negativa de la nulidad de las demás ternas acusadas.

Estando agotada la tramitación correspondiente a la segunda instancia, el Consejo de Estado procede a decidir de la alzada sobre la base de las consideraciones que en seguida se exponen:

Contra la práctica usual en los juicios electorales, el Tribunal Seccional de Santander, al conceder la apelación interpuesta contra la sentencia dictada el 11 de marzo de 1937, dijo otorgarla en el efecto devolutivo y no en el suspensivo. Ahora bien: el Consejo de Estado ha dispuesto en otras ocasiones que produce nulidad de lo actuado en la segunda instancia un error de esta índole, porque cuando una apelación no se concede conforme a la ley el superior no adquiere jurisdicción para conocer del asunto.

Pero en el caso de autos esta doctrina no es procedente por varias razones. Primera. Porque el artículo 21 de la Ley 96 de 1920 dispone que "en estas actuaciones (los juicios electorales), así en la primera como en la segunda instancia, no son admisibles las articulaciones comunes ni otros incidentes distintos de los de impedimento y recusación, los cuales podrán promoverse desde que se fija en lista el negocio hasta

que se cite para sentencia." De modo, pues, que el incidente de nulidad no puede proponerse por las partes, y solamente podría pensarse en que procediera el Juez de oficio. Segunda. Porque este espontáneo pronunciamiento no es legal, ya que no existe una disposición terminante que autorice a decidir cuál es el efecto preciso en que deben concederse esta clase de apelaciones. En efecto: el artículo 65 de la Ley 130 de 1913 dispone que las apelaciones de las sentencias en los procesos contencioso administrativos se otorgan en el efecto devolutivo, y ya se verá cómo los juicios electorales son esencialmente administrativos. Con la circunstancia de que el artículo 5º de la Ley 80 de 1922 ordena que la tramitación debe ajustarse precisamente a las normas generales señaladas en la Ley 96 de 1920, artículos 17, 18 y 19. De otra parte, el artículo 490 del Código Judicial, aplicable a estos negocios cuando no sea incompatible con las disposiciones especiales, exige implícitamente que cuando se trate de sentencia definitiva la apelación ha de concederse en el efecto suspensivo, puesto que ordena que se otorgue en tal efecto, siempre que la ley no disponga expresamente que sea en el devolutivo, y el mismo Código no señala este efecto para las sentencias definitivas. Por último, mientras que los artículos 20 de la Ley 96 de 1920 y 10 de la Ley 25 de 1928 hablan de la apelación en general, sin especificar el efecto en que debe otorgarse, el artículo 189 de la Ley 85 de 1916 dispone que la sentencia de primera instancia no producirá ningún efecto mientras no sea confirmada por el superior, lo cual es propio del efecto suspensivo y podría interpretarse, de un lado como una determinación implícita de que el efecto contemplado es este último, pero de otro lado como si el legislador, teniendo en cuenta que el efecto señalado para los juicios administrativos en general es el devolutivo, hubiera querido evitar una ejecución prematura de la sentencia, dictando una norma complementaria especial. Tercera. Porque no habiendo una norma precisa de la manera como deba concederse el recurso, no puede admitirse la falta de jurisdicción en el superior, que no podría proceder sino de una apelación otorgada contra ley expresa. Desde el momento en que existe una duda muy fundada acerca de la voluntad del legislador, no puede decretarse una nulidad que implica una perturbación en el proceso y un perjuicio para las partes, tanto más cuanto en el caso concreto es indiferente, o produce los mismas resultados prácticos, la concesión de la apelación en cualquiera de los efectos previstos por las leyes.

Debe observarse también como cuestión preliminar, que en su alegato de conclusión ante el Consejo, el doctor Barrera Parra plantea la tesis de la ineptitud sustantiva de la demanda, por haber invocado el actor en su libelo el artículo 52 de la Ley 130 de 1913. Sostiene el abogado de los opositores que hubo por eso una errada escogencia de la acción y que por lo tanto no es posible acceder a sus peticiones. Es verdad que hubiera sido más lógica la cita del artículo 190 de la Ley 85 de 1916 que la del artículo 52 de la Ley 130 de 1913, por tratarse en el caso de autos de un negocio electoral. Pero no es menos cierto que la diversidad sustancial que propugna el doctor Barrera Parra entre una acción de nulidad contencioso administrativa y otra acción electoral, no puede ser aceptada. En el fondo no existe sino una sola acción pública contencioso administrativa de nulidad. Toda elección implica un proceso administrativo, y elecciones como la que hizo la Asamblea de Santander pertenecen a la categoría general de actos de las Asambleas, acusables ante los Tribunales Administrativos. De tal manera que si el legislador no hubiera otorgado expresamente el derecho que consagra el artículo 190 de la Ley 85 de 1916, siempre podría demandarse la nulidad de esta clase de elecciones, a virtud de la acción consagrada en el artículo 52 de la Ley 130 de 1913. Si con el objeto de simplificar el trámite y de aten-

der a ciertas necesidades propias de los asuntos electorales, el legislador señaló un procedimiento especial para esta clase de juicios, ello no quiere decir que haya creado una acción diferente. Lo que ocurre es que la ha dotado de una tramitación peculiar en un caso concreto. Y este hecho no puede compararse de ninguna manera con el de las dos acciones reivindicatoria y posesoria que el opositor cita en apoyo de su argumentación, y que si pertenecen a dos categorías jurídicas diferentes.

Por otra parte, el demandante no está obligado a citar en las demandas de carácter administrativo la disposición que lo autoriza para introducirlas. Lo que la ley quiere es que mencione los preceptos violados y las normas que sostienen su pedimento de nulidad. De manera que el error cometido en una parte innecesaria del libelo, no lo afecta en el fondo.

Pero hay en el caso presente otras razones más decisivas. En primer lugar el actor manifestó en forma inequívoca su voluntad de seguir el trámite electoral en la secuela del juicio, puesto que inició su demanda dentro del término perentorio de los cuatro días posteriores al acto de elección, como lo exige la Ley 85; puesto que adujo como prueba inicial el ejemplar auténtico de los *Anales de la Asamblea,* en que se publicó el acta respectiva, y no el de la *Gaceta Departamental,* que hubiera sido de rigor dentro del trámite contencioso administrativo común; puesto que pidió en su libelo que se abriera a pruebas el juicio, que es lo ordenado por la ley electoral; y sobre todo porque fundó expresamente la nulidad en el artículo 183 de la Ley 85 de 1916. De otra parte, el negocio se admitió y sustanció hasta el final por el trámite propio de los asuntos eleccionarios. No cabe, pues, duda alguna acerca del contenido y del objeto de la demanda; y la impropiedad en la cita de un artículo que no era fundamental, no puede viciar la actuación, ya que aun en los recursos de casación, que son singularmente rigurosos, así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia.

En segundo lugar, las acciones públicas administrativas persiguen finalidades diferentes y responden a necesidades sociales diversas de las civiles. El Estado no tiene interés alguno en que se consoliden situaciones violatorias de la ley, puesto que el respeto de las normas jurídicas es esencial para la buena marcha de la comunidad. Por eso el procedimiento en esta clase de juicios es mucho más amplio y tolerante. Dentro de ese criterio el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente la doctrina de que puede decretar la nulidad de un acto acusado ante él en acción pública, a virtud de normas diferentes de las invocadas por el actor, cuando llega a la convicción de que el acto es ilegal. No podría, pues, en la especie que se ventila mostrar un inusitado rigor formal que sacrificara un derecho sustantivo a la interpretación exorbitante del ritual.

Debe dejarse también constancia expresa de que el actor, don Saúl Luna Gómez, desistió del juicio en un momento dado, como aparece de autos. Pero es bien sabido que en las acciones públicas el desistimiento es inadmisible, por mandato terminante del artículo 14 de la Ley 25 de 1928, disposición que, según antecedentes de esta Ley, adoptó el Congreso para corregir los abusos que se presentaban en los pleitos electorales. Razón por la cual no fue aceptado el desistimiento del señor Luna Gómez, como se ve en providencia de fecha 24 de abril de 1936.

Quedan así despejadas las cuestiones preliminares que debían tratarse en este fallo.

Es oportuno recordar que el demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, no sólo el artículo 154 de la Constitución de 1886, que impone

ciertas calidades para el ejercicio de la Magistratura, sino también el artículo 183 de la Ley 85 de 1916, que establece cuándo son nulos los votos dados a favor de determinados candidatos.

Dos son los problemas que para fallar este asunto en el fondo debe resolver el Consejo:

Primero. Al disponer la Constitución que "para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener treinta años de edad, y haber, durante tres años por lo menos, desempeñado funciones judiciales o ejercido la abogacía con buen crédito, o enseñado derecho en un establecimiento público," ¿exige que deben llenar esas calidades las personas a quienes se incluya en las ternas elegidas por las Asambleas, y de entre las cuales nombra la Corte Suprema los Magistrados, o solamente las personas a quienes la Corte designa para ese cargo? O para decirlo más claramente: ¿Están o nó las Asambleas, al elegir las ternas, ligadas por la misma norma que, según el unánime sentir de cuantos han intervenido en este juicio, obliga a la Corte Suprema a escoger para el cargo de Magistrado a personas dotadas de ciertas calidades?

Ahora bien: para entender rectamente una disposición hay que atender ante todo a su propio fundamento y finalidad, y a la vez a la finalidad y al fundamento de las disposiciones que con ella guardan estrecha relación y con ella deben estar en armonía.

Así, pues, debe observarse, en primer término, en este caso, que el constituyente, para garantizar en la medida de lo posible, no sólo la honorabilidad y la competencia del Organo Judicial del poder público, sino la eficacia del sistema según el cual los Magistrados no deben depender exclusivamente de ninguno otro de los Organos del mismo poder, exigió, por una parte, determinados requisitos para ejercer esos cargos, y de otra parte, quiso que en los nombramientos a que hubiera lugar intervinieran la respectiva Asamblea Departamental y la Corte, de suerte que para proveer cada plaza pudiera esta última entidad escoger libremente entre tres nombres postulados por aquélla. (Artículos 153 y 155 de la Constitución Nacional, antes 154 de la misma, y 38 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Para que esos fines, esenciales dentro de un genuino sistema democrático, puedan realizarse, y para que no se desatienda el contenido moral de esas disposiciones, es indispensable interpretarlas en el sentido de que no puede incluirse en las ternas sino personas dotadas de las condiciones exigidas para ser Magistrado, porque de lo contrario, o se impediría que la Corte pudiera hacer la escogencia en la forma en que el constituyente lo quiso, en busca de la autoridad e independencia del ramo Judicial, o llegaría a ser Magistrado un individuo que no reuniera los requisitos necesarios.

Y no puede perderse de vista que las disposiciones que se comentan no están aisladas, no son hechos solitarios dentro del sistema constitucional colombiano, sino que constituyen parte integrante de un estatuto armónico mucho más amplio, cuya base es la separación y autonomía de los Organos del poder público, pero cuyas manifestaciones múltiples convergen todas a lograr un nivel de primer orden en los encargados del ejercicio de las altas funciones del Estado, y a separar del dominio de las pasiones políticas el origen de la Magistratura. Por eso, así como las corporaciones deliberantes están sustraídas en su formación al influjo de las autoridades ejecutivas, y así como el Jefe de la Nación y sus inmediatos colaboradores quedan a cubierto de las imposiciones de la rama legislativa, se quiere evitar por el sistema de las ternas sometidas a la Corte, que el Magistrado deba sólo a la Asamblea, que es un

TEXAS PETROLEUM COMPANY

cuerpo político, su nombramiento; y se les imponen a los candidatos condiciones perentorias que impidan la parcialidad y el favor en la formación de las ternas, y que garanticen la capacidad técnica de los elegidos.

Suponer, pues, que estos altos propósitos del constituyente se realicen cuando se limita arbitrariamente la capacidad de selección de la Corte Suprema, y cuando se solicita su consentimiento para nombrar personas impreparadas o ineptas, a quienes se recompensa en esta forma por servicios públicos de otro orden, es no sólo desatender sino contrariar rotundamente el sistema constitucional en vigencia. Fuera del evidente absurdo que implica el pretender escoger una persona de cierta calidad de entre personas que no tienen esa calidad, pues a nadie le parece posible escoger, por ejemplo, un militar de entre civiles, un filósofo de entre gentes iletradas o un sacerdote de entre individuos incrédulos. Si se admite que la Corte puede nombrar un Magistrado apto de una terna donde hay personas inhábiles para ello por falta de edad o de conocimientos, nada impide admitir a la vez que puedan figurar en ella quienes no sean colombianos o quienes hayan perdido los derechos políticos, pues la única argumentación que se hace para sustentar aquella tesis consiste en sostener que las Asambleas apenas proponen pero no nombran en firme, y que carecen de informaciones jurídicamente valederas sobre las condiciones de los candidatos.

Es que cuando una elección se verifica en dos etapas, a virtud de un procedimiento que se desenvuelve dentro de una unidad de intención y de objetos claramente definidos, la primera fase de esa operación compleja no puede superarse sin reunir las calidades que se exigen para cerrar la última fase o etapa, pues de lo contrario la operación misma carece de sentido, ya que no pueden llegar al punto final sino únicamente quienes han pasado por el punto de partida.

De modo que si no pueden ser Magistrados sino quienes tengan ciertas calidades, y tiene que hacerse el nombramiento de Magistrados exclusivamente de entre las personas designadas por la Asamblea en las ternas, tales personas forzosamente han de reunir aquellas calidades, porque de otra manera el nombramiento sería imposible o no habría terna.

La Constitución no ha dicho que los Magistrados elegidos deben llenar ciertas condiciones. Lo que ha dicho es que para ser Magistrado se requieren ciertas condiciones. De donde se sigue que no pueden nombrarse Magistrados que carezcan de tales calidades.

Ahora bien: a virtud de otro precepto de la Constitución, existe en Colombia una manera particular de designar los Magistrados. Pero no hay fundamento para sostener que el nombramiento lo hace de modo exclusivo la Corte. En el nombramiento intervienen también, y con un volumen de influencia muy considerable, las Asambleas, ya que sin la elección previa que aquéllas hacen, el alto Tribunal de Justicia no puede actuar, no puede nombrar. El nombramiento es una operación jurídica o sea un acto cuyo desarrollo no se consuma en un solo instante: es un acto que se cumple en varios momentos, pero que como fenómeno de derecho es una síntesis y al fin y al cabo un acto solo, aunque desde el punto de vista práctico se permita a los ciudadanos acusar la primera o segunda etapa del nombramiento; y el hecho de que dos corporaciones concurran a él no le quita su unidad sustancial, así como en el derecho penal la circunstancia de que un acto criminoso se componga de una serie de hechos ejecutados en varios momentos, y aun diversos entre sí, no le quita a ese acto complejo su unidad propia ni su carácter de delito único. Por lo tanto, si el proceso de la elección se entiende, y así hay que entenderlo, como un nombramiento de doble ori-

gen, pero jurídicamente unívoco, no se ve cómo pudieran las Asambleas sustraerse a la obligación señalada por el constituyente a quienes hacen el nombramiento de Magistrados.

La autoridad del eximio profesor Hauriou respalda los anteriores conceptos. Conviene, pues, citarlo para aclarar la exposición. Hé aquí algunos de los párrafos salientes de sus explicaciones acerca de este punto:

"Puede que se desenvuelva una serie de actos de consentimiento, los cuales vengan a adherir a hechos de consentimiento que constituyen actos antiguos y que se convierten a su turno en hechos, a los cuales adherirán nuevos actos. Se comprende muy bien cómo esta cadena de adhesiones que se producen a la manera de una accesión debe poder engendrar efectos jurídicos. Sin embargo, es preciso que la cadena de las adhesiones llegue a su fin en un momento dado, es preciso que la lista se cierre, que esta operación sucesiva encuentre su conclusión. En una palabra, es necesario que las adhesiones a los hechos de consentimiento sean incorporadas de alguna manera al acto por medio de una ceremonia social, de un procedimiento, de un vínculo exterior cualquiera. Es ésta la teoría del acto complejo a la cual hemos llegado....

"Así, insensiblemente, gracias a la disociación de la fórmula ejecutoria y del contenido del acto, gracias también a la elasticidad de la forma ejecutoria que se convierte en un procedimiento, pasamos de una especie de actos jurídicos a otra especie diferente. Del acto simple cuyo tipo es la decisión ejecutiva, en la cual todo se reduce al poder de la voluntad y donde la unidad del acto se obtiene de una manera interna por la unidad misma de la voluntad creadora, nos vemos conducidos al acto complejo, o para decirlo de otro modo, a la operación jurídica en la cual la unidad de la forma ejecutoria se realiza de una manera puramente exterior, por una ceremonia social o por un procedimiento, pero que contiene en su interior elementos heterogéneos de consentimiento.

"Si analizamos ahora esos elementos heterogéneos del procedimiento de un acto complejo que, sin embargo, concurren todos a un mismo fin, comprobamos que cada uno de ellos ha sido un acto ejecutoriado por su respectiva parte, en el sentido de que ha hecho avanzar el procedimiento en un momento dado, y que después de haber producido este efecto se ha convertido respecto de los actos siguientes en un hecho sobre el cual éstos se han apoyado al adherir a él, y que así la operación ha avanzado a la manera como crece un tronco de coral donde las capas de zoófitos vivos se superponen a las secreciones de los muertos y secretan a su turno para los futuros vivientes asientos cuyos pisos acabarán por constituir archipiélagos. La operación se termina por un acto final que cierra el procedimiento, y resulta entonces que éste hace ejecutorio un efecto de derecho que era sin duda en cierto modo el mismo de los actos particulares, que es sobre todo el de la operación de conjunto o del acto complejo, pero que no podía producirse antes de la terminación del procedimiento.

"En esta teoría del acto complejo o de la operación jurídica, se ve en qué sentido los diversos elementos particulares concurren al resultado final; es únicamente en cuanto cada uno de ellos hace avanzar el procedimiento exterior de la operación. Hay allí fenómenos de consentimiento puesto que estos actos sucesivos son decisiones, pero no hay fusión de consentimientos puesto que cada una de las decisiones no toma contacto con las precedentes para adherírseles, sino cuando ya no se encuentran en el estado de actos sino en el de hechos; éstas no contienen entonces voluntad en fusión, sino voluntad solidificada porque ya se realizó. No hay tampoco simple suma de consentimientos; hay in-

corporación de consentimientos nuevos a los antiguos, a virtud de una accesión al mismo procedimiento."

Las consideraciones anteriores demuestran cómo se encadenan y enlazan en ciertos casos, dentro del campo jurídico, aspectos o momentos de una determinada actividad, dentro de relaciones de causalidad y dependencia que no permiten eximir una parte del proceso en desarrollo, de las condiciones a que está sometido el proceso mismo en su integridad. Tan evidente es esa dependencia en el caso de autos, que por disposición expresa de la ley, al declarar la nulidad de la elección de la terna, se produce automáticamente la del nombramiento hecho por la Corte. (Artículo 8º de la Ley 80 de 1935).

Carece por lo tanto de solidez, y no resiste un riguroso examen de la crítica, el argumento expuesto por el señor Fiscal del Consejo de Estado en su vista de fondo, y por el señor apoderado de los opositores en su alegato final, y que consiste en decir que para ser Magistrado no basta la inclusión en una terna, sino la escogencia hecha por la Corte, y que por tanto el precepto constitucional que se refiere a quienes sean Magistrados, no es aplicable a la formación de las ternas. Fuera de que esta manera de hacer una exégesis puramente literal de los textos repugna a la concepción científica de la interpretación de las leyes, puesto que prescinde en absoluto del espíritu que las anima, de las razones que explican su existencia y del conjunto de las instituciones a las cuales pertenecen, resulta perfectamente claro que es arbitrario dislocar las fases o los momentos del nombramiento del Magistrado, para considerar uno solo de ellos con total olvido del otro, como si el primero no fuera causa y condición imprescindible del segundo, y como si los dos no hicieran parte de la unidad interna de la operación jurídica, que es lo que caracteriza esta clase de fenómenos.

Se ha dicho también en defensa de la tesis que se viene refutando, que es difícil a las Asambleas, dada su composición y funcionamiento, fijar los medios necesarios para establecer con exactitud las calidades o condiciones de los candidatos a la Magistratura. Mas, es ésta una observación sin fundamento alguno, pues ninguna persona o entidad puede excusarse con tales razones del cumplimiento de las leyes, so pena de verlas violadas y escarnecidas de manera permanente. Difícil no, sino prácticamente imposible, es para una gran parte de la ciudadanía el conocimiento de las leyes, y sin embargo ellas le obligan en todos sus actos y en todos los momentos de la vida. Pero, de otra parte, nada hay más sencillo y hacedero para una corporación pública que desarrollar por medio de una ordenanza o acto reglamentario interno, un precepto constitucional como el que se comenta, señalando allí la tramitación correspondiente y creando una comisión que estudie los títulos de todos cuantos aspiren a figurar en las ternas. Tan claro es esto, que respecto del problema de las credenciales de sus miembros, tales corporaciones realizan investigaciones y comprobaciones mucho más arduas y difíciles.

Ahora bien: suponiendo que las Asambleas no dicten las disposiciones reglamentarias a que se hace alusión, queda abierto el campo para que las personas incluidas en las ternas demuestren en el litigio a que haya lugar que sí tienen las condiciones que la Constitución y la ley exigen, y en caso contrario viene la sanción de nulidad, como acontece en el presente juicio y como es de rigor cuantas veces se presenten en el campo jurídico situaciones de hecho análogas a las que contempla el caso en estudio.

Asimismo se ha dicho que carecería de objeto la disposición legal existente, según la cual todo Magistrado elegido por la Corte debe demostrar su aptitud después del nombramiento y esperar a que le sea

confirmado para poder posesionarse, si hubiera certeza de que las personas incluidas en las ternas reúnen los requisitos constitucionales y legales. Mas, si es verdad, como queda demostrado, que las Asambleas están sometidas a las normas fijadas en el artículo 153 de la Carta Fundamental, no es admisible el decir que un requisito complementario establecido en la ley suprima aquella obligación imperativa. De otra parte, los dos preceptos, lejos de ser contradictorios o exclusivos el uno del otro, se armonizan y complementan perfectamente. Lo que el legislador ha querido con el segundo texto es impedir la posesión y el ejercicio del cargo por parte de la persona inhábil. En efecto: el resultado conjunto del artículo 153 de la Constitución y del artículo 183 de la Ley 85 de 1916, es la nulidad del nombramiento hecho con desobedecimiento de esas disposiciones, nulidad que no puede ser declarada sino por los Tribunales Administrativos, mediante una dilatada tramitación, al través de cuyo laborioso desarrollo un individuo constitucionalmente incapaz podría administrar justicia durante años enteros. De ahí la oportunidad y la urgencia de la disposición contenida en el artículo 31 de la Ley 105 de 1931.

Y como durante el curso de este proceso no han sido formulados argumentos diferentes a los que acaban de exponerse contra la interpretación que se ha venido sosteniendo en este fallo, parece enteramente razonable concluir que la tesis adoptada es verdadera y jurídica.

Segundo problema. El artículo 183 de la Ley 85 de 1916 dispone lo siguiente: "Son nulos los votos dados a favor de candidatos que conforme a la Constitución o la ley tengan algún impedimento para ser elegidos. También es nula la elección declarada a favor de tales candidatos." Es aplicable esta disposición al caso que se contempla, siendo así que al señalar los requisitos que están obligados a reunir quienes hayan de ejercer la Magistratura, nuestra Carta Fundamental hace una enumeración positiva, fijando calidades que deben tenerse, pero sin disponer expresamente que están impedidos para ser electos los que carezcan de esos requisitos o calidades? Esta cuestión se reduce a la de saber cuál es el sentido que en el texto citado tiene la palabra *impedimento,* o para decirlo mejor, a resolver si es lo mismo tener un impedimento que carecer de un requisito.

Ahora bien: cuando la Constitución exige al que ha de ser Magistrado cierta calidad o condición, prohibe tácitamente al que no la tiene el acceso a ese cargo, puesto que el alcance de una norma jurídica no depende de la forma positiva o negativa empleada para expresar la idea, sino del contenido intrínseco de la idea misma. Al disponer imperativamente el legislador o el constituyente que deben reunir determinados requisitos los que aspiren a ingresar a una corporación dada, se separa, se aparta del ejercicio de las funciones respectivas a quienes no llenen esos requisitos, se les impide obtener el cargo, se interpone un obstáculo entre la voluntad de ser miembro de esa corporación y la posibilidad de llegar a serlo. No puede haber duda alguna acerca del espíritu que manifiesta el artículo 153 de la Constitución en armonía con el 183 de la Ley 85 de 1916, y que es el de impedir terminantemente, rígidamente, que personas desprovistas de los requisitos necesarios lleguen a ser Magistrados, así como es terminante y rígido el espíritu del artículo 155 de la misma Carta, en el sentido de dar a la Corte Suprema de Justicia una libertad absoluta en la escogencia de los Magistrados dentro de las ternas propuestas, libertad que no puede existir cuando alguno o algunos de los candidatos carecen de algún requisito o tienen algún impedimento para ejercer la Magistratura.

Las anteriores observaciones son decisivas en este estudio, porque la primera regla de hermenéutica es la de acudir al espíritu de una dis-

posición, tal como se manifiesta "en ella misma." (Artículo 27 del Código Civil). Pero como en la cuestión que se ventila se discute sobre el significado de los vocablos empleados por el legislador, no puede olvidarse que existe un texto que señala al Juez una norma precisa: es el artículo 28 del Código Civil, que dice así: "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."

No habiendo definido el legislador lo que es un impedimento en materias electorales, se sigue, por lo tanto, que dicho sustantivo debe entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de la palabra. Corresponde en consecuencia al intérprete fijar ese sentido natural y obvio y ese uso general.

Dentro de este propósito es oportuno indicar en primer término la definición que de impedimento da el Diccionario de la Academia Española, entidad cuyas opiniones revisten singular autoridad en esta materia. Es la siguiente: "Obstáculo, embarazo, estorbo para una cosa. Cualquiera de las circunstancias que hacen ilícito o nulo el matrimonio."

Si impedimento es, pues, un obstáculo o un estorbo para hacer una cosa o para llegar a una cosa, parece claro que la ausencia de cualquiera de los requisitos señalados por la Constitución en el artículo 153, o sea la falta de edad o la de versación en el derecho, es una carencia impediente o un impedimento para ser elegido Magistrado, puesto que constituye un obstáculo o un estorbo para acceder a esa dignidad.

Pero como es natural llevar más adelante este análisis, conviene citar ahora el significado de la palabra en la lengua latina, de donde procede. Es exactamente el mismo, o sea "obstáculo, dificultad, embarazo, estorbo," según el Diccionario de Valbuena, y según los de Forcellini y Guill Freundt, que gozan de fama de ser los más autorizados y atendibles que existen.

Y conviene transcribir los conceptos magistrales que un ilustre académico y humanista, el Padre Félix Restrepo, le ha dedicado al asunto, y que son los siguientes:

"Es mi opinión que tanto el verbo *impedir,* como su derivado el sustantivo *impedimento* significan, el primero hacer imposible una acción, el segundo aquello que hace imposible una acción, lo cual puede ser algo positivo que se opone a que la acción se realice o algo negativo que falta para que la acción pueda realizarse.

"Es verdad que la etimología de *impedire* indica un estorbo positivo. Viene dicho verbo del prefijo *in* y el sustantivo *pes pedis,* e indica literalmente poner algo en los pies para que no puedan moverse con libertad. Así dijo Ovidio (1 Fast. 410): *Impediunt teneros vincula nulla pedes.* Ningún lazo traba (impide) sus delicados pies. Y Séneca (Tranquill 10): *Compeditos aegre ferre onera et impedimenta crurum.* Que los arrojados apenas pueden soportar los pesos y los impedimentos en las piernas.

"Pero ya en el mismo latín el sentido de estas palabras había cambiado hacia la significación arriba dicha, como puede verse en estos ejemplos. Cicerón (1 Offic, 9): *Impedire negligentia, pigritia, studiis, occupationibus.* El mismo Cicerón (Pro Roscio Amer 51): *Ad dicendum impedimento est aetas et pudor.* Virgilio (Eneida 11, 20): *Ne qua mora ignaros pubemque educere castris impediat.*

"En el primer ejemplo de Cicerón se dice que la negligencia, la pereza, la inercia, cosas todas negativas, pueden impedirle a uno hacer muchas cosas. En el segundo ejemplo se dice que la vergüenza, que podemos considerar como algo positivo, y la poca edad, que es algo negativo, son impedimento para hablar en público. Y en el ejemplo de

Virgilio, Eneas, anima a sus capitanes a que estén preparados para emprender la última jornada de su conquista, no sea que alguna impensada demora les impida coronarla. Una demora no puede considerarse como cosa positiva.

"En castellano también el impedimento puede ser algo positivo y algo negativo. El marino que por una tempestad no puede salir del puerto, dice que tuvo "impedimento de mar." Pero también el que no pudo salir por falta de combustible alega impedimento de fuerza mayor.

"El hombre cargado de grillos tiene impedimento para caminar. Pero también el paralítico, que no tiene vigor en los miembros, se dice que se halla impedido. En el derecho canónico como en el civil, se aplica de modo especial el término impedimento a aquellas circunstancias que hacen imposible un matrimonio, es decir, que lo hacen ilícito, o también inválido. Entre esas circunstancias las hay positivas: vínculo anterior, órdenes sagradas, profesión religiosa, ciertos crímenes, etc. Y las hay meramente negativas: falta de edad, impotencia, falta de consentimiento.

"De modo que desde el punto de vista lexicológico, en castellano como en latín, es lo mismo tener un impedimento que no tener un requisito."

Las citas aducidas por el Padre Restrepo son concluyentes, pero no sobra advertir que podrían presentarse muchísimas más, pues los múltiples diccionarios latinos elaborados para las diversas lenguas, y que concuerdan todos en el significado que se ha expuesto, traen numerosos ejemplos tomados de los grandes clásicos latinos.

Ahora bien: el Diccionario de autoridades, redactado por la Academia Española de la Lengua y destinado a fijar la semántica de las voces castellanas, de acuerdo con el uso de los grandes maestros del idioma, trae las citas siguientes, que concuerdan con las opiniones ya expuestas:

"Impedimento. f. m. Obstáculo, embarazo, estorbo para alguna cosa. Latín *impedimentum* que significa lo mismo. Juan de Mena. El Comentador Griego. Sobre las trescientas. Copla 18. Es grande estorbo e impedimento para la especulación de la ciencia. Luis de Mármol. Descripción de Africa. Libro II, Cap. 6º Y entrando sin ningún impedimento los griegos en la ciudad tomaron las calles y las puertas de las casas." (Diccionario de la lengua castellana en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad. Madrid, 1734).

Queda así despejada la cuestión lexicológica. Pero no sobra observar, por último, que el artículo 183 de la Ley 85 de 1916 se refiere en forma amplísima a todos los impedimentos señalados en la Constitución o en la ley, y no en manera alguna a una sola categoría o especie de impedimentos. De tal modo que no podría argüirse que es improcedente la aplicación de dicho artículo, porque en ciertas listas de personas impedidas, elaboradas por el legislador, no figuran los candidatos a la Magistratura, que carezcan de las condiciones necesarias para ejercerla.

Lo expuesto conduce, pues, de manera recta y clara a la conclusión de que puede y debe aplicarse a la solución de esta litis el artículo 183 de la Ley 85 de 1916.

Resueltas así las cuestiones jurídicas previas, de las cuales depende el resultado final de este litigio, en el sentido de aceptar las bases legales de la demanda y de la sentencia de primer grado, es el caso de entrar ahora a examinar en detalle cuáles son las ternas cuya elección ha de declararse nula a virtud de la incapacidad de algunas de las personas que en ellas figuran. Para este efecto será necesario analizar las pruebas presentadas por el actor en el juicio, doctor Saúl Luna Gómez. Se examinará por lo tanto, por separado, cada terna de principales y suplentes.

PRIMERA TERNA

Principales: Agustín Espinel, Víctor J. Cordero, Rafael Enrique Velandia.

Suplentes: Antonio José Higuera, Luis García Prada, Gerardo Suescún.

El Tribunal de Bucaramanga tuvo en cuenta con relación al doctor Víctor J. Cordero, una copia expedida por la Dirección de Justicia del Ministerio de Gobierno, de las referencias que figuran en el archivo, acerca de este ciudadano, un certificado del Presidente del Tribunal Superior de Bucaramanga, respecto de los antecedentes judiciales del mismo doctor Cordero, y un memorial dirigido por nueve distinguidos abogados a ese Tribunal contra el doctor Cordero, a causa de procederes como Juez de Piedecuesta. Todos esos documentos convergen a demostrar que el doctor Víctor J. Cordero adoptó en el ejercicio de la judicatura una línea de conducta claramente violatoria de las leyes que había jurado cumplir, y susceptible de ocasionar serios perjuicios a los litigantes que debatían sus derechos en el Juzgado de Piedecuesta, y grave quebranto al decoro y al prestigio de la administración de justicia. Tuvo razón por lo tanto el inferior cuya providencia se revisa, al estimar que el doctor Cordero no desempeñó con buen crédito funciones judiciales. Sin embargo, el demandante no probó que el doctor Cordero no hubiera enseñado derecho en un establecimiento público, ni que no hubiera ejercido la abogacía con buen crédito durante tres años por lo menos. Por lo cual no está acreditado en el expediente que aquel candidato careciera de las condiciones constitucionales para ser Magistrado, pues lo que el artículo 153 de la Carta establece es que no pueden desempeñar la Magistratura los que carezcan de todos los antecedentes señalados en el tercer miembro de la frase que constituye el artículo, y no de uno solo de ellos. Y como el haber desempeñado sin buen crédito funciones judiciales no está erigido en impedimento expreso para el ejercicio de la Magistratura, no rige la conclusión del Tribunal. De donde se sigue que no habiendo sido objetado ninguno de los otros nombres que figuran en la terna, no hay fundamento para anularla. Respecto de la terna de suplentes tampoco hay objeción válida, pues, como lo dice la sentencia de primer grado, el actor se limitó a pedir la declaratoria de nulidad en términos generales, sin aducir ninguna prueba.

SEGUNDA TERNA

Principales: Euclides Argüello, Gonzalo Ordóñez, Jorge Pinzón Ferro.

Suplentes: Pedro Elías Hernández, José A. del Río, Alfonso Orduz Suárez.

Se acusa la terna de principales por figurar en ella el señor Jorge Pinzón Ferro, de quien el actor afirma que no tiene la competencia técnica necesaria. Sin embargo, como lo observa el Tribunal, la prueba contra el señor Pinzón Ferro no satisface, pues ni siquiera alcanzó a establecerse que no hubiera cursado en alguna Facultad de Jurisprudencia, circunstancia que tampoco lo inhabilitaría, existiendo la posibilidad de que hubiera enseñado derecho en un establecimiento público o hubiera ejercido la profesión de abogado o algunas funciones judiciales.

En cuanto a la terna de suplentes se objetaron todos los candidatos por las mismas razones aducidas contra el señor Pinzón Ferro. El Tribunal halló suficientes para declarar la nulidad, las pruebas aducidas contra los señores Pedro Elías Hernández y Alfonso Orduz Suárez, aun-

que no quedó satisfecho con la demostración de la incapacidad del señor José A. del Río. Ahora bien: la razón que determinó al inferior para aceptar las tachas contra los señores Hernández y Orduz, estriba en las declaraciones o certificados dados por las mismas personas interesadas, quienes aceptan no tener las condiciones exigidas por la Constitución, testimonios que se consideraron como confesiones susceptibles de establecer los hechos respectivos. Pero un breve análisis de tales testimonios basta para llegar a la convicción de que no constituyen prueba suficiente, ya que tratándose de un juicio contencioso administrativo, el cual se ventila a virtud de acción pública, y donde no hay demandado, las declaraciones de los señores Hernández y Orduz, aunque les son en cierto modo perjudiciales, no constituyen confesión, puesto que el litigio no se sigue contra ellos; fuera de que aun el valor de la confesión misma sería discutible por sí misma, toda vez que no perjudica únicamente a los deponentes, sino también a las demás personas que figuran en la terna. Y si se consideran tales declaraciones como simples testimonios ordinarios, tampoco constituyen prueba suficiente en ausencia de otra clase de pruebas relativas a los mismos hechos.

TERCERA TERNA

Principales: Camilo Durán G., Andrés Ayala Muñoz, Gustavo Gómez Hernández.

Suplentes: Leopoldo Martínez Collazos, Jorge Orduz Ardila, Timoleón Meneses.

Se objetó la inclusión de los señores Camilo Durán G. y Gustavo Gómez Hernández, en la terna de principales, y la del señor Jorge Orduz Ardila en la de suplentes, por no reunir, según el demandante, las condiciones constitucionales respecto de capacidad científica. Respecto del señor Durán no existe en el expediente sino la prueba de que se graduó con posterioridad a la elección de las ternas, la cual no constituye demostración de que carezca de los requisitos señalados por la Constitución. Sin compartir la tesis del Tribunal, de que la confirmación del nombramiento por la Corte haga presumir la existencia de la capacidad para ser elegido miembro de las ternas, no puede tampoco admitirse la tacha presentada por el actor.

Respecto del señor Gómez Hernández, el Tribunal se basó en la declaración del mismo interesado para estimar que sí había desempeñado funciones judiciales, resolviendo a su favor la duda respecto del tiempo de ejercicio. En el caso del señor Gómez Hernández ni siquiera podía el Tribunal sostener su tesis respecto del valor de la confesión, porque el testimonio dado por él tendía a favorecerlo, no a perjudicarlo. Esa prueba carece por lo tanto de eficacia, desde el momento en que no está respaldada por ninguna otra. Pero como el demandante no probó en ninguna forma que el señor Gómez Hernández no reuniera los requisitos constitucionales, sobraba el análisis de la prueba positiva. No hay fundamento para anular esta terna por razón de la tacha opuesta al señor Gómez Hernández.

Con relación al suplente señor Orduz Ardila, tampoco hay más elemento de juicio que su propio testimonio, el cual le es desfavorable, pero no puede aceptarse por sí solo como prueba, según se vio en el análisis de la segunda terna. No es, pues, el caso de confirmar la apreciación del Tribunal respecto de este punto, ni la consiguiente anulación de la terna de suplentes.

CUARTA TERNA

Principales: Rodolfo García García, Emilio Pradilla, Efraím Ramírez Martínez.

Suplentes: Manuel Barrera Parra, Luis F. Ramírez, Ernesto Sarmiento Peralta.

Se tachan ambas ternas a causa de los renglones donde figuran los doctores García García y Barrera Parra, quienes según el actor, no tienen la edad requerida para ser Magistrados. En cuanto al primero, se demostró a los folios 23, 28 y 29, con la partida de su bautismo, expedida por el señor Cura Párroco de San Laureano, y con testimonios jurados sobre la identidad, que el referido doctor García nació el 20 de septiembre de 1906. Siendo esta prueba suficiente, conforme a la ley, para acreditar la edad de las personas, resulta que para la fecha de la elección de ternas que tuvo lugar el 8 de junio de 1935, no había cumplido este candidato la edad de treinta años fijada por la Constitución, y de consiguiente los votos emitidos a favor de la terna en que figura el doctor García y García son nulos, como es nula la declaratoria de la elección de la terna, al tenor del artículo 183 de la Ley 85 de 1916.

No puede decirse otro tanto respecto del doctor Manuel Barrera Parra, cuya partida de nacimiento no pudo ser hallada, y respecto de quien el Tribunal consideró como prueba suficiente de la falta de edad su propio testimonio y el de dos personas que incidentalmente afirman, sin fundar su dicho, que para la fecha en que declararon, el doctor Barrera Parra contaba menos de treinta años. Ninguna de estas declaraciones tiene fuerza suficiente para acreditar el estado civil de una persona, conforme al sistema probatorio en vigencia. La tacha no está, pues, demostrada y la terna de suplentes queda en pie.

A virtud de las extensas consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el señor Fiscal colaborador, reforma la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga, con fecha once de marzo del presente año, en este juicio, en el sentido de declarar que únicamente es nula la cuarta terna de principales, de las formuladas por la Asamblea de Santander para Magistrados del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, en la sesión del 8 de junio de 1935, o sea la terna integrada por los nombres de Rodolfo García García, Emilio Pradilla y Efraím Ramírez Martínez.

Asimismo se declara virtualmente nulo el nombramiento de Magistrado principal hecho con base en la terna anulada. (Artículo 8º de la Ley 80 de 1935, inciso final).

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Con salvamento de voto, *Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías — Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
ISAIAS CEPEDA

El hecho de no reunir las calidades legales necesarias para el desempeño de algunos cargos o funciones públicas, no está erigido por las leyes electorales, por regla general, en causal de nulidad.

Muy a mi pesar me veo precisado a salvar mi voto en la sentencia anterior, por la cual decidió el Consejo de Estado el juicio iniciado por el doctor Saúl Luna Gómez, ante el Tribunal Administrativo de Bucaramanga, sobre nulidad de la elección de ternas para Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de dicha ciudad, hecha por la Asamblea de Santander el dia 8 de junio de 1935, salvamento que hago no sin dejar expresa constancia del profundo respeto que me merecen las ideas de mis distinguidos colegas.

No se me oculta que es grave empresa rebatir la brillante exposición que contiene la sentencia referida, obra magnifica del ilustre Presidente del Consejo; pero la sinceridad con que profeso los principios jurídicos en virtud de los cuales disiento de ella, me obliga a exponer aquí, siquiera sea someramente, las razones que alegué en la Sala para no acoger el fallo mencionado.

Ante todo, es para mi muy claro que habiendo el doctor Saúl Luna Gómez iniciado, en forma expresa y terminante, que no deja lugar a duda, "la ación popular que consagra el articulo 52 de la Ley 130 de 1913," que no existe para los asuntos electorales, no debia prosperar la demanda por estar mal elegida la acción. Sabido es que quien se equivoca en el escogimiento de las acciones que instaura, sufre las consecuencias de esa equivocación y no puede ganar el pleito respectivo. Esto es tan evidente, que sobran las demás consideraciones que pudieran hacerse al respecto.

Considero también que estuvo mal rechazado el desistimiento que de lá acción hizo el doctor Luna Gómez. Aun admitiendo que en los juicios electorales no puede desistirse de la demanda, por tratarse de acción pública, el rechazo ha debido hacerlo el Tribunal, que cuando procede el desistimiento, es quien debe decretarlo, por terminar definitivamente el negocio, y no el Magistrado sustanciador. La actuación quedó, por tanto, viciada.

Estimo que la apelación en los juicios electorales debe concederse expresamente en el efecto suspensivo, porque el articulo 189 de la Ley 85 de 1916 dice que la sentencia de primera instancia no podrá cumplirse mientras no sea confirmada por el superior, y esa es la consecuencia de conceder el recurso en el efecto suspensivo, porque el inferior no puede seguir actuando mientras no se decida la apelación. Ahora bien: concedida ésta en el efecto devolutivo, el Consejo no adquirió jurisdicción legalmente, y la actuación quedó viciada de nulidad, al tenor de lo dis-

puesto en el artículo 448 del Código Judicial, en relación con el 148 de la misma obra. Así lo ha resuelto el Consejo en muchos casos.

Aclarados estos aspectos simplemente procedimentales, paso a ocuparme en la cuestión de fondo que contempla la sentencia, o sea que es lo mismo tener un impedimento para ser elegido, que no reunir los requisitos o calidades que la ley exige para el desempeño de determinados cargos públicos.

No comparto esta tesis por las razones que me permito exponer brevemente.

Es verdad que la ley no ha definido la palabra "impedimento." Pero existen muchas disposiciones constitucionales y legales que dicen quiénes están impedidos para determinados actos, y ninguna de ellas hace relación a "no reunir las calidades legales." De donde lógicamente se deduce que son cuestiones fundamentalmente diferentes. Ejemplos: artículos 51, 55, 102, 103, 104 y 127 de la Constitución Nacional, y 214 a 220 de la Ley 85 de 1916, en cuanto a la no elegibilidad, o sea en cuanto a los impedimentos que tienen algunas personas para poder ser elegidas, que en el fondo viene a ser lo mismo. En lo referente a Magistrados, Jueces y Secretarios, el Código Judicial, en sus artículos 434 y siguientes, señala las causales de impedimento para conocer de un negocio, las cuales, como puede verse con sólo leer tales disposiciones, son motivos muy distintos de no "reunir las calidades legales" requeridas al efecto.

De otro lado, el hecho de no reunir las calidades legales necesarias para el desempeño de algunos cargos o funciones públicas, no está erigido por las leyes electorales, por regla general, en causal de nulidad, y sabido es que las nulidades son taxativas y no pueden, en ningún caso, aplicarse por analogía. Ese hecho sólo constituye nulidad tratándose de elegir Senadores y Representantes, conforme a la primera parte del artículo 187 de la Ley 85 de 1916, que dice:

"En la elección de Senadores y Representantes es causa de nulidad, además de las que se señalan en este capítulo (entre las cuales está el tener algún impedimiento para ser elegido, lo que prueba que son cosas distintas), el hecho de que los elegidos no reúnan las condiciones constitucionales exigidas para el ejercicio de esos cargos...."

Sería, desde luégo, muy conveniente que este principio se hiciera extensivo a la elección de toda persona para el desempeño de cualquier cargo que implique reunir determinadas calidades o condiciones de idoneidad, tanto constitucionales como legales. Pero mientras el legislador no lo haga, los Jueces no deben hacer otra cosa que interpretar y aplicar las disposiciones existentes.

En cambio, está vigente sobre el particular el artículo 300 de la Ley 85 de 1916, que es de rigurosa aplicación y que dice:

"Cuando haya de verificarse la elección de un empleado para cuyo ejercicio debe reunir el nombrado condiciones de idoneidad u otras, no se necesitará la presentación previa de los comprobantes que acrediten las condiciones requeridas. Dichos comprobantes deben presentarse en la forma que determine la Ley, antes de que el empleado empiece a ejercer el cargo."

Por último, están los artículos 3º y 4º del Código Judicial, especialmente aplicables al caso, los cuales sobrarían si la tesis jurídica que hubiera de prevalecer fuera la que preconiza la sentencia que vengo comentando.

Juzgo que bastan estas breves consideraciones para fundamentar las razones de mi disentimiento.

Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

Isaías Cepeda—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos Municipales

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

El artículo 38 de la Ley 130 de 1913 señala genéricamente las materias sujetas al procedimiento contencioso administrativo, el cual adquiere desarrollo en disposiciones posteriores, en forma que fija su contenido y su alcance.

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

El señor Antonio Agudo, por conducto de apoderado, recurrió ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, en demanda de 13 de agosto de 1935, con el objeto—dice—"de que se revise la Resolución de la Junta Municipal de Aforos (de Bogotá), confirmada por la Junta Asesora Municipal, por medio de la cual se señaló el impuesto mensual que deben pagar las máquinas expendedoras de dulces, el cual considero excesivo e inequitativo, señalándose, en cambio, un impuesto acorde con las disposiciones municipales sobre el particular." Se refiere a las providencias de aquellas entidades, fechadas el 12 y el 30 de julio de 1935.

Pretende, pues, el actor que se reduzca el gravamen de $ 40 y $ 20 mensuales, asignado según el sitio de funcionamiento de tales máquinas, y funda su petición en que se encuentra dentro del caso previsto en el artículo 90 de la Ley 130 de 1913.

La sentencia de primera instancia, apelada por el señor Personero Municipal, despachó el negocio así:

"Son nulas las resoluciones de fechas diez (10) y doce (12) de julio de mil novecientos treinta y cinco (1935), dictadas por la Junta Municipal de Aforos de Bogotá, y la de fecha treinta (30) de los mismos mes y año, proferida por la Junta Asesora de la Administración Municipal de la misma ciudad, de que se ha hecho mérito. En su lugar se resuelve que las máquinas expendedoras de dulces a que se refiere el presente juicio, deben ser aforadas en el diez por ciento (10 por 100) sobre el avalúo de los premios u objetos rifados, de conformidad con lo establecido en el aparte cuarto (4º) del artículo 2º del Acuerdo número 45 de 1922, expedido por el Concejo Municipal de Bogotá...."

Surtida la tramitación correspondiente, se procede a decidir, previas las siguientes consideraciones:

Sostuvo el señor Personero, en su alegato de primera instancia, que la Junta Municipal de Aforos había procedido dentro de sus atribuciones legales al clasificar las máquinas expendedoras de dulces como un juego, y al aforarlas, para el pago del impuesto respectivo, con el gravamen señalado en las resoluciones acusadas.

El actor, por su parte, alega que esas máquinas no constituyen un juego, sino una venta con premios, y que, por tanto, deben ser aforadas

con el gravamen correspondiente a los almacenes y lugares de expendio, de conformidad con el artículo 8º del Acuerdo número 45 de 1922, artículo cuyo texto—observa el Consejo—no ha sido siquiera transcrito en pieza alguna del expediente a su estudio.

Dos son los puntos fundamentales a que debe contraerse este fallo:

I

Las resoluciones a que se ha referido este juicio son de carácter general, aunque una de ellas se dictó a solicitud del señor Agudo. Invoca éste el ordinal *e*) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, que contempla las cuestiones que se susciten entre los particulares y los Municipios de su respectiva jurisdicción, sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos municipales. Las pruebas del actor tienden a dejar establecido que es excesivo el gravamen a las máquinas expendedoras de dulces. Ocurre, entonces, razonar así:

Si la voz *particulares* del citado ordinal se toma como sinónima de *interesados*—individuos o compañías—y la competencia que en él se atribuye a los Tribunales Administrativos abarca aun los casos en que todavía, por efecto de determinada providencia, el monto, la distribución o asignación de un impuesto no ha recaído sobre determinada persona, procede la acción pública. Si, por el contrario, se entiende que esa palabra dice relación a los individuos o compañías—*como tales*, y, por razón de la materia—impuestos—se considera que dicho ordinal sólo prevé situaciones individuales y concretas, procede la acción privada.

Es lo cierto que el artículo 38 ibídem señala genéricamente las materias sujetas al procedimiento contencioso administrativo, el cual adquiere desarrollo en disposiciones posteriores, en forma que fija su contenido y su alcance. Y así, por ejemplo, la norma del ordinal *a*) guarda estrecha conexión con los artículos 72 y 77, y, del mismo modo, el comentado ordinal *e*) con el artículo 90.

Y aunque así no fuera, si se analiza el caso particular del demandante, tiénese que como éste, según los términos de la demanda, se funda en el artículo 90 precitado, no pretendió intentar otra acción que la privada que en él se establece.

Dice así tal artículo:

"La persona a quien se exija un impuesto que crea no debe serle exigido, o se le liquide de manera que él juzgue incorrecta, puede ocurrir al Tribunal Seccional Administrativo para que se revise la Resolución del Recaudador."

No acreditó que se le hubiera exigido o liquidado, a él directamente, el pago del impuesto aforado en las resoluciones acusadas. Ya se vio que éstas son de carácter general, no mencionan a persona alguna. Y la norma transcrita únicamente trata del caso en que los preceptos generales sobre impuestos se particularicen. De ahí que no haya habido lugar a que prosperara lo pedido en la demanda.

II

Alega el demandante que el impuesto no ha sido fijado de acuerdo con las disposiciones municipales sobre el particular, y que las máquinas expendedoras de dulces no son un juego, sino una venta automática con premio.

Pero, confrontando lo estatuido en el acto acusado con el único artículo (2º) del Acuerdo número 45 de 1922 del Concejo de Bogotá transcrito en el fallo de primera instancia, resulta que aquél no hace la calificación de *juego* que impugna el señor Agudo, sino que se limita a señalar el impuesto mensual con que queda gravada cada máquina, de acuerdo con el perímetro donde funcione, y las condiciones requeridas para obtener las licencias correspondientes.

Por otra parte, suponiendo que dichas máquinas merecieran otra clasificación, es lo cierto que el demandante tampoco ha demostrado el exceso del gravamen por corresponderle un aforo distinto al asignado por la Junta, ya que la disposición del artículo 8º del Acuerdo número 45 de 1922, que se cita, trata exclusivamente de almacenes y lugares de expendio, no de aquéllas.

Se observa, además, que son dos las Resoluciones de la Junta Municipal de Aforos, la última de las cuales, la de fecha 12 de julio de 1935, modifica expresamente la número 141 de 10 de los mismos; ésta fue confirmada por la Junta Asesora de la Administración Municipal y parece que sea la acusada por el actor, pues aun cuando éste no lo dice expresamente, tal finalidad se desprende del escrito de demanda. El Tribunal anuló ambas resoluciones, sin parar mientes en lo pedido y en que una de ellas fue modificada. El Tribunal se excedió, también, al clasificar las aludidas máquinas entre las rifas de que trata el artículo 2º del Acuerdo número 45 citado.

El señor Fiscal del Consejo conceptúa que debe confirmarse la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en desacuerdo con el señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el fallo recurrido y en su lugar dispone: Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Samper Madrid—Elías Abad Mesa—Pedro Martín Quiñones. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Actos de los Concejos

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales Administrativos son obligatorias para los casos de índole particular a que se contraen, no para aquellos que difieren en circunstancias de tiempo, lugar o modo.

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

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Medellín el 8 de febrero de 1936, los señores Carlos Vásquez Latorre y Miguel Vásquez B., dijeron lo siguiente: ".....Por tanto, con apoyo en los hechos relacionados y en el derecho que consagran los preceptos legales y constitucionales citados, los que suscribimos.... de las condiciones civiles arriba expresadas, en nuestros propios nombres, ejercitando la doble acción pública y privada, pedimos al honorable Tribunal que previos los trámites establecidos para esta clase de acciones en la Ley 130 de 1913, y en las que la adicionan y reforman, con audiencia del señor Fiscal del Tribunal Superior y del Personero Municipal, se sirva declarar la nulidad del acto del Concejo Municipal de Medellín, de fecha cinco de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, mediante el cual el Concejo clasificó desde enero del propio año "la oficina en liquidación de los suscritos Miguel y Carlos Vásquez," la cual oficina y la cual sociedad no existen, en la clase 44, con $ 80 mensuales de impuesto y con $ 80 por matrícula, y consecuencialmente, declare que como los suscritos no tenemos instituida la Sociedad de "Miguel y Carlos Vásquez," ésta no puede estar en liquidación, y de consiguiente que no debemos tributo al Municipio de Medellín por este concepto."

Afirman los demandantes (hecho 8º) que "el acto impositivo del Concejo.... ataca disposiciones tan explícitas como éstas: artículo 93 de la Ley 130 de 1913, artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 45 de 1931 y 5º y 62 del A. L. número 3 de 1910."

Se admitió la demanda y se ordenó la fijación del negocio en lista en auto de 15 de febrero siguiente, cuya notificación se hizo personalmente a los interesados—Fiscal, Personero y actores—en los días 15 y 17 de los mismos mes y año.

No obstante haberse ejecutoriado aquél y vencido el término legal, el Magistrado sustanciador, contra lo dispuesto en el artículo 208 del Código Judicial, admitió, en auto de 25 de marzo de 1936, la enmienda de la demanda propuesta por los actores el 6 anterior, y de nuevo ordenó la fijación del negocio en lista por el término legal, y muchos días después de vencido éste, los señores Vásquez pidieron la práctica de prueba (mayo 23), a lo cual se accedió en providencia del día 27 siguiente.

Tramitado el asunto, el Tribunal resolvió, según sentencia de 16 de septiembre de 1936, negar lo pedido en la demanda, y omitió en ella levantar la suspensión provisional que había decretado en auto que el Consejo confirmó.

Las muy ostensibles y deplorables irregularidades anotadas, no acarrean nulidad. Por lo tanto el Consejo entra a decidir la apelación interpuesta, surtida como se halla la tramitación propia de esta instancia. Y con tal objeto hace las siguientes consideraciones, no sin advertir antes que el señor Fiscal del Tribunal Superior de Medellín y el señor Personero Municipal se limitaron a recibir notificaciones, y que resulta en un todo inoperante el salvamento de voto del Magistrado doctor Ortiz, por cuanto la apelación se concedió en el efecto devolutivo, ya que el artículo 99 de la Ley 130 de 1913, en armonía con el artículo 65 ibídem, define el caso, según jurisprudencia constante de esta corporación.

Relacionando el artículo 73 de la Ley 130 de 1913 con el 53 de la misma, es indudable que los acuerdos u otros actos de los Concejos Municipales pueden acusarse dentro del término de noventa días que se cuentan, para los segundos, desde la fecha de su ejecución y de conformidad con el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913, es decir, entendiéndose suprimidos los feriados y de vacantes.

No se expresa en la sentencia recurrida cómo llegó el Tribunal a la conclusión de que dicho término, al introducirse la demanda, había transcurrido. Haciendo el cómputo según se indica atrás, se tiene que si se cuenta incluyendo el día siguiente a aquel en que se comunicó a los interesados (25 de octubre de 1935) la negativa del Concejo a la reclamación formulada por ellos, sólo corrieron sesenta y dos (62).

No se refiere lo anterior al gravamen de $ 80 que por concepto de *matrícula* reclaman los señores Vásquez, acerca del cual no hay más antecedentes en autos que el comprobante que figura al folio 1º del cuaderno principal, fechado el 10 de septiembre de 1936. De manera que, aun suponiendo que por sí demostrara la existencia de uno de los actos acusados, al tenor de la demanda, ésta, verificado el mismo cómputo, sí resulta extemporánea, tocante a tal reclamación. El Tribunal omitió considerar aquéllos separadamente.

Aun cuando el acto de 3 de septiembre de 1935 concierne a la oficina de negocios de los señores "Miguel y Carlos Vásquez en liquidación," del oficio número 1362, de 25 de octubre de 1935, acompañado a la demanda por los actores, suscrito por el señor Secretario del Concejo de Medellín, aparece que dicha entidad, en sesión del día 21 anterior, aprobó una proposición en virtud de la cual no se accede a un reclamo de dichos señores Vásquez, tendiente a que se les eximiera de impuestos municipales indirectos sobre la oficina de negocios de "Miguel y Carlos Vásques & Co., en liquidación."

Se desprende de este último documento que los demandantes no sólo aceptaron, al reclamar ante el Concejo, que se trataba de la oficina de negocios de "Miguel y Carlos Vásquez & Co., en liquidación," sino también que el Concejo, dados los términos de dicha proposición, enmendó el acto de tres de septiembre de 1935, sobre las bases que los mismos señores Vásquez suministraron. No se ha pretendido siquiera demostrar en el presente juicio hecho alguno que desvirtúe cuanto debe presumirse de los términos de dicho documento. Y queda así desvanecida toda la argumentación ideada por los actores, con encomiable celo y especial sutileza, encaminada a fundar su derecho en la omisión de dos palabras, lo que se subsanó luégo, por su propia iniciativa.

Otras pruebas consisten en copia de un fallo dictado en juicio semejante a éste. Es verdad que él versó sobre acto de naturaleza análoga y que se surtió entre las mismas partes, pero dice relación a vigencia fiscal anterior del Municipio de Medellín, a asignación de impuesto en clase distinta (número 29 y no 44 como ahora). Y de ahí porqué en el comprobante a que acaba de aludirse consta que no se accede a la so-

licitud de los señores Vásquez, "por cuanto que los documentos que acompañan..... no se refieren al caso concreto del gravamen impuesto y porque además no está comprobada la inexistencia de la *oficina* (subraya el Consejo) materia del gravamen." Por otra parte, la sentencia traída en copia declara que no es gravable *actualmente* (se dictó en 1925), la agencia bancaria disuelta y en liquidación de Miguel y Carlos Vásquez & Cía., y lo que en ella se sostiene, a saber: que una sociedad comercial muere por su disolución, es concepto de valor relativo que el Consejo no comparte para este caso y que no lo obliga, porque, en primer término, una compañía disuelta subsiste para los efectos de la liquidación, para el pasado, o sea con capacidad para llevar a cabo las operaciones pendientes, hecho que se presume tomó el Concejo como base del tributo, y, en segundo lugar, porque una doctrina es susceptible de modificación, en cuanto sería absurdo darle fuerza de ley. Obsérvese también que la contribución no cae sobre la sociedad, por ser tal, sino en razón de la existencia de una oficina de negocios de "Miguel y Carlos Vásquez & Cía., en liquidación."

No violó el Concejo de Medellín el artículo 5º del A. L. número 3 de 1910 (derogado por el A. L. de 1936). La contribución exigida se funda en Acuerdo cuya legalidad no discuten los actores, por más que instauraran la acción pública sin expresar en qué concepto. Ellos atacan únicamente una providencia que directamente les concierne. Tampoco ha sido infringido el artículo 62 de dicho A. L. número 3 (195 de la Codificación), por las mismas razones; porque, además, a dicho Acuerdo lo ampara la presunción de hallarse acorde con la Constitución, la ley y las ordenanzas, miéntras no se demuestre lo contrario en juicio que con tal fin se promueva y en el cual se planteen las cuestiones de derecho que correspondan, lo que no ha ocurrido en este caso.

Por lo que hace a la invocación de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 45 de 1931, disposiciones que, junto con el artículo 93 de la Ley 130 de 1933, también pretenden violadas los actores, baste poner de presente, respecto de esta última, que las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales Administrativos son obligatorias para los casos de índole particular a que se contraen, no para aquellos que difieran en circunstancias de tiempo, lugar o modo. Y en lo que atañe a aquéllas, dicha Ley 45 excluye de su alcance los actos de los Concejos como el que viene examinándose, puesto que no habiendo motivos para declarar la nulidad del Acuerdo del cual emana y en cuyo desarrollo fue expedido, ni habiendo tampoco alegado los actores que *durante* 1935 no existía la oficina de negocios de "Miguel y Carlos Vásquez & Cía., en liquidación," el gravamen se ajusta a la Constitución, a la ley y a las ordenanzas, a falta de elementos de juicio que permitan afirmar otra cosa.

El señor Fiscal conceptúa que debe confirmarse el fallo recurrido, y así debe procederse, aunque por razones distintas de las enunciadas por el Tribunal de primera instancia, y adicionándolo de conformidad con lo expuesto.

Por lo cual, el Consejo de Estado, de acuerdo con el señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, y la adiciona en el sentido de levantar, como en efecto levanta, la suspensión provisional decretada.

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

Francisco Samper Madrid—Elías Abad Mesa—Pedro Martín Quiñones—Isaías Cepeda—Ramón Miranda — Guillermo Peñaranda Arenas. Con mi voto negativo, *Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Funciones de los Alcaldes

Consejero ponente, doctor ELIAS ABAD MESA

Entre las funciones taxativamente señaladas a los Alcaldes no se encuentra la que los autorice para cancelar o dar por terminados, por sí y ante sí, unilateralmente, los contratos celebrados con el Municipio.

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

En el juicio promovido por el señor Mariano Laverde contra la Resolución número 43, fechada el 8 de julio de 1936, de la Alcaldía de esta ciudad, dictó el Tribunal Administrativo de Bogotá, el 10 de mayo último, sentencia anulatoria, de la cual apeló oportunamente el señor Personero Municipal.

Surtida la tramitación correspondiente, se pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones:

Dice el acto acusado:

"RESOLUCION NUMERO 43 DE 1936

(julio 8)

por la cual se declaran cancelados unos contratos celebrados con inquilinos de las plazas.

El Alcalde de Bogotá,

en uso de sus atribuciones legales, y

CONSIDERANDO:

Que el detective al servicio de la Junta de Control de Alimentos en informe de fecha de hoy, rindió a tal entidad y pasada por ella a este Despacho, da cuenta que los señores Mariano Laverde y sus familiares y Santiago Sarmiento, negociantes en mantequilla e inquilinos de la plaza de mercado, se opusieron a la baja de dicho artículo, que en una proporción de cinco centavos ($ 0.05) en libra habían convenido los demás inquilinos de aquella dependencia municipal que negocian con el mismo producto;

Que es un elemental deber de las autoridades combatir por todos los medios posibles el encarecimiento de los

artículos alimenticios y más cuando el alza se debe a especulaciones;

Que las dependencias municipales no deben servir como centros de especulación, y que quienes las utilizan están obligados a respetar los intereses de la sociedad,

RESUELVE:

Artículo 1º Cancelesen (sic) los contratos de arrendamiento de puestos o locales en las plazas de mercado de la ciudad, celebrados con los señores Mariano Laverde y Santiago Sarmiento por estar especulando con artículos alimenticios.

Artículo 2º Comuníquese al señor Administrador de las Plazas de Mercado para que proceda al eficaz cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, dentro de los términos legales.

Comuníquese y publíquese. Cúmplase.

Dado en el Palacio Municipal de Bogotá, a ocho de julio de mil novecientos treinta y seis.

(Firmado), *J. E. GAITAN*

El Secretario de Hacienda

(Firmado), *Carlos Uribe Prada*"

La que pudiera llamarse parte motiva del mismo no menciona las circunstancias de que el actor hubiera incurrido en contravención al reglamento de las Plazas de Mercado, o sea la prevista como causal de caducidad administrativa en el documento en que se hizo constar el contrato de arrendamiento entre Laverde y el Municipio. Aparece, por el contrario, de certificación que expidió el Administrador General de esas plazas el 16 de diciembre de 1936, que el arrendatario no infringió ninguna de las disposiciones a cuyo acatamiento se había obligado.

No emana, pues, el acto del señor Alcalde del convenio aludido, por lo cual puede y debe analizarse en presencia de las normas que regulan las atribuciones de esta clase de funcionarios.

La Resolución constituye así un acto administrativo del Alcalde, dictado con pretexto de ejercer sus funciones.

En efecto, entre las taxativamente señaladas a los Alcaldes, no se encuentra la que los autorice para cancelar o dar por terminados, por sí y ante sí, unilateralmente, los contratos celebrados con el Municipio respectivo. Ellos deben, precisamente (ordinal 8º del artículo 184 de la Ley 4ª de 1913), "cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos que estén en vigor," y, en el presente caso, el de Bogotá violó, incurriendo en usurpación de funciones, los preceptos que dan a otra autoridad aptitud para declarar terminado un contrato de arrendamiento, cuando el motivo, especialmente, es ajeno al contrato mismo.

Se deduce de los considerandos de la Resolución que el Alcalde se propuso sancionar al señor Laverde por especulación indebida en artículos alimenticios, materia ésta reglamentada en el Decreto legisla-

tivo número 1971 de 3 de noviembre de 1931, que establece distintas normas para evitar el encarecimiento injustificado de la vida, el alza inconsiderable de los precios de los artículos alimenticios indispensables, por causa de acaparamiento o especulaciones indebidas (artículo 1º).

De conformidad con él, las autoridades de la rama ejecutiva deben coadyuvar, dentro de sus respectivas jurisdicciones (artículo 4º) en su cumplimiento fiel y oportuno. Corresponde a los Alcaldes (artículo 12) practicar las diligencias procedimentales a que haya lugar por infracciones al Decreto, y con sujeción a las siguientes reglas:

"1ª *No se adelantará procedimiento sino en virtud de queja o denuncio* dado por alguna Junta de Control de alimentos, por algún funcionario o por algún particular determinado.

2ª El sindicado gozará del término de tres días para presentar pruebas y descargos.

3ª Transcurrido este término, el Alcalde dictará inmediatamente su resolución. Si ésta fuere *absolutoria,* se consultará con el respectivo Gobernador del Departamento...."

Las sanciones señaladas consisten en multas.

Como se ve—y así resulta de la diligencia de inspección ocular que figura a los folios 2 vuelto, 3 vuelto y 4—el señor Alcalde de Bogotá pretermitió la aplicación de varias disposiciones de dicho Decreto, y dispuso una sanción diferente de la que cabía, dado que se hubiera surtido el procedimiento indicado y que el señor Laverde se hubiera hecho acreedor a ella, al determinarse con toda claridad las circunstancias de la presunta infracción.

Hay, por tanto, mérito suficiente para que el Consejo confirme la sentencia apelada, aunque ella debe modificarse en cuanto la nulidad decretada favorece a personas distintas del señor Laverde, que no han intervenido en el presente juicio.

Debe observarse, por último, que el señor Personero de Bogotá se limitó a presentar un memorial en relación con la admisión de la demanda.

El señor Fiscal de esta corporación conceptúa que debe confirmarse la sentencia recurrida.

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

FALLA:

Es nula la Resolución número cuarenta y tres (43) de ocho (8) de julio de mil novecientos treinta y seis (1936), dictada por el señor Alcalde de Bogotá, en cuanto se refiere al señor Mariano Laverde.

Queda así modificada la sentencia apelada.

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

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Con mi voto negativo, *Isaías Cepeda*—Con mi voto negativo, *Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Derechos adquiridos

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

Una providencia sólo es lesiva de derechos civiles cuando viola las disposiciones constitucionales y legales que los sustentan.

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

El señor Juan S. Robles, ciudadano estadounidense, demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, en su propio nombre y en ejercicio de la acción privada que consagra el artículo 71 de la Ley 130 de 1913, la nulidad parcial del artículo 3º de la Ordenanza número 30 de 3 de julio de 1935, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico.

Dicho Tribunal despachó el negocio así:

"Es nula la parte del artículo 3º de la Ordenanza número 3 de 3 de julio de 1935, que dice: 'de ventas mecánicas.' Asimismo, son nulos los decretos o resoluciones que se hayan dictado relacionados con las máquinas *Mills* (artículo 3º de la Ley 80 de 1935)."

Contra la referida sentencia interpuso recurso de apelación el señor Fiscal del Tribunal, y en tal virtud han venido los autos al Consejo, donde, surtida la tramitación correspondiente, se procede a decidir.

Acusó el actor la parte del artículo 3º de la Ordenanza citada, que dice: "....y queda terminantemente prohibido el sistema de ventas mecánicos (sic)...." por considerar, según afirma en el libelo de demanda, que "esta disposición viola en forma terminante el derecho que tengo legalmente adquirido del Gobierno Nacional de Colombia por medio de la patente número 2379, expedida a favor de nuestras máquinas expendedoras marca *Mills Novelty Company,* así como el privilegio que por el término de diez años tengo a mi favor para poder explotar en este país las máquinas mencionadas."

El acto acusado, como puede observarse, contiene una norma de carácter general, y es el caso de examinar por tanto, en primer término, si procedía la acción instaurada, la privada, de conformidad con las disposiciones legales y según la jurisprudencia más o menos uniforme de esta corporación.

Cuando se trata de acto que obliga a todos, que no particulariza las situaciones jurídicas previstas en él, la acción contencioso-administrativa que cabe es la pública, mientras, por el efecto de su aplicación, su alcance no se haya concretado a determinados individuos. En otros términos: la procedencia de la acción se aprecia por la naturaleza del acto acusado. Por otra parte, es bien sabido que una providencia sólo es lesiva de derechos civiles cuando a su turno viola las disposiciones constitucionales y legales que los sustentan.

Aun dando por bien instaurada la acción, el señor Robles no ha demostrado que es titular del derecho que pretende vulnerado por la Ordenanza. Porque, el ejemplar del *Diario Oficial* acompañado a la demanda, no aparece autenticado y carece así de mérito probatorio y porque, aunque lo hubiese sido, la patente de privilegio expedida por el Gobierno Nacional lo fue a favor de la *Mills Novelty Company,* de Chicago, Illinois, Estados Unidos, sin que aparezca que el señor Robles sea el representante legal o el cesionario de los derechos de dicha sociedad. Y de acuerdo con el contrato que él invoca, celebrado con los señores Antonio A. González y José Moncanut, denominado por ellos de asociación o cuentas en participación, se le confiere al último la representación ante las autoridades administrativas.

El Tribunal de primera instancia, como bien dice el Magistrado que salvó su voto, hizo caso omiso de todo estudio al respecto y se limitó a acoger las razones expuestas en el escrito de demanda, sin apreciar el valor de las pruebas aducidas, llegando al extremo de declarar una nulidad que no había sido pedida, o sea la de los decretos o resoluciones dictados en relación con las máquinas *Mills,* en términos también inadmisibles por lo absolutos.

No se analizan otros aspectos del problema que plantea la demanda, porque, como ya se vio, la acusación se contrae al solo concepto de que la Ordenanza viola el pretendido derecho que emana de una patente de privilegio expedida por el Gobierno Nacional, que, se repite, no le fue otorgada al actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oido el concepto del señor Fiscal, revoca la sentencia recurrida y en su lugar niega las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, comuníquese al señor Gobernador del Departamento del Atlántico, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Expulsión de extranjeros

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

Las normas propias del elemento domicilio en materia de nacionalidad pertenecen ostensiblemente al derecho público. De ahí la inaplicabilidad, en ese campo, de los artículos del Código Civil sobre domicilio civil o vecindad.

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

A iniciativa del señor Director de Justicia del Ministerio de Gobierno (oficio número 5948, de 14 de septiembre de 1936), previo certificado del Jefe de la Oficina de Cedulación del Municipio de Bogotá, expedido el 11 de los mismos mes y año, la Dirección General de la Policía Nacional, en vista de un informe de la Sección de Extranjeros de dicha dependencia, ordenó el perfeccionamiento de las diligencias correspondientes a fin de dar aplicación al Decreto ejecutivo número 804 de 1936.

Se trataba de que los señores Wladimiro Tebens Tan y Miguel Carlos Cristo, registrados como extranjeros en aquella Sección, habían obtenido, el primero bajo el número 1643755 (mayo 13 de 1935) y el segundo bajo el número 1698558 (mayo 28 de 1935), la expedición de cédulas de *ciudadanía colombiana.*

Wladimiro Tebens Tan, casado, mecánico de profesión, vino al país, por primera vez, el 20 de agosto de 1930, y al obtener cédula de extranjería figuraba como natural de Corfú (Grecia) y con el pasaporte número 279, otorgado por el Cónsul de Grecia en Buenos Aires, el 22 de noviembre de 1929, visado por el Cónsul de Colombia en Lima el 28 de mayo de 1930.

Miguel Carlos Cristo, calderero de profesión, ingresó al país, por primera vez, el 15 de abril de 1935, y al obtener cédula de extranjería *el* 23 *de abril de* 1935, figuraba como natural de Corfú (Grecia) y nacido el 7 de enero de 1904 y con pasaporte número 100 expedido por el Cónsul de Grecia en Valparaíso, Chile, el 26 de febrero de 1931, visado por el Cónsul de Colombia en Buenos Aires el 29 de marzo de 1935.

Durante la tramitación de aquellas diligencias, los señores Cristo y Tebens Tan presentaron las partidas de origen eclesiástico que figuran a los folios 8 y 11 del respectivo expediente, traído al juicio en virtud de auto para mejor proveer dictado el día 7 de mayo de 1937, partidas de las cuales se tratará más adelante.

La Dirección General de la Policía, con base en el informativo de que se ha hecho mérito, dictó el 8 de octubre de 1936 la Resolución número 72, en virtud de la cual se expulsa del territorio colombiano a Wladimiro Tebens Tan y Miguel Carlos Cristo; Resolución que fue confirmada por la número 27, del 29 de los mismos mes y año, del Ministerio de Gobierno.

En demanda presentada ante el Consejo el día 18 de noviembre de 1936, el doctor Leandro Medina, como apoderado especial de los señores Tebens Tan y Cristo, pide que se declare la nulidad de la expresada Resolución del Ministerio de Gobierno, en cuanto aprueba la emanada de la Dirección General de la Policía Nacional.

Enumera el demandante los siguientes hechos:

"1º La Dirección General de la Policía Nacional dictó la Resolución número 72 del día 8 de octubre último, cuya parte dispositiva dice:

'Expúlsase del territorio colombiano a Wladimiro Tebens Tan y Miguel Carlos Cristo o Michel Christo Papadopoulos, de nacionalidad griega. De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 804 citado, sométase esta providencia a la aprobación del Ministerio de Gobierno, y una vez aprobada, publíquese en el *Diario Oficial*.'

"2º La referida Resolución fue enviada al Ministerio de Gobierno para la aprobación; y ante él constituyeron apoderado los perjudicados, para tratar de obtener la revocación de esa providencia.

"3º El apoderado (yo mismo), para fundar la solicitud de revocación, presentó al Ministerio un alegato que estudia y rebate las razones en que el señor Director General de la Policía Nacional apoya la Resolución. Pero el Ministerio no tuvo por bien tomar en cuenta las de ese alegato, y por medio de la Resolución suya número 27 de 29 del mismo octubre confirmó la otra, diciendo en la parte dispositiva:

"Confírmase la Resolución número 72 de 8 de octubre de 1936, proferida por el Director General de la Policía Nacional, por la cual se expulsa del territorio nacional a Wladimiro Tebens Tan y Miguel Carlos Cristo o Miguel Christo Papadopoulos, de nacionalidad griega."

"4º Los fundamentos de la Resolución número 27 de 29 de octubre de 1936, dictada por el señor Ministro de Gobierno, son, sustancialmente, la repetición de los que hizo el señor Director General de la Policía Nacional, para sustentar la suya."

Y cita, el mismo doctor Medina, en apoyo de su solicitud, por considerar que han sido violadas, varias disposiciones constitucionales y legales que serán materia de especial estudio.

Surtida la tramitación correspondiente, se pasa a decidir. Y por separado se analizan las cuestiones que plantea la demanda.

I

En cuanto a la naturaleza del acto acusado, había admitido el Consejo que las providencias sobre expulsión de *extranjeros* constituyen actos discrecionales del Ejecutivo no susceptibles de revisión por la jurisdicción contencioso administrativa.

Pero la demanda funda la solicitud de declaratoria de nulidad en el concepto de haberse resuelto la expulsión de Cristo y Tebens Tan como extranjeros, no obstante su calidad de *nacionales colombianos*, y en ella se omite considerar el punto de si, en razón de la materia, estaban o nó ellos dentro de la causal que motivó la adopción de esa medida. Mejor

dicho, el señor apoderado no señala concretamente, entre las disposiciones que cita, ninguna en cuya violación hubiera incurrido el Ministerio de Gobierno, aplicables en caso de expulsión de extranjeros, sino otras que, a su juicio, amparan a sus representados como a nacionales colombianos y que, de consiguiente, conducen a demostrar que la o las resoluciones de que se trata implican, por desviación de poder o so pretexto de ejercicio de funciones legales, un acto aberrante y odioso que a su vez constituye la aplicación de una pena—la de destierro—no prevista en las leyes penales.

No procede, pues, el examen del negocio por el aspecto de si es o nó discrecional la Resolución acusada.

II

Los demandantes pretenden acreditar su situación jurídica de naturales colombianos con sendos certificados expedidos por autoridades eclesiásticas, en que constan las sentencias de la Curia Primada de Bogotá que ordenaron inscribir las correspondientes actas de nacimiento.

Dice el artículo 22 de la Ley 57 de 1887: "Se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales...." El mismo artículo determina que esas pruebas *quedan sujetas* a ser *suplidas* (subraya el Consejo), en la forma indicada en el Título correspondiente del Código Civil, es decir, que, a falta de las que han de tenerse y admitirse como principales, *deben* surtirse las formalidades prescritas para el efecto en dicho Código.

Los señores Cristo y Tebens Tan recurrieron a la autoridad eclesiástica—el primero a los treinta y el segundo a los cuarenta y siete años de su nacimiento—con el objeto de que se supliera, mediante el procedimiento propio de la jurisdicción eclesiástica, la omisión consistente en no haberse insertado sus partidas de nacimiento cuando se les bautizó.

De los artículos 381 y 407 del Código Civil, en concordancia con el 22 de la Ley citada, se desprende que el procedimiento indicado, si se trata de suplir la prueba principal, en forma que produzca efectos civiles, es muy distinto del adoptado por los demandantes. Aquellas disposiciones preceptúan que la autoridad civil es la única a que puede recurrirse en el caso que se contempla.

Si se admitiera que las autoridades eclesiásticas pueden prescribir normas distintas de las que sobre materias especiales se hallan expresamente consignadas en el Código Civil, se sentaría que la legislación canónica puede derogar la legislación civil o prevalecer sobre ella. Hay que entender que la Resolución de la Conferencia Episcopal de 1927 y las demás disposiciones de carácter eclesiástico que señalan la manera de suplir las omisiones o enmendar los errores en las actas del estado civil obran sólo para fines propios de la esfera dentro de la cual actúa la Iglesia en Colombia. La independencia de las dos legislaciones—la civil y la canónica—que consagra el artículo 2º del Concordato vigente, excluye la posibilidad de interferencias mutuas, y del mismo modo que las autoridades civiles no pueden aplicar el derecho canónico sin violar los preceptos constitucionales y legales, es lógico que el conflicto entre una disposición canónica y una civil, se resuelva por la aplicación preferente de la última.

Cobra oportunidad la transcripción de un fallo reciente del Tribunal Superior de Bogotá:

".....Es, pues, indispensable (se refiere el Tribunal a los requisitos exigidos por el artículo 22 de la Ley 57 de 1887), para que un documento de esta clase sea tenido como prueba del respectivo estado civil, lo siguiente: 1º Que el párroco certifique sobre la existencia del documento; 2º Que en la certificación se inserte el *acta* o partida existente en los libros parroquiales. Pero el *acta o partida* no puede ser otra que la constancia del hecho, dejada por el párroco que lo autorizó o ante el cual se consumó, pues tal es el significado común y corriente de los términos acta o partida en materia de pruebas del estado civil de las personas. Lo general y ordinario es que el párroco ante quien se efectuó un matrimonio, un bautizo, etc., deje constancia escrita del hecho, y esa constancia, que es la verdadera acta o partida, fue a lo que el legislador de 1887 se refirió para darle el valor de prueba principal del estado civil al respectivo certificado eclesiástico. Si aquella constancia escrita, *coetánea* (se subraya) del hecho, faltó, querrá decir que hubo falta de la prueba principal, y entonces deberá ocurrirse a la prueba supletoria de carácter civil, establecida y reglamentada precisamente para el caso de que falte la prueba principal...."

Y aunque la doctrina que en seguida se copia (Corte Suprema. Sentencia de la Sala de Casación de 31 de julio de 1924) se refiere a errores en las actas—y tocante a omisiones parciales rigen los mismos principios—, por extensión cabe aplicarla al asunto debatido:

"Para que el error cometido en una acta del estado civil se repare por quien la expidió, es necesario, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 407 del Código Civil, que preceda una tramitación ante el Juez para que, con audiencia de los interesados, se corrija el error; y si se dicta fallo favorable, se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo a la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo además ponerse una nota al margen del acta reformada. La certificación sólo perjudicará a las partes que hubieren sido oídas en el juicio.... y aunque hubo una resolución de la autoridad eclesiástica para extender la nota marginal, ella no llena, ni en razón de jurisdicción, ni del cumplimiento de la tramitación que exige la ley civil, los requisitos indispensables que impone esta misma ley para que la enmienda del acta primitiva de matrimonio, pueda considerarse como prueba. Por respetables que sean las providencias de la autoridad eclesiástica.... debe prevalecer la ley civil."

Sobran otras consideraciones que reforzarian lo dicho, para dejar establecido que los demandantes no han acreditado el hecho de su nacimiento en territorio nacional, y que las certificaciones allegadas por ellos no reúnen las condiciones exigidas por la ley civil para que pueda atribuírseles eficacia jurídica.

III

Aún si se acepta el extremo de que las partidas cuyo valor jurídico se analiza en el capítulo precedente suplen el primer requisito exigido por el artículo 7º, ordinal a) de la Constitución; que prueben que los demandantes son naturales de Colombia, y que posean, por tanto, virtualidad suficiente para los efectos civiles y políticos que comporta el hecho de la nacionalidad, procede el examen de otro aspecto, el domicilio, segundo elemento previsto en la disposición citada.

El constituyente de 1886 (artículo 8º) formó tres categorías de nacionales colombianos: por nacimiento, por origen y vecindad y por

adopción, y el Acto legislativo de 1936 las redujo a la primera y tercera. Mas, dichos estatutos, incluído el de 1863, coinciden sustancialmente, para el caso, en haber consignado iguales circunstancias, con la diferencia de que el de 1863 emplea, respecto del domicilio, un tiempo verbal distinto, y con la de que el de 1886 establece diferencia entre los hijos legítimos y los naturales.

Se anota, de paso, que las normas propias de esta materia pertenecen ostensiblemente al Derecho Público, que rige la organización de los Organos del Poder Público y las relaciones de quienes lo ejercen con los particulares, en interés general de la sociedad, en contraposición al Derecho Privado, que atañe a las relaciones de los particulares y resuelve los conflictos de los intereses individuales. De ahí la inaplicabilidad de los artículos del Código Civil sobre domicilio civil o vecindad, contra lo que pretende el señor apoderado de Cristo y Tebens Tan, ante las disposiciones expresas de nuestro derecho público concernientes a la cuestión debatida.

En efecto:

Al llegar al territorio del país, los demandantes tenían la calidad de extranjeros porque con anterioridad no se habían domiciliado en la República, si se atiende al alcance del artículo 1º de la Ley 145 de 1888, que dice: "Son extranjeros en Colombia los individuos no comprendidos en los casos especificados en el artículo 8º de la Constitución." Durante su menor edad tuvieron la nacionalidad de sus padres, y luégo la declarada ante las autoridades de policía del país, al tenor de los documentos de que eran portadores.

Nuestra legislación establece, combinados, los dos sistemas clásicos, el del *jus solis* y el del *jus sanguinis*, como base de la nacionalidad, la cual *se tiene* o *se adquiere*. La *adquirida* se denomina naturalización o de ella procede. Podría argüirse que estando en igualdad de condiciones los hijos de extranjeros, naturales de Colombia, que se hallen domiciliados en la República, y los naturales de Colombia cuando el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, tanto a éstos como a aquéllos habría que exigirles carta de naturalización, lo mismo que a los extranjeros (aparte *a*), ordinal 2º del artículo 7º de la Constitución), para considerar que les ha sido otorgada la nacionalidad colombiana.

Dicho argumento sólo tendría valor aparente, porque hay que admitir, interpretando el artículo 7º ibidem, que difieren los fenómenos que comportan los hechos que a continuación se enuncian, a saber: *a*), el de nacer en *territorio colombiano* de padres que a su vez sean naturales colombianos, o de padres nacionales colombianos, es decir, de individuos que se encuentren en cualquiera de los casos del artículo 7º; *b*), el de nacer en *territorio colombiano* de padres extranjeros; *c*), el de nacer en *territorio extranjero* de padres colombianos, y *d*), el de ser extranjeros los individuos. Dentro del enunciado *a)* la nacionalidad *se tiene* por concurrir el *jus solis* y el *jus sanguinis*. No así dentro de los demás, porque, de un lado, nuestras Constitución y leyes tratan de conciliar los sistemas expresados, en presencia de otras legislaciones, y porque de otro, miran a que, según las normas del Derecho Internacional, existe en cada Estado el interés, que emana de su soberanía exterior e interior, de señalar determinados deberes y de someter a determinados requisitos a sus súbditos y a los extraños, y el derecho de cada individuo *capaz* de variar de nacionalidad, mediante manifestación *expresa* de su *voluntad*, ante todo.

Nuestro derecho positivo excluye, en principio, el evento de la doble nacionalidad, lo cual se infiere, a contrario sensu, del artículo 7º de la

Constitución, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 22 bis de 1936, sustitutivo del 19 de la Ley 145 de 1888, cuyo artículo 1º consagra a su turno, en términos generales, un principio idéntico. Sólo existe una excepción: la del caso contemplado en el artículo 8º de la Constitución, puesto que al colombiano naturalizado en país extranjero únicamente deja de considerársele colombiano si fija domicilio en el Exterior.

La alternativa se impone: uno es extranjero o uno es colombiano, sin que quepa la posibilidad de invocar ambas calidades, con las excepciones del artículo 11 de la Constitución. Y por razones de soberanía, de orden público internacional e interno, interesa a cada Estado prevenir conflictos de leyes en materia de nacionalidad, definir ésta y fijar las normas que le permitan determinar quiénes son sus súbditos.

De suerte que el extranjero llegado al país, en esa calidad, que como tál, aparece inscrito en el registro que llevan las autoridades de policía y aun el que con dicha calidad adquiera el carácter de domiciliado por el hecho de residir en territorio colombiano con ánimo de permanecer en él (artículos 5º y 6º de la Ley 145 de 1888), continúa siendo extranjero. Tanto es así, tocante a los naturales de Colombia hijos de extranjeros, que, como los demandantes, se ausentaron del país, si en realidad nacieron en él, y regresaron, Cristo a la edad de 31 años y Tebens Tan a la edad de 48 años; tanto es asi, se repite, que los nacidos en el Exterior de padres colombianos están comprendidos en la definición del artículo 1º de la Ley 145 de 1888, al llegar al país y que, aún más—artículo 3º de la Ley 22 bis de 1936—una vez llegados a la mayor edad los hijos cuyos padres hayan adquirido, durante su menor edad, la nacionalidad colombiana "deben ratificar, ante la autoridad local, su *voluntad* de persistir siendo colombianos."

Sometido el hecho de domiciliarse los extranjeros, que lo son en todo momento los que se hallen en el caso del artículo 1º de la tántas veces citada Ley 145, a condiciones especiales, es lógico que para que ellos adquieran la nacionalidad colombiana debe preceder la manifestación expresa de su voluntad. Sería anómalo, cuando menos, que la naturalización se obtuviese automáticamente, puesto que, a falta de la prueba documental pertinente, con igual derecho podrian Grecia y Colombia, por ejemplo, reclamar del hijo de griegos—*jus sanguinis*—nacido en Colombia—*jus solis*—el cumplimiento de los deberes para con el Estado respectivo, y el de los derechos para con el presunto súbdito, inherentes a la nacionalidad. Repugnan a nuestra legislación, a virtud de lo expuesto y en cuanto a la cuestión en estudio, las situaciones indefinidas.

Obvia resulta, pues, la conclusión de todas las consideraciones que contiene este capítulo, formuladas en gran parte sobre la hipótesis de que Cristo y Tebens Tan hubieran demostrado suficientemente que, aunque hijos de extranjeros, son naturales de Colombia. Se requeriría si no mediara la expulsión, que cada uno solicitara y obtuviera carta de naturaleza. Y, al ser posible la expediría el Gobierno, quien para ello obra discrecionalmente, cerciorándose antes, entre otras cosas, de que su naturalización es conveniente para Colombia, y no sin haber jurado y protestado ellos que sostendrán, obedecerán y cumplirán la Constitución y las leyes de la República, y haber renunciado absolutamente y a perpetuidad a todos los vínculos que les ligan al país de origen, o a cualquiera otro de que hayan sido dependientes, y a todos los derechos y privilegios que de tales vínculos y dependencias pudieran derivarse, etc., etc.

IV

Todavía cabe considerar un nuevo aspecto:

Cristo y Tebens Tan figuran como extranjeros en la Sección de Extranjeros de la Policía Nacional, donde a cada uno se les expidió su cédula de extranjería, sin observación de su parte tendiente a modificar tal calidad, en razón del lugar de su nacimiento y de su propósito de domiciliarse, de permanecer en el país. Y para ello obran las autoridades de Policía sometiéndose a normas legales especiales de obligatorio cumplimiento por ellas y por los individuos a quienes debían aplicarse —todos los extranjeros llegados al país—y, concretamente, por los mencionados señores.

Trataron éstos de promover durante el trámite de las diligencias sobre expulsión un incidente acerca de su pretendida nacionalidad colombiana, allegando las partidas de que se ha hecho mérito y presentando testigos que depusieron en relación con circunstancias de los interesados, constitutivas, a juicio de ellos, de domicilio civil o vecindad.

En sentido semejante o con idéntica finalidad procedieron al surtirse el proceso ante esta corporación.

Se observa:

Como la competencia de cada autoridad está circunscrita por las leyes o los reglamentos que le señalan su esfera de actividad, la Policía sólo tenía atuorización, en el presente caso, para aplicar las disposiciones sobre expulsión de extranjeros, respetando, porque era ineludible, la prueba de esa calidad creada ante ella. Independientemente de las causas de expulsión, su cometido contraíase, por tanto, a considerar extranjeros a Cristo y Tebens Tan, sin que le fuera dable modificar, porque ello correspondería a autoridad distinta, el *status* inherente a dicha calidad, ya que la de nacionales colombianos, si acaso había sido adquirida, por agregarse a la demostración de haber nacido ellos en nuestro territorio la de su domicilio civil, era objeto de declaración previa del Gobierno, al tenor del ordinal 17 del artículo 115 de la Constitución. Y es claro que la prueba de la naturalización de aquellos que han sido extranjeros según el artículo 1º de la Ley 145 de 1888, no puede provenir, siquiera en parte, de simples testimonios.

Por lo demás, no es el Consejo la entidad llamada a declarar, implícitamente, que determinado individuo ha adquirido o nó la nacionalidad colombiana.

Y, por último, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no es de la competencia de la Policía entrar a decidir en el fondo cuestiones relativas al estado civil.

—

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, niega las peticiones de la demanda. Levántase la suspensión provisional decretada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, devuélvase a la Policía el expediente que, con carácter de devolutivo, se pidió en auto para mejor proveer, de fecha siete de mayo del presente año, y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Con salvamento de voto, *Pedro Martín Quiñones — Isaías Cepeda—Ramón Miranda — Guillermo Peñaranda Arenas*—*Ricardo Tirado Macías — Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Si siempre que en un litigio en el cual se contraponga a la prueba principal expedida por funcionario eclesiástico, la preconstituída ante el Juez, hubiera de prevalecer ésta, quedaría sin efecto el artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

A mi entender la sentencia crea un conflicto de legislaciones donde no lo hay, y hace posible el desconocimiento de pruebas del estado civil, porque tengan origen en registros llevados por funcionarios eclesiásticos.

Las consecuencias de semejante teoría llevarían al caos en esta delicada materia: si siempre que en un litigio en el cual se contraponga a la prueba principal expedida por funcionario eclesiástico, la preconstituída ante el Juez, hubiera de prevalecer ésta, quedaría sin efecto el artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

Y si se circunscribe el efecto de tales registros a los fenómenos meramente espirituales, cuando del matrimonio católico se trate, v. gr., la tesis flaquea porque el sacramento se confunde con el contrato mismo y claro está que acreditada la celebración del primero, surge la prueba del segundo; para eliminar los dos efectos sería preciso desechar la labor parroquial.

He venido sosteniendo que las normas de la Conferencia Episcopal que gobernaron la inscripción de las actas de bautismo de los demandantes no se oponen a las de la ley civil ni hay contacto que entre ellas establezca la pugna en este caso. Porque, subsanada con los requisitos peculiares la omisión del acta coetánea al bautismo, en virtud del rescripto del Provisor, en la oportunidad y forma que los documentos aducidos señalan, queda formada la prueba principal del hecho que lo acredita acaecido en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo hacen tan veraz y auténtico como indudable. Tales actas constituyen la prueba principal capaz de obrar en litigio posterior con los efectos adscritos a documentos oficiales y públicos, sujeta, empero, a ser rechazada, redargüida y suplida en forma ordinaria. Otra cosa sucedería si el acta fuese inscrita durante el litigio a que se pretenda destinar o con posterioridad, porque para entonces ya se habrá acreditado la inexistencia de la prueba principal y toda otra demostración del suceso constituiría la supletoria, de grado inferior y cuya elaboración incumbe exclusivamente al Juez, sobre la constancia de la no existencia de la principal.

En otros términos: la certificación que expida un funcionario eclesiástico tomada de los libros del estado civil con copia del acta escrita al tiempo del suceso acreditado, es tan prueba principal como lo es la certificación del mismo funcionario con copia del acta inscrita poste-

riormente al suceso, en virtud de una sentencia del Provisor respectivo, porque este fallo termina siempre declarando el hecho, como prueba directa de él.

A falta de estas pruebas, se aplicará el artículo 395 del Código Civil. La sentencia cita el artículo 377 del Código Civil entre los que prevalecen sobre las normas canónicas vigentes, pero nótese en primer término que este artículo pertenece a un cuerpo armónico de disposiciones que establecen funcionarios civiles para el movimiento de los registros indicados y que fue por la reforma de 1887 cuando se instituyó a los párrocos como funcionarios del mismo servicio. Y no se alcanza a ver la posible colisión entre las disposiciones que emanadas de la Conferencia Episcopal, determinan el procedimiento para el caso de subsanación de omisiones de actas y aquellas que regulan la elaboración de la prueba supletoria que son aceptables a falta de las principales. El señalamiento del año afecta, pues, exclusivamente, a las funciones notariales.

Valedero y por demás aceptable resultaría el fundamento de esta parte del fallo si hubiese contraposición de disposiciones canónicas a normas civiles, porque, tratándose de una materia que roza exclusivamente con el estado civil de las personas, es de aplicación inmediata la ley civil. Así acontece, v. gr., en el caso de errores en las actas, notoria posesión, etc.

Esta parte del fallo había podido sustituirse, como tuve a bien proponerlo, sin afectar la conclusión, que comparto, puesto que contra la eficacia de la prueba principal de origen eclesiástico, exhibida por los interesados, obran probanzas de indiscutible mérito, a saber: las declaraciones de los interesados ante funcionarios públicos de Colombia en el país y en el Exterior y ante el Cónsul de Grecia en Bogotá, de ser nacionales de Grecia, nacidos en Corfú, que fueron ratificadas varias veces por los inculpados ya al hacerse inscribir en la Sección de Extranjeros de la Policía Nacional, ya al obtener la cédula de extranjería, documento éste no cancelado a pesar de haberse hecho expedir cédula de ciudadanía colombiana. Estos movimientos de los expulsados, que surgen evidentes en el proceso, justifican por sí solos la medida adoptada, y es por ésto por lo que el suscrito Consejero circunscribe su salvamento de voto a la parte considerativa del fallo, que se deja analizada. Y comparte el estudio sobre la calidad de extranjeros que afecta a los querellantes ya que nadie puede ser aceptado ciudadano colombiano por el simple hecho de haber nacido en el territorio patrio, porque atribuir la ciudadanía *jure soli* pugna con los propios derechos internacionales del hombre y es nocivo a los Estados. Deben, además, acatarse fórmulas invulnerables por quienes aspiren a tal calidad.

Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos treinta y siete.

Pedro Martín Quiñones—Luis E. García V., Secretario.

Facultades de las Asambleas

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

Pueden las Asambleas, en representación del Departamento, decretar auxilios a favor de los Municipios e indicar el destino que deba dárseles. Lo que no pueden es disponer a su arbitrio de los bienes de los Municipios, cosa que compete exclusivamente a éstos.

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

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por escrito fechado el 17 de febrero próximo pasado, solicitó del Tribunal Administrativo de la misma ciudad se declaren "nulos y, por tanto, sin ningún valor legal, los artículos 2º, 8º, 11, 16 y 14 de la Ordenanza 94, de 29 de diciembre de 1936, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico en sus sesiones extraordinarias del citado año." Solicitó, asimismo, la suspensión provisional de las disposiciones acusadas.

El Tribunal *a quo,* por auto del 23 del indicado mes de febrero, decretó la suspensión pedida, y después de darle al juicio la tramitación legal sin que se hiciera parte ningún otro ciudadano, decidió el negocio por sentencia del 28 de abril del mismo año, en la cual declaró:

"1º No son nulos los artículos 2 y 14 de la Ordenanza número 94 de 29 de diciembre de 1936;

"2º Son nulos los artículos 8, párrafo 1º, y 11; la parte final del artículo 15, Capítulo 1º—en lo que dice 'en diciembre de 1936'; la parte final del artículo 16—Departamento de Rentas (pl), en lo que dice: 'de diciembre del año en curso'; y el artículo 17 de la Ordenanza número 94 de 29 de diciembre de 1936.

"Levántase la suspensión de los artículos 2, 14, 16 y 8 en lo demás."

En el acto de la notificación de la anterior sentencia, el señor Fiscal apeló de ella para ante esta corporación, motivo por el cual se halla este asunto en el Consejo, y como ha recibido la tramitación correspondiente sin que se note vicio que la invalide, se pasa a decidir en el fondo, previas las siguientes consideraciones:

La apelación, de acuerdo con el artículo 494 del Código Judicial, sólo debe entenderse interpuesta en lo desfavorable, y por consiguiente, el Consejo únicamente puede revisar la sentencia en cuanto ella no anuló los artículos 2º y 14 y la totalidad de los demás artículos acusados.

Como lo hace notar el Tribunal en la sentencia recurrida, la Ordenanza acusada versa sobre dos cuestiones diferentes, a saber:

a) Determinación de las obras en que debe invertirse el auxilio decretado al Municipio de Puerto Colombia (Artículo 2º); y

b) Aumento de sueldos de algunos empleados, fijación de viáticos, creación de un nuevo empleo y apertura de los créditos correspondientes. (Artículos 8º, 11, 14 y 16).

El demandante considera que el artículo 2º es ilegal, porque según él las Asambleas no tienen facultad legal para determinar en qué deban invertirse los auxilios decretados, y porque contraría la Ley 5ª de 1918, "sobre presupuestos municipales," ya que es a los Municipios a quienes corresponde incluír en sus presupuestos de gastos lo que demande la construcción y reparación de las vías públicas.

Según el parágrafo 2º del artículo 198 del Código Político y Municipal, "en beneficio de los *Municipios pueden ser aplicados los bienes* del Estado o *del Departamento,* por las leyes u *ordenanzas respectivas* y por motivos graves de interés público"; y de acuerdo con el artículo 200 del propio Código "los bienes que por su fundación u origen estén *destinados a un objeto especial no podrán tener en ningún caso otra aplicación.*" Si la Asamblea tiene facultad para destinar parte de los bienes del Departamento en beneficio de los Municipios respectivos, la destinación que a ellos les dé, no puede ser modificada, por expreso mandato de la ley. (Subraya el Consejo).

Por consiguiente, las Asambleas sí pueden, en representación del Departamento, decretar auxilios a los Municipios que lo integran e indicar el destino que deba darse a los fondos que han de entrar en la Caja del Tesoro Municipal. Como lo anota el señor Fiscal de esta corporación, y lo ha sostenido el Consejo en diversos fallos, lo que no pueden hacer las Asambleas 'es disponer a su arbitrio de los bienes del Municipio, cosa que' compete exclusivamente a éstos. Pero en el presente caso, los $ 10,000 no provienen de fondos del Municipio de Puerto Colombia, sino de la Caja del Tesoro Departamental, y, por tanto, la Asamblea bien puede señalar su inversión libremente y el Municipio aceptar el auxilio con la condición señalada en la Ordenanza."

El numeral 16 del artículo 97 del precitado Código Político y Municipal autoriza a las Asambleas para crear los empleos necesarios para el servicio del Departamento, y determinar su duración y sus funciones. Es indudable que si la Asamblea puede señalar los sueldos de los empleados departamentales, puede también disminuírlos o aumentarlos, sin que dicho acto contrarie ninguna disposición legal. El Tribunal anuló los artículos 8º, párrafo primero, 11, 15 capítulo 1º y parte final del artículo 16, en cuanto ordena que los aumentos de sueldos fijados por ellos se paguen desde el mes de diciembre, y no los anuló en lo demás, por ser clara la facultad que tienen las Asambleas para fijar los sueldos de los empleados departamentales. Como atrás se dijo, no puede el Consejo revisar la sentencia en esta parte, porque el recurso de apelación sólo lo interpuso el demandante.

En cuanto al artículo 14, que crea el puesto de Mecanógrafa de la Dirección de Educación Pública, es conveniente advertir que la creación es válida, pero claro está que dicha empleada no pudo legalmente posesionarse de tal cargo, sino después de que la Ordenanza estuviera en vigencia, y por lo mismo, sólo tiene derecho a percibir sueldo desde la fecha en que se posesionó, o sea con posterioridad a la promulgación de la Ordenanza 94 de 1936.

Finalmente, el Tribunal decretó la nulidad del artículo 17, extralimitando sus funciones, ya que ese artículo no había sido demandado, ni

se habia pedido su nulidad, ni hay motivo legal para declararla. El Tribunal al analizarlo se expresa así:

"En este sentido, el Consejo de Estado, en diversos fallos, ha decretado la nulidad de los artículos que disponen que una Ordenanza rija desde su sanción, porque su vigencia comienza desde su promulgación. Es verdad que el demandante no especifica entre los artículos cuya nulidad solicita, el artículo 17, que dispone que la Ordenanza comenzará a regir desde su sanción. Empero, claramente se ve que lo arguye como nulo en el siguiente párrafo de la demanda: "se ordena pagar desde diciembre, y, en esa fecha la Ordenanza no había sido promulgada, lo que contraviene a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 4ª de 1913. Esta disposición dispone que las ordenanzas rigen en todo el territorio del Departamento treinta días después de su publicación en el periódico oficial. Sin embargo, las Asambleas pueden reglamentar este punto como a bien tengan; pero en todo caso ninguna ordenanza podrá ser obligatoria antes de su promulgación."

Es verdad que según el artículo 109 de la Ley 4ª de 1913, las ordenanzas nunca pueden regir antes de su promulgación, y por consiguiente, cuando en ellas se establece que rigen desde su sanción, se viola el precepto legal antes citado, y por ello esta corporación en algunas ocasiones ha decretado la nulidad de disposiciones de tal índole. Pero en el presente caso el artículo 17 no dispone tal cosa, sino que, por el contrario, establece claramente que "esta Oredananza *regirá desde su promulgación,*" es decir, desde su publicación en la *Gaceta del Departamento,* que es precisamente el límite fijado por el artículo 109. Por consiguiente, el Tribunal se extralimitó al declarar la nulidad de una disposición no acusada y que no contraría ningún precepto legal, por lo cual en esta parte debe reformarse el fallo apelado, sin que sea obstáculo lo preceptuado en el artículo 494 del Código Judicial, porque la nulidad de una disposición no acusada, decretada por el Tribunal de primera instancia, no favorece al demandante, ya que él se abstuvo de pedir su nulidad y el Tribunal no podía decretarla de oficio.

El señor Fiscal solicita que se reforme la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada, de que se ha hecho referencia, en el sentido de declarar, como en efecto declara, que no es nulo el artículo 17 de la Ordenanza número 94 de 1936, expedida por la Asamblea del Atlántico en sus sesiones extraordinarias del citado año, y la confirma en todo lo demás.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda y devuélvase al Tribunal de origen.

Francisco Samper Madrid—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Juicios policivos

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

Lo que se propuso el legislador, al expedir la Ley 99 de 1919, fue excluír del recurso contencioso administrativo todas las resoluciones o sentencias dictadas en juicios de policía de naturaleza penal o civil, y en los juicios seguidos por fraude a las rentas departamentales o municipales.

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

El señor Juan S. Robles demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, por escrito presentado el 24 de noviembre próximo pasado, la Resolución número 299, dictada por el señor Gobernador del Atlántico, con fecha veinte del indicado mes de noviembre, por la cual se reformó la número 50, de fecha dos del propio mes, dictada por el Prefecto de la Provincia de Barranquilla, en el sentido de imponer al señor Robles una multa de cincuenta pesos ($ 50), como infractor del artículo 3º de la Ordenanza número 30 de 1935, y de ordenar que se le entregaran al mismo señor Robles algunas máquinas expendedoras de dulces que se habían decomisado, conforme a lo resuelto por la Prefectura.

El demandante pidió, no que se declarara nula la Resolución demandada, sino que se *revocara,* y solicitó la suspensión provisional de ella.

El Tribunal, por auto del veintiocho de noviembre, decretó la suspensión provisional pedida por el actor, y por sentencia del diez de abril del presente año falló el negocio, con salvamento de voto del Magistrado doctor Alvaro Pérez Vives, declarando nula la Resolución acusada.

De la sentencia apeló el señor Fiscal, y concedido el recurso en legal forma y agotada la tramitación legal de la segunda instancia, se pasa a decidir el asunto en definitiva, para lo cual se considera:

El juicio ha tenido por objeto acusar una Resolución o sentencia dictada por el señor Gobernador del Atlántico, en negocio policivo de carácter penal, por haber el señor Juan S. Robles violado la prohibición contenida en el artículo 3º de la Ordenanza número 30 de 1935, del Departamento del Atlántico. En consecuencia, antes de estudiar el asunto en el fondo, procede examinar si el Tribunal *a quo* y el Consejo de Estado son competentes para conocer de esta clase de negocios.

Dice el artículo 1º de la Ley 99 de 1919:

"En los casos de que tratan los ordinales *b*) y *g*) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, no se comprenden las resoluciones que se dicten en los

juicios de policía de naturaleza penal o civil y las sentencias dictadas en los juicios seguidos por fraude a las rentas departamentales o municipales."

Los ordinales *b*) y *g*) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, se refieren a "las cuestiones suscitadas sobre la validez o nulidad de los actos ejecutados por las autoridades administrativas del orden municipal de su respectiva jurisdicción...." y a "los recursos contencioso administrativos contra las resoluciones de los empleados departamentales o municipales, o de una Intendencia o Comisaría, que pongan fin a una actuación administrativa...." asuntos de los cuales conocen los Tribunales Administrativos privativamente y en una sola instancia, a menos que se trate de juicios en que tengan interés directo los Municipios, caso en el cual habrá dos instancias, una ante el Magistrado sustanciador y otra ante los Magistrados restantes, conforme al artículo 3º de la Ley 53 de 1917, o a menos que los juicios versen sobre asuntos municipales o elecciones de Concejeros de las capitales de Departamento, porque entonces las dos instancias deben surtirse, la primera, ante el respectivo Tribunal, y la segunda ante el Consejo, según el artículo 5º de la Ley 70 de 1930.

Pero ocurre que aunque los Gobernadores son empleados departamentales, entre otras razones por virtud de lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 4ª de 1913, los decretos, actos o resoluciones de dichos funcionarios no están sujetos al recurso contencioso administrativo por razón de lo establecido en el ordinal *g*) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, sino porque así lo estatuye, de manera especial y por lo mismo preferente, el artículo 111 de la citada Ley 130, y los juicios correspondientes tienen entonces dos instancias, una ante el respectivo Tribunal y otra ante el Consejo, porque se deben tramitar como los juicios sobre acusación de ordenanzas.

Ahora bien: podría pensarse que como según el artículo 1º de la Ley 99 de 1919, las resoluciones o sentencias que no están sometidas al recurso contencioso administrativo, por haber sido dictadas en juicio de policía de naturaleza penal o civil, o en juicios seguidos por fraudes a las rentas departamentales o municipales, son únicamente las dictadas en los casos de que tratan los ordinales *b*) y *g*) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, no quedan excluidas de tal recurso las que dicten los Gobernadores, porque esas no se hallan comprendidas entre las mencionadas en aquellos ordinales.

Estima el Consejo que lo que se propuso el legislador, al expedir la Ley 99 de 1919, fue excluir del recurso contencioso administrativo todas las resoluciones o sentencias dictadas en juicios de policía de naturaleza penal o civil, y en los juicios seguidos por fraude a las rentas departamentales o municipales, cualquiera que fuera la autoridad que las dictara, porque el recurso contencioso administrativo no se ha establecido para revisar asuntos de carácter penal, y porque las actuaciones de la policía en asuntos civiles, se limitan y deben limitarse a conservar el *statu quo,* mientras el Organo Judicial resuelve lo definitivo. Esta interpretación de lo dispuesto en el referido artículo 1º de la Ley 99 de 1919 tiene claros y sólidos fundamentos jurídicos en el viejo principio de derecho que enseña que donde exista la misma razón debe haber la misma disposición; en el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, que preceptúa que "dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones oscuras o incongruentes," y en el artículo 8º de la propia ley, que dice que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes."

Dedúcese de lo expuesto que la resolución del señor Gobernador del Atlántico a que se refiere el presente juicio, no está sujeta al recurso contencioso administrativo, por lo cual el Tribunal *a quo* no era competente para conocer de él, ni lo es el Consejo.

El señor Fiscal de esta corporación estima que debe revocarse la sentencia apelada, por razones distintas de las que han quedado expresadas.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, oído el concepto del señor Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar declara que tanto el Tribunal Administrativo de Barranquilla como esta Superioridad carecen de jurisdicción para conocer de este negocio.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Samper Madrid—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Loterías

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

Para poder un Gobernador reglamentar una ordenanza, debe estar expresamente autorizado por ella para hacerlo. Los Gobernadores, respecto de las ordenanzas, no tienen la facultad reglamentaria que acerca de las leyes concede la Constitución al Presidente de la República.

Consejo de Estado—Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos treinta y siete.

Con fecha primero de marzo del año en curso expidió el señor Gobernador del Magdalena el Decreto, de carácter general, número 119 (ramo de Hacienda), "por el cual se reglamenta la introducción, venta y circulación de las cédulas o billetes de las loterías nacionales y extranjeras en el Departamento y se deroga el número 33 de fecha 19 de enero del corriente año."

El día once del mismo mes la disposición aludida fue demandada por el señor Rafael P. Padilla Montero, en ejercicio de la acción pública que consagra "el artículo 72 (sic) de la Ley 130 de 1913."

El Tribunal Administrativo de Santa Marta admitió la demanda el diez y siete del mes de marzo citado, y cuando el asunto tuvo la tramitación del caso, por sentencia del veintiocho de mayo del corriente año desató la litis así:

"No hay lugar a hacer las declaraciones formuladas en la parte petitoria del libelo examinado, dirigido contra la validez del Decreto 119 de 1º de marzo de 1937, expedido por la Gobernación del Departamento."

Al serle notificada la providencia cuya parte pertinente se inserta, el actor apeló de ella y el recurso fue concedido el día 7 de junio próximo pasado, motivo por el cual se encuentra este asunto a la consideración del Consejo, donde, llegado el momento de proferir el fallo, a ello se pasa, previas las siguientes consideraciones:

El actor fundamentó su demanda en las disposiciones que a continuación se expresan: Ley 113 de 1936, artículo 1º; Acto legislativo número 1 de 1921, artículo único; Ley 4ª de 1913, artículo 97, ordinal 37; y Constitución de 1886, artículo 120, ordinal 3º, y en ella se refiere especialmente a los numerales *b*), *c*) y *e*) del artículo 2º del Decreto en referencia, que son del tenor siguiente:

"Artículo 2º.....

"*b*) Enviar a la Tesorería General por trimestres anticipados las cédulas o billetes que correspondan a los sorteos que han de verificarse

en las fechas que las cédulas indiquen; durante el trimestre, para los efectos de la sellada y con el objeto de facilitar la distribución de los billetes en todo el territorio del Departamento.

"*c*) Los billetes deben remitirse en paquetes lacrados y sellados con una relación pormenorizada del número de cédulas que se envíen, la fecha del sorteo a que correspondan, el número del sorteo, el valor nominal de cada billete y el número de las cédulas por sus respectivas series.

"*e*) Prestar caución hasta por la suma de $ 1,000 para responderle al Departamento del pago del impuesto de los billetes o cédulas que trimestralmente se sellen por la Tesorería General para autorizar su circulación, y para responder, además, de las multas que se impongan por incumplimiento del presente Decreto."

En memorial presentado el día 28 de abril ante el Tribunal de Santa Marta por el actor, para adicionar su alegato de conclusión, manifiesta que "el artículo 5º de la Ordenanza número 90 de 5 de mayo del año pasado, antecediéndole a la Ley 133 de 1936, gravó con un 10 por 100 de su valor nominal la circulación y venta de los billetes o cédulas de loterías de extraños Departamentos o de loterías extranjeras, y se dispuso por el artículo 6º que los billetes o cédulas de dichas procedencias, para poder darse a la circulación o venta, deben haber pagado previamente el impuesto estatuído en esta Ordenanza, lo que se comprobará con el sello de la Tesorería General que deben llevar estampado."

El Tribunal, en los considerandos de la sentencia que se revisa, además de otras razones, dice que el artículo 15 del Acto legislativo número 1 de 1936, el único del Acto legislativo número 1 de 1921, el 1494 del Código Civil y la Ley 133 de 1936 se dirigen a demostrar que el Decreto estorba o impide el ejercicio de un derecho privado y que ellos sobran cuando se ejercita la acción ciudadana.

Por su parte, si el Tribunal *a quo estimó* que la demanda estuvo mal presentada, es decir, que la acción pública interpuesta no era indicada, ha debido rechazarla o solicitar del actor que la aclarara antes de admitirla.

El Decreto de carácter general que es materia del juicio no reglamenta, o no lo dice, al menos, la Ordenanza número 90 dictada por la Asamblea del Magdalena, que cita el actor. Pero es necesario tener en cuenta que si el señor Gobernador quiso reglamentar esa Ordenanza, debía estar expresamente autorizado por ella para poderlo hacer.

El Consejo de Estado, en diferentes fallos, se ha expresado en ese sentido, y en sentencia de 5 de junio de 1935, dictada en el juicio de nulidad de la Ordenanza número 72 de 1932, de la Asamblea del Magdalena, sentó la siguiente doctrina:

"Tampoco tienen los Gobernadores, respecto de las Ordenanzas, la facultad reglamentaria que acerca de las leyes concede al Presidente de la República el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional."

El inciso 2º del artículo 1º de la Ley 133 de 1936 faculta "a las Asambleas Departamentales para gravar hasta con un diez por ciento (10 por 100) del valor nominal de cada billete, y con destino exclusivo a la asistencia pública, la venta de billetes de loterías de otros Departamentos"; y el artículo 2º de la misma Ley, las faculta para que prohiban "en su territorio la circulación y venta de loterías extranjeras, o para permitirlas mediante el pago del 10 por 100 del valor nominal de cada billete, con destino exclusivo a la asistencia pública."

Se ve claramente que son las Asambleas Departamentales las autorizadas para reglamentar los impuestos a las loterías nacionales o extranjeras, y sólo ellas pueden establecer la manera como tal impuesto debe hacerse efectivo. No es el Gobernador el llamado a ello por medio de decretos.

El señor Fiscal de esta corporación, en su concepto de fondo, solicita que se revoque la sentencia apelada.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 proferida por el Tribunal Administrativo de Santa Marta, el día 28 de mayo del año en curso, y dispone en su lugar:

Es nulo el Decreto número 119, expedido por el señor Gobernador del Departamento del Magdalena, con fecha 1º de marzo de 1937.

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

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda — Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Minas

Consejero ponente, doctor ISAIAS CEPEDA

Sólo el Poder Judicial es competente para conocer de los juicios sobre cuestiones relacionadas con la posesión, la propiedad y los demás derechos constituídos sobre las minas.

Consejo de Estado—Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos treinta y siete.

Con fechas 12 de diciembre de 1934 y 8 de enero de 1935, en memoriales presentados ante la Gobernación de Antioquia, denunció el señor Manuel S. Pérez M., para sí y para el señor Germán Molina Callejas, dos minas de oro de aluvión, situadas en los Municipios de Anorí y Cáceres, la primera, y en los de Anorí y Zaragoza, la segunda, en el sitio denominado Nechí, paraje de *El Charcón*. Estas minas se llamarían *El Charcón* y *El Charcón Norte número* 1, de las que fue su último propietario la Sociedad de *El Charcón,* representada por el señor Carlos Botero Mejía.

Con posterioridad al denuncio, el señor Molina Callejas cedió sus derechos al denunciante.

Oportunamente los señores Ricardo Botero S. y Carlos Botero Mejía, el primero como accionista y el segundo como Presidente de la sociedad ordinaria de minas, propietaria de las de que se trata, se opusieron, con base en el artículo 9º del Decreto número 223 de 1932, y pidieron la suspensión de los denuncios de las minas en cuestión.

Acompañaron los oponentes copia de las diligencias que constituyen el título de la mina *El Charcón,* expedido el 23 de junio de 1891, e igualmente, en copia, las diferentes escrituras públicas de transmisión de los derechos en dicha mina hasta llegar a los actuales dueños, y, para establecer el pago de impuestos desde que se concedió el título hasta el que se efectuó el 13 de diciembre de 1898, para redimir la mina a perpetuidad, acompañaron certificados de la Administración de Hacienda Nacional.

Los denunciantes, por su parte, solicitaron que no se accediera a lo pedido por los opositores y trajeron al juicio varios argumentos que estimaron favorables a sus derechos.

Tramitados los asuntos en forma legal, la Gobernación de Antioquia puso fin a ellos por Resoluciones números 162 y 163, fechadas el 20 de noviembre de 1935, en las que se suspendió el curso de los denuncios de las minas *El Charcón* y *El Charcón Norte número* 1."

El interesado Manuel S. Pérez M. interpuso apelación contra las providencias del Gobernador, y concedido el recurso, fueron los autos al

Ministerio de Industrias y Trabajo, autoridad que confirmó las disposiciones apeladas, en Resoluciones que llevan fecha 28 de abril de 1936.

El señor doctor Jorge Orozco Valencia, en su carácter de apoderado del señor Manuel S. Pérez M., pidió del indicado Ministerio la reconsideración de las Resoluciones confirmatorias y éste la negó por no aducir el interesado razón alguna en favor de sus pedimentos.

El señor apoderado solicitó del Consejo, en demanda presentada el día 8 de febrero del corriente año, "se revise y declare la nulidad de las Resoluciones proferidas por el señor Ministro de Industrias y Trabajo que llevan fecha 28 de abril de 1936, que confirman las marcadas con los números 162 y 163 del Gobernador de Antioquia referentes a las minas denominadas *El Charcón Norte número* 1 y *El Charcón,* por ser estas providencias lesivas de los derechos civiles de mis poderdantes." Y más tarde, el 29 de abril, trajo un nuevo memorial para afirmar su pedimento.

Habiéndose surtido en este juicio la tramitación legal correspondiente, y llegado el momento de fallar, sin que se note causal de nulidad, a ello se pasa, previas las siguientes consideraciones:

Adujo la parte actora ante la Gobernación de Antioquia, entre otros argumentos, el de la nulidad del título de la mina *El Charcón,* porque ni éste ni la posesión fueron solicitados dentro de los términos legales, y el no pago de impuestos por el año de 1898, en que aquélla fue amparada a perpetuidad. Luégo ante esta Superioridad, en la demanda, dijo:

"*Quinto.* Las minas denominadas *El Charcón* y *El Charcón Norte número* 1, denunciadas por Pérez y a las cuales me vengo refiriendo, no son las mismas reclamadas por Ricardo Botero S. y Carlos Botero M.

"*Sexto.* Los títulos aducidos por los Boteros para apoyar la suspensión del denuncio hecho por Pérez no se refieren a las minas denominadas por éste, *Charcón* y *Charcón Norte número* 1º"

"*Séptimo.* Las minas a que vengo refiriéndome no han sido tituladas, ni total ni parcialmente a favor de persona alguna y menos a favor de los Boteros ni de la entidad que uno de ellos dijo representar.

"*Octavo.* Los argumentos aducidos por el Ministerio para sustentar la resolución de la mina *El Charcón* son los mismos de la providencia de la mina *Charcón Norte número* 1º"

Como lo sostiene el señor Fiscal de esta corporación, las Resoluciones acusadas gozan de una presunción de legalidad mientras en juicio contencioso administrativo no se demuestre la contrario. En consecuencia, aun cuando no aparecen los títulos presentados por el opositor, es menester aceptar como evidentes los hechos en que el Ministerio fundamenta sus razonamientos.

Sostiene el señor Ministro en las Resoluciones acusadas que sólo el Poder Judicial es competente para conocer de los juicios sobre cuestiones relacionadas con la posesión, la propiedad, y los demás derechos constituidos sobre las minas; cita en su apoyo la disposición expresa, que es el artículo 384 del Código de Minas, y transcribe la jurisprudencia constante de ese Ministerio, que dice en uno de sus apartes:

"Hallándose el título expedido en forma legal, no le compete a la autoridad administrativa fallar sobre su validez o nulidad, lo cual es función exclusiva del Poder Judicial. Para la autoridad administrativa mientras el Poder Judicial no resuelva otra cosa, el título tiene un valor

legal que no es posible desconocer de plano. (Resolución de 20 de marzo de 1933)."

Es nítida y jurídica la apreciación del Ministerio a este respecto.

En cuanto a la cuestión relativa a los impuestos, esta entidad, como puede verse en la sentencia de fecha 21 de octubre de 1936, a que hace referencia el señor Fiscal en su concpto de fondo, se expresó así, en el juicio sobre suspensión del denuncio de la mina *Santa Isabelita:*

"Hizo bien el Ministerio en reconsiderar su primera tesis de que el impuesto de estaca para la redención era el correspondiente a veintiuna anualidades, en lugar de las veinte que fijó el artículo 45 de la Ley 292 de 1875, vigente en tiempo de la redención del *Intermedio Occidental,* o sea en el año de 1905. Pues que el requisito allí establecido no era otro que el de que no se debiera impuesto alguno retrasado, que el poseedor de la mina no fuera deudor moroso del Fisco por concepto del impuesto de la mina que pretendiera redimir; y la primera tesis del Ministerio conducía al extremo de que el mismo día inicial del año que causaba el impuesto, bien fuera el primero de enero o el día de la posesión de la mina, el poseedor de la mina estaba en mora de pagar el impuesto, siendo que tiene plazo hasta el último día del año respectivo, y últimamente hasta el 31 de marzo siguiente."

En los hechos 5º, 6º y 7º de la demanda sostiene el apoderado del actor que las minas denominadas *El Charcón* y *El Charcón Norte número* 1º, no son las mismas que reclaman los señores Ricardo Botero S. y Carlos Botero M.; que los títulos presentados por ellos no hacen referencia a las expresadas minas y que éstas no han sido tituladas ni total ni parcialmente a favor de persona alguna.

Pero en su alegato de conclusión se expresa así:

". . . . . el plano cuya copia auténtica acompañé a mi demanda en la cual se ve claramente que las minas de *El Charcón* y *El Charcón Norte número* 1º, no están en su totalidad localizadas dentro de los terrenos que poseen materialmente los Boteros, y digo materialmente, porque no tienen título ninguno que los acredite como dueños de ese enorme latifundio minero."

Al decir el señor apoderado que "no están en su totalidad localizadas dentro de los terrenos que poseen materialmente los Boteros," afirma que ocupan las minas denunciadas por su poderdante al menos una parte del terreno minero; y el Jefe Técnico del Ministerio de Industrias al hacer el estudio al respecto sobre el plano levantado por el doctor Sandoval, de la mina *El Charcón,* correspondiente al título de 1891, demarca las denunciadas por el señor Pérez como haciendo parte de ella, aunque no están allí completamente enmarcadas, lo que equivale a decir que el título de los señores Boteros sí ampara los derechos por ellos reclamados. Ahora bien: si ese título, en concepto del actor, está viciado de nulidad por las razones que alega, se ha dicho ya, y se repite ahora, que no son las autoridades administrativas las competentes para esta clase de negocios.

Afirma el actor que se han violado por las Resoluciones acusadas las siguientes disposiciones legales: artículos 6º y 341 del Código de Minas; 9º del Decreto legislativo número 223 de 1932 y 10 del Acto legislativo de 1936.

Pero ya se ha visto, respecto a los artículos 6º y 341 del citado Código, que las minas de aluvión denunciadas por el señor Pérez M. habían pagado los impuestos y por lo tanto esas disposiciones no habían sido violadas. Por esta misma razón no se ha contravenido el artículo 9º del Decreto número 223 de 1932.

Ni el actor ni su apoderado han demostrado cuáles son los derechos adquiridos que garantiza el artículo 10 del Acto legislativo de 1936, y que les fueron violados por las Resoluciones acusadas.

El señor Fiscal, en su concepto de fondo, solicita que se nieguen las peticiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con la opinión de su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega las peticiones de la demanda.

Se hace uso de papel común por autorización del artículo 351 del Código Judicial, con la prevención en dicho artículo establecida.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano — Isaías Cepeda — Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Seguro colectivo obligatorio

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

Como el personal de nómina o administrativo empleado en las oficinas de un Ministerio, nada tiene que ver con los trabajos materiales de las empresas que dependen del mismo, conforme a la ley no tiene derecho a ser asegurado.

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

El 8 de marzo de 1936 falleció en esta ciudad, a consecuencia de un accidente de tránsito, el señor Rodolfo D. Bernal Pulido, empleado de la Dirección General de Ferrocarriles y Carreteras Nacionales, del Ministerio de Obras Públicas.

El señor Ministro de Obras Públicas, por Resolución número 74, del 30 de abril de 1936, reconoció a favor de la señora Carlina Pulido viuda de Bernal, la cantidad de $ 912-50, en su calidad de heredera legítima del señor Rodolfo D. Bernal Pulido, como valor del seguro colectivo obligatorio correspondiente al nombrado señor.

Consultada esa Resolución con el Ministerio de Industrias y Trabajo, fue revocada por la número 194, del cinco de agosto del propio año, que a su vez fue confirmada por la número 255 del 8 de octubre de 1936.

Por escrito del 7 de noviembre de 1936 la indicada señora Pulido viuda de Bernal, por medio de apoderado, solicitó que se declaren nulas las referidas Resoluciones números 194 y 255, por considerar que son violatorias de la Constitución y de la ley, y lesivas de sus derechos civiles, y pidió que, como consecuencia, "se determine, de acuerdo con la Ley 80 de 1935, que la señora Carlina Pulido de Bernal tiene derecho a que se le pague la suma de novecientos doce pesos con cincuenta centavos ($ 912-50) en su calidad de heredera legítima del señor Rodolfo D. Bernal Pulido, como valor del seguro colectivo obligatorio correspondiente al precitado señor, quien murió siendo trabajador de la Administración General de los trabajos de sostenimiento de la red de carreteras nacionales en ejercicio y como tál subalterno del Director General de Ferrocarriles y Carreteras Nacionales."

Sostiene el señor apoderado de la actora que las Resoluciones acusadas son violatorias de las Leyes 37 de 1921, 32 de 1922, 44 de 1929, 29 de 1931 y 133 de 1931, "lo mismo que de los Decretos reglamentarios de dichas leyes y lesivas de los derechos civiles de mi poderdante, la señora Carlina Pulido de Bernal."

Para resolver se considera:

El artículo 1º de la Ley 37 de 1921, modificado por el artículo 1º de la Ley 44 de 1929, dice:

"Artículo 1º Todas las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de cualquiera otra naturaleza, de carácter permanente, establecidas o que se establezcan en el país, y cuya nómina de sueldos y salarios sea o exceda de mil pesos ($ 1,000) mensuales, deberán efectuar a su cargo el seguro de vida colectivo de sus empleados y obreros por la suma equivalente al sueldo o salario que devengue en el año el empleado u obrero respectivo, cuando ese sueldo o salario no exceda de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2,400) anuales. Los empleados u obreros que disfruten de un sueldo anual mayor de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2,400) sin pasar de cuatro mil doscientos pesos ($ 4,200), tendrán derecho a un seguro por la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2,500)."

Y el artículo 1º de la Ley 32 de 1922 dispone:

"Artículo 1º Cuando la Nación, los Departamentos o los Municipios sean dueños o explotadores de empresas de las enumeradas en el artículo 1º de la Ley 37 de 1921, podrán asumir el carácter de aseguradores de los empleados y obreros de tales empresas. Cuando así lo hicieren, en los presupuestos respectivos harán apropiar las partidas correspondientes."

En virtud de lo establecido en el artículo últimamente copiado, el Secretario del Ministerio de Obras Públicas, encargado del Despacho, dictó la Resolución número 63, del 12 de mayo de 1927, que en lo pertinente dice:

"1º De conformidad con las Leyes 57 de 1915, 37 de 1921 y 32 de 1922, la Nación asume el carácter de aseguradora del personal de empleados y trabajadores de los ferrocarriles y cables aéreos nacionales, y las indemnizaciones a que hubiere lugar se pagarán por la empresa respectiva."

Claramente se ve que la Nación asumió así el carácter de aseguradora del personal de empleados y de trabajadores de los ferrocarriles y cables aéreos nacionales, únicamente, y dispuso que las indemnizaciones *"a que hubiere lugar, se pagarán por la empresa respectiva,"* es decir, por el ferrocarril o por el cable en donde trabajara el empleado u obrero correspondiente.

Vino después la Resolución número 80, del 20 de junio de 1927, del Ministro de Obras Públicas, que estableció:

"Las disposiciones contenidas en la Resolución número 63, de 12 de mayo del corriente año, por la cual se reglamenta el pago de indemnizaciones por accidentes de trabajo y seguro colectivo para los ferrocarriles y cables aéreos nacionales, se hacen extensivas a todas las demás obras nacionales que se *adelantan* por cuenta del Ministerio de Obras Públicas."

Dedúcese de los términos de esta Resolución, y especialmente del uso que hace del verbo *adelantar*, que el pensamiento del Ministro de Obras Públicas fue que la Nación asumiera el carácter de aseguradora del personal de empleados y trabajadores de cualquiera obra pública nacional que se halle en construcción, y es claro que según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 32 de 1922, en el presupuesto de cada una de esas obras debe figurar la partida necesaria para atender al pago de las indemnizaciones a que haya lugar.

Vino posteriormente el Decreto ejecutivo número 800, del 4 de mayo de 1932, por el cual se reglamentaron las Leyes 37 de 1921, 32 de 1922, 44 de 1929 y 133 de 1931.

El artículo 8º de ese Decreto dispone que las empresas privadas que estén obligadas al aseguro colectivo, deben expedir a cada uno de sus empleados y obreros un certificado en que consten los requisitos enumerados allí, y el último inciso del mencionado artículo dice:

"Los gerentes, administradores o jefes de trabajos de las empresas de que sean dueños o explotadores la Nación, los Departamentos o los Municipios, deberán expedir a los trabajadores de dichas empresas el certificado a que se refiere este artículo."

Los artículos 33 y 34 del mencionado Decreto establecen:

"Artículo 33. Cuando la Nación, los Departamentos o los Municipios quieran asumir el carácter de aseguradores de los empleados y obreros de las empresas industriales, comerciales o agrícolas o de cualquiera otra naturaleza, de que sean dueños o explotadores, deberán manifestarlo así por medio de una resolución dictada por el Ministerio del ramo, o por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, según el caso, si se trata de empresas de la Nación, y por el Gobernador o por el Alcalde respectivo, si son empresas de propiedad de los Departamentos o de los Municipios.

"Asumido el carácter de aseguradoras por estas entidades, los funcionarios o empleados correspondientes deberán incluir en los presupuestos de las empresas u obras respectivas las partidas necesarias para el pago de los seguros de vida que se causen a deber."

"Artículo 34. Los gerentes, administradores o jefes de trabajos de las empresas de propiedad de la Nación, quedan facultados para dictar las resoluciones a que haya lugar en las reclamaciones sobre pago de las cuotas del seguro colectivo, previa la investigación necesaria para acreditar todos los hechos de los cuales emane la obligación de dicho pago y el cumplimiento de las formalidades exigidas por el artículo 3º de la Ley 133 de 1931.

"Las resoluciones que dicten sobre este particular deberán ser consultadas con el Ministerio de Industrias.

"Antes de dictar la resolución en que se reconozca el derecho al pago de la cuota del seguro, el gerente deberá dar el aviso de que trata el parágrafo del artículo 3º citado, si fuere el caso.

"Además, si los reclamantes no son de las personas indicadas en el orden de prelación señalado en el artículo 2º de la Ley 133 de 1931, el gerente exigirá copia del auto judicial en que se les declare herederos del causante."

De lo dicho hasta aquí pueden sacarse las siguientes conclusiones:

Que la Nación asumió el carácter de aseguradora de los empleados y obreros de los ferrocarriles, de los cables aéreos y de las demás obras nacionales que se adelantan o construyen por cuenta del Ministerio de Obras Públicas; que el concepto de *empresa nacional,* para los efectos del seguro, está concretado por las disposiciones legales y reglamentarias antes citadas, a las obras que se construyen, adelantan, dirigen o manejan por conducto de un gerente, administrador o jefe de trabajos y con un presupuesto determinado, en el cual debe figurar la partida necesaria para pagar las indemnizaciones correspondientes; y que la resolución sobre pago de la indemnización debe dictarla el gerente, administrador o jefe del trabajo respectivo, con los requisitos señalados en el artículo 34 del Decreto número 800 de 1932.

Sentado lo anterior, corresponde ahora examinar si el señor Bernal Pulido era empleado o trabajador de una *empresa nacional,* con personal determinado, con presupuesto especial y bajo la dirección de un gerente, administrador o jefe de trabajos, y si, por consiguiente, aquél trabajaba directamente en la *empresa* u *obra* respectiva.

No hay constancia en autos de cómo se nombró, ni por quién, al señor Bernal Pulido, ni qué funciones precisas desempeñaba o tenía.

Al respecto, sólo se encuentra lo siguiente:

Un certificado del Director General de Ferrocarriles y Carreteras Nacionales, en que dice:

"Que el señor Rodolfo D. Bernal Pulido desempeñó el puesto de escribiente, al servicio de las Carreteras Nacionales, desde el día 10 de mayo de 1935 hasta el 8 de mayo del corriente año (1936), fecha en que falleció"; y copia de la Resolución número 43, del 10 de mayo de 1935, del Ministerio de Obras Públicas, por la cual se dispuso:

'Se pagarán, por el Habilitado de la Administración de Bienes de Obras Públicas, con la partida de gastos generales de carreteras, a que se refiere el artículo 2º del Decreto número 85 de 1935, los honorarios de los siguientes empleados que prestan sus servicios en el expresado ramo de Carreteras..... Escribiente señor Rodolfo Bernal P., dos pesos con cincuenta centavos ($ 2-50) diarios....."

No se sabe por qué razones y en virtud de qué disposiciones legales se dictó la Resolución que acaba de copiarse, cuando resulta que el señor Bernal Pulido pertenecía al conjunto de empleados de carácter general y permanente, que constituye el tren administrativo regular y ordinario del Ministerio, que debe ser pagado de acuerdo con la nómina del personal del mismo, con la partida votada en el presupuesto para tal objeto.

Acerca de este carácter del señor Bernal Pulido se dice en la Resolución acusada, número 194:

"La Resolución número 80 de 20 de junio de 1927, de ese Ministerio, por la cual el Gobierno asumió el aseguro de los empleados y obreros de las obras nacionales que se adelantan por cuenta de ese Ministerio, fue dictada en desarrollo de los artículos 1º de la Ley 32 de 1922, 1º de la Ley 44 de 1929, que sustituyó el 1º de la Ley 37 de 1921, y 33 del Decreto número 800 de 1932. Esas disposiciones, al establecer el seguro en la forma que expresan, se refieren a los trabajadores de las empresas industriales, comerciales y agrícolas, y por lo mismo hay necesidad de estimar con precisión cuáles son, en el presente caso, los empleados y obreros de las *empresas* de construcción de obras públicas nacionales, adscritas a las secciones ya nombradas; esto es, cuál es el personal propio de esas empresas—el que directamente trabaja en su realización—al cual sólo debe extenderse el seguro de vida."

"Como el personal de nómina o administrativo que trabaja en las oficinas del Ministerio, nada tiene que ver en los trabajos materiales de la empresa, no estima esta oficina que tenga derecho conforme a la ley, a ser asegurado, porque está integrado más bien por empleados del Gobierno en la administración pública regular, y así el seguro sólo debe efectuarse en favor de los trabajadores de las categorías primera y segunda de que ya se ha hecho mención."

Encuentra el Consejo muy bien estudiada la situación jurídica relativa al seguro colectivo, en que se hallan colocados los empleados que forman parte del personal administrativo del Ministerio de Obras Públicas, en los siguientes párrafos que a continuación se reproducen, tomados de la Resolución número 255, por la cual se negó la revocatoria de la número 194, antes citada:

"El derecho que asiste a los empleados y obreros de las carreteras nacionales para que se les otorgue póliza de seguro obligatorio de vida, surgió en fuerza de lo dispuesto por la Resolución número 80 de 20 de junio de 1927, originaria del Ministerio de Obras Públicas, cuando dijo: 'Las disposiciones contenidas en la Resolución número 63 de 12 de

mayo del corriente año, por la cual se reglamenta el pago de indemnizaciones por accidentes de trabajo y seguro colectivo para los ferrocarriles y cables aéreos nacionales, se hacen extensivas a todas las demás obras nacionales que se adelantan por cuenta del Ministerio de Obras Públicas.' De suerte que todo empleado u obrero dependiente del Ministerio dicho, que con posterioridad a aquella providencia haya servido en una obra nacional, tiene derecho al seguro que debe reconocerle aquella entidad y no lo tienen empleados u obreros de la misma dependencia que se ocupen en actividades que no se refieran a la construcción de una obra, por más que consideraciones de orden moral indiquen lo contrario."

"Para el caso que se contempla es indiferente que el señor Bernal Pulido, por cuya muerte se pretende cobrar el seguro, haya tenido el carácter de empleado o el de simple obrero, pues en uno y otro caso el derecho al seguro le hubiera asistido si hubiera trabajado en una obra nacional; asimismo es indiferente que sus servicios le hubieran sido cubiertos con éstos o con aquéllos fondos, ya que queda en pie su condición de empleado administrativo de oficina radicada en Bogotá. Además, la caja que paga un sueldo o salario no cambia la verdad del hecho que oficialmente consta en autos y él, como cualquiera otro de los trabajadores pudo ser cubierto en sus servicios con fondos destinados a finalidades fiscales distintas de aquellas con que fueron consumidos, sin que se alteren en nada el carácter administrativo de su empleo y el hecho de no estar beneficiando la construcción de obra determinada."

"Existe en el expediente una comunicación del Ministerio de Obras Públicas dirigida a esta oficina que dice: 'El señor Rodolfo D. Bernal Pulido trabajaba en la Administración General de Carreteras de este Ministerio y pertenecía al personal administrativo que figura en la lista de jornales'; también dice la misma comunicación que trabajaba en la oficina de esta capital. Esto quiere decir que el señor Bernal Pulido, como el señor Jefe de la Sección de Carreteras, como los demás empleados que le son subalternos, y aun como el propio señor Ministro del ramo, quien administrativamente también trabaja en las carreteras nacionales, se ocupaba en labores administrativas de la Nación y no en la construcción de una obra."

"Aceptar que todos los empleados administrativos del Ministerio de Obras Públicas, porque sean cubiertos con fondos destinados a la construcción o sostenimiento de las obras nacionales, tienen derecho al seguro colectivo obligatorio, sería tanto como reformar de plano las leyes que regulan este beneficio, por la sola voluntad de las autoridades encargadas por la ley de vigilar su aplicación, según sus propias normas, y sería además, sentar un precedente de muy graves consecuencias."

"No puede aceptar este Despacho que el hecho de haber sido cubiertos los sueldos o jornales del señor Bernal Pulido con fondos destinados al mejoramiento o a la construcción de las carreteras de uso público, sirva para crear una situación jurídica, de la cual se desprende una carga para la Nación."

Por último, cabe observar que según el artículo 34 del Decreto número 800 de 1932, que atrás quedó copiado, aun aceptando que el señor Bernal Pulido tuviera derecho a ser asegurado, la Resolución que concedió la indemnización no fue dictada por quien tenía facultad para ello, que era el gerente, administrador o jefe de trabajos, y no el señor Ministro de Obras Públicas, por lo cual también resulta injurídica dicha providencia.

De todo lo expuesto se deduce que las Resoluciones acusadas son jurídicas, y, por lo mismo, la demanda no puede prosperar.

El señor Fiscal sí considera que son nulas, y pide que la demanda se falle de conformidad.

En mérito de lo dicho 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, niega las peticiones de la demanda de que se ha venido hablando.

Se hace uso de papel común por autorización del artículo 351 del Código Judicial, con la prevención en dicho artículo establecida.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda — Pedro Martín Quiñones. Con salvamento de voto, *Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
ELIAS ABAD MESA

Las disposiciones sobre seguro colectivo obran con un máximo de amplitud cuando se refieren a empleados u obreros, en cuanto no determinan categorías de unos ni otros, sin hacer diferencia entre las labores de orden material y las de orden intelectual.

En el primer proyecto de sentencia, que la Sala no aprobó, expuse las siguientes razones:

"Inspiradas algunas normas sobre seguro colectivo en la misma finalidad que previó el legislador al consignar a cargo de los patronos la obligación de indemnizar por muerte de empleado u obrero acaecida con ocasión del servicio, aunque aquéllas no miran a la causa del fallecimiento, fue justo y fiel intérprete de su cometido social el Ministerio de Obras Públicas cuando dictó la Resolución número 80 de 20 de junio de 1927, que comprende, como el artículo 10 de la Ley 57 de 1915, a las "obras públicas nacionales" entre las empresas en que hay lugar a las indicadas reparaciones.

"Es verdad que el artículo del Decreto 800 de 1932 fija el concepto de *empresa* concretándolo, desde luégo aparentemente, a ciertas y determinadas obras públicas de la Nación colocadas bajo la dirección de Gerentes, Administradores o Jefes de trabajo. Pero la ley hace derivar implícitamente el derecho al seguro de la circunstancia de ser la Nación dueño o explotador de empresas de cualquier naturaleza, de tener ella la calidad de empresario de obras públicas, o, más claro, impone al dueño o explotador de ellas, consideradas en conjunto, el deber de efectuar a su cargo el seguro de vida colectivo de sus empleados y obreros cuando la nómina de sueldos y salarios sea o exceda de mil pesos mensuales (artículo 1º de la Ley 32 de 1922 y 1º de la Ley 44 de 1929).

"Esa fijación del Decreto 800 (véase, por ejemplo, el artículo 34), apenas es de carácter adjetivo y procedimental, no sólo porque los actos reglamentarios del Gobierno tienden a llenar vacíos y a señalar el alcance accidental de las leyes, sino también porque en cuestiones de detalle, encaja dentro de lo sustantivo de la ley, en los casos que se contemplan, la distribución de atribuciones, es decir, bien puede suceder que en vez del Ministro del ramo sea uno de sus subalternos quien expida los certificados de seguros, cuya falta no priva al trabajador de los beneficios legales (inciso último del artículo 8º, Decreto 800, y parágrafo del artículo 1º de la Ley 133 de 1931).

"Si como norma de apreciación primara, para los efectos del seguro el argumento de que es empresa cada una de las *dependencias* explotadas o dirigidas por el dueño o explotador de ellas, no obstante la concurrencia de todas al mismo objeto, se haría ilusorio aquél siempre que

la nómina de sueldos y salarios de cada una de tales dependencias fuera menor de mil pesos mensuales.

"La noción de *empresa* corresponde, por consiguiente, al conjunto de actividades o labores de igual naturaleza emprendidas por una persona o entidad pública o privada, sobre objetos y con personal, bienes, elementos, etc., destinados a un fin más o menos lucrativo para satisfacción de necesidades materiales del público. De suerte que quienes cooperen en ellas o se encuentren a su servicio, como empleados u obreros, forman parte integrante de una *empresa* y deben gozar de las prerrogativas legales de que se trata.

"Carecen de consistencia las tesis de la Oficina General del Trabajo enunciadas atrás, porque, primero, no cabe distinguir donde la ley no distingue. La palabra *empleado* hay que tomarla en sentido absoluto, tanto si se aplica la definición del artículo 5º del Código Político y Municipal que abarca diferentes categorías de funcionarios, que incluye a cuantos ejecutan trabajos intelectuales o materiales, a los investidos y a los no investidos de jurisdicción o autoridad, y a aquellos cuyo cargo proviene directamente de la ley, o de reglamentos generales, o de reglamentos especiales elaborados en desarrollo de éstos—según suele ocurrir para la ejecución de obras públicas cuando el Gobierno las acomete por sí mismo—lo mismo que si se acepta, como resulta forzoso, que están en el mismo pie de igualdad jurídica, frente a ciertas actividades del Estado y en presencia de ciertos eventos previstos en las leyes sociales, el Ministro de Obras Públicas y cualquier empleado u obrero de las carreteras nacionales.

"En otros términos, son empleados administrativos quienes cooperan en la administración pública, que comprende la actividad general del Estado, ejerciendo funciones que de conformidad con el artículo 27 de la Constitución, han sido detalladas en ley o en reglamento. Dichas funciones en cuanto encuentren su origen en la Constitución, en la ley, en reglamento, limitan en cada caso la esfera de competencia del titular de un cargo público, y de ahí por qué no es posible atribuir a determinados funcionarios el carácter de empleados administrativos y excluir de él a otros, siendo que todos, en aquellas condiciones, cooperan en idéntica medida, aunque en distintas circunstancias jerárquicas, a los fines del Estado. ¿Cómo se denominarían los funcionarios públicos que no fueran empleados administrativos, según la Oficina General del Trabajo?

"Tampoco vale argüir que el trabajo del empleado u obrero ha de referirse a la construcción de obras públicas y prestarse precisamente en los lugares donde éstas se adelantan, no a distancia de ellas o en las oficinas ministeriales. La acepción de *construcción* representa sólo un aspecto, una fase de la actividad general en el ramo de Obras Públicas, el cual atiende también a la explotación, al sostenimiento, etc., de las que se hallan bajo la administración del Estado, y aun la simple construcción presupone labores de muy diversa índole, que comportan mucho más que la mera materialidad del vínculo entre el empleado u obrero y la empresa respectiva.

"No dice la ley qué debe entenderse por *obras públicas nacionales*. El artículo 3º de la Ley 72 de 1910 marca una pauta al respecto, pero en materia ajena a este fallo, al expresarse en los siguientes términos: 'Para los efectos del artículo 175 del Código de Minas, se entienden por obras públicas los caminos, ferrocarriles, líneas de transporte aéreo, canalizaciones aéreas o subterráneas para conducción de energía eléctrica, y acueductos, cuando estas obras se destinan al servicio del pú-

blico; y, en general, todos los edificios y construcciones que se destinen al mismo uso.....'

Coincide la anterior definición, en parte, con la de Haurion (*Precis de Droit Administratif*, oncieme edition, pág. 757):

"Obras públicas es todo inmueble construído, instalado o acondicionado por cuenta de la administración pública y en vista de un uso público o de un servicio público."

"Este autor, al exponer las consecuencias que se derivan del concepto de obras públicas, afirma que cuando un inmueble tiene la calidad de obra pública, los trabajos de sostenimiento y reparación constituyen operaciones de trabajos públicos.

"Aceptados estos principios, a falta de textos y jurisprudencia en el particular, y sentado que las disposiciones sobre seguro colectivo obran con un máximo de amplitud cuando se refieren a empleados u obreros, en cuanto no determinan categorías de unos u otros, y únicamente, respecto de los primeros establecen un límite en razón del sueldo anual que devengan, sin hacer diferencia entre las labores de orden material y las de orden intelectual, resulta más patente todavía que el solo hecho de cooperar en la prestación de un servicio público, como lo es el ramo de las Obras Públicas Nacionales, señala la principal condición que el legislador tuvo en cuenta, y que el Ministerio de Obras Públicas, acorde con él, dejó consignada en la Resolución número 80 de 20 de junio de 1927.

"A su vez, la noción de servicio público, según Rolland (*Precis de Droit Administratif*, cinquieme edition, pág. 1ª), 'se puede tomar en el sentido amplio de *empresa* que, bajo la dirección de los gobernantes, se destina a dar satisfacción a las necesidades colectivas del público. La idea de empresa supone un agenciamiento de personal, de material, de procedimientos jurídicos y técnicos, tendientes a obtener cierto resultado.....

"Y como, por otra parte, caen bajo la denominación de empleados —en el presente caso—todas las personas que ocupan o desempeñan un empleo instituido para asegurar la marcha de un servicio público, y es condición *sui generis* de éstos su continuidad, por lo menos debe mantenérseles funcionando regularmente, queda definido el alcance del artículo 1º de la Ley 44 de 1929 cuando habla de empresas de carácter *permanente* y en cuanto a los empleados a que dice relación."

Debo agregar:

Mal puede deducirse del Decreto reglamentario de las leyes sobre seguro colectivo, por cuanto atribuye a los Directores o Gerentes de las que propiamente son dependencias, la definición del concepto de *empresa*, ya que la Ley 44 de 1929 no da lugar en su artículo 1º, a que por tál se entienda cada una de aquéllas.

Es bien sabido que el alcance de los Decretos reglamentarios que dicta el Ejecutivo, en manera alguna puede llegar hasta la interpretación, con autoridad, de las disposiciones legales. Ya se anotó que ellos tienen, en principio, un carácter adjetivo y procedimental.

Por último, ocurre en el hecho que en todas las obras públicas nacionales se reconoce a los empleados y obreros el derecho a seguro colectivo. La interpretación, por extensión, del precedente fallo, podría tomarse como base para el desconocimiento de tal derecho a muchos de esos empleados y obreros.

Bogotá, septiembre 17 de 1937.

Elías Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.

Inamovilidad de los maestros

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

Para acogerse a la inamovilidad que consagra la ley, es preciso tener el título de maestro otorgado en una de las Escuelas Normales de la República. El derecho adquirido lo funda la capacidad, el tecnicismo, no el nombramiento.

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

Por auto del siete de mayo del año próximo pasado el Tribunal Administrativo de Bogotá admitió la demanda de nulidad del artículo 1º del Decreto número 36, de 18 de enero del mismo año, originario de la Gobernación de Cundinamarca, presentada por el señor Joselín Rodríguez Daza.

El fallo de primera instancia, que lleva fecha 24 de septiembre de 1936, desfavorable a las pretensiones del demandante, fue apelado por éste en oportunidad y, tramitado el recurso en el Consejo de Estado, se procede a dictar sentencia de segundo grado, previas las consideraciones que siguen:

Los fundamentos de la providencia recurrida se encuentran en el pasaje que se transcribe:

"Como disposición violada, el demandante cita el artículo 127 del Código Político y Municipal, numeral 24, que así dice:

'.....24. Nombrar y remover libremente a los maestros de escuela y a los Inspectores provinciales de Instrucción Pública; pero los primeros sólo podrán ser removidos para mejorarlos o por causa de mala conducta o de incompetencia comprobada, y previa la tramitación establecida en las disposiciones vigentes sobre instrucción pública;....'

Debe estudiarse si el demandante tiene la acción que ha intentado.

No puede haber acción sin derecho que hacer valer. En el presente caso, el artículo 127, numeral 24, del Código Político y Municipal confiere a los maestros el derecho para no ser removidos sino por causa de mala conducta o de incompetencia comprobada y previa la tramitación establecida en las disposiciones vigentes sobre instrucción pública.

El ordinal 24 del artículo 127 citado, fue reglamentado por el Poder Ejecutivo, en uso de sus atribuciones constitucionales, por medio del Decreto número 1070 de 1918, cuyo artículo 1º dijo:

Para los efectos del artículo 127, ordinal 24, de la Ley 4ª de 1913, *sólo se entenderán por maestros* de escuela los que habiendo sido graduados en las Escuelas Normales de la República, hayan recibido nombramiento en propiedad, hecho por la autoridad competente.

Para acogerse, pues, a la inamovilidad a que se refiere la ley, es preciso tener el título de maestro otorgado en la forma preceptuada por el artículo 1º del Decreto número 1070 de 1918. Si el demandante no tiene tal título, carece del derecho para exigir esa inamovilidad y por ende, su acción instaurada en este juicio, no puede prosperar.

Es verdad que el folio 2 vuelto del cuaderno de pruebas del actor, aparece un certificado del Secretario del Ministerio de Educación Na-

cional, referente a la inscripción de un diploma de Bachiller en Filosofía y Letras, expedido por el Colegio de Boyacá, al demandante señor Rodríguez, pero es lo cierto que tal diploma ni es de maestro, ni está expedido por ninguna de las Escuelas Normales de la República. El actor se refiere a este diploma en el hecho 18 de su libelo de demanda.

Esta ha sido la doctrina del Consejo de Estado en varios fallos, como puede verse en el de 14 de noviembre de 1935, publicado en la *Revista Contencioso Administrativa,* de este Tribunal, números 12 y 13, y 29 de octubre del mismo año de 1935, publicada en los *Anales del Consejo de Estado,* números 235 a 238, Consejeros ponentes, respectivamente, doctores Isaías Cepeda y Ricardo Tirado Macías."

Debidamente aparece comprobado de autos que el demandante entró a servir en el magisterio en diversas escuelas primarias en esta capital, desde el año de 1928, y que últimamente desempeñó el cargo de Director de la Escuela, Grupo XIII, grado 2º, en el cual fue reemplazado por el señor Alberto Calzado, según el Decreto número 36, materia de la demanda.

De otro lado, no existe en el expediente prueba ninguna acerca de las causas del retiro, ni el acto administrativo que lo originó trae motivación alguna al respecto, por lo que es necesario desatar la litis considerando solamente si el Gobernador, al expedir su providencia se ajustó o nó a las disposiciones legales que reglamentan el ejercicio de sus funciones, en cuanto a la materia de que se trata o si abusó de ellas y con su acto causó agravio al querellante.

Entre las funciones de los Gobernadores, señaladas en el artículo 127 de la Ley 4ª de 1913, está la contenida en el ordinal 24, o sea la de nombrar y remover libremente a los maestros de escuela y a los inspectores provinciales de Instrucción Pública, pero la remoción de aquéllos sólo podrá hacerse para mejorarlos, o por causa de mala conducta o de incompetencia. Como se observa, a pesar de la aparente amplitud que consagra el primer miembro de esta disposición, es indudable que la ley subordinó el ejercicio de la facultad de remover a los maestros a los motivos taxativamente señalados en la última parte de dicho artículo. Ahora bien, el Decreto 1070 de 1918 dispuso que, para los efectos de aquel artículo, sólo se entenderán por maestros de escuela los graduados en las Escuelas Normales de la República; y, de conformidad con estos textos, el Tribunal *a quo* estimó que el señor Rodríguez Daza por no tener la calidad de maestro graduado, queda fuera de la protección de aquellas disposiciones.

El señor Fiscal en su vista de fondo, se expresa en los siguientes términos:

"Todo lo dicho en el expediente se puede resumir así: a Rodríguez Daza lo hicieron maestro de escuela sin ser graduado; en este carácter ocupó el magisterio de Cundinamarca hasta el año de 1935.

Es evidente que antes de la conveniente organización dada a la educación pública, por el Gobierno en los últimos tiempos, no era requisito indispensable el de poseer conocimientos técnicos para recibir el delicado cargo de enseñar en las escuelas públicas. Gracias a la intervención decisiva del Gobierno para reformar saludablemente el ramo educacionista, son pocos los maestros que aún quedan enseñando sin conocimientos de pedagogía y sin aptitudes para formar los hábitos a los niños, hechos éstos muy distintos a los conocimientos exhibidos por un bachiller 'de filosofía y letras.'

Es evidente también que toda la legislación vigente apoya con eficacia a los maestros contra los asaltos de que por una u otra razón pudiesen ser víctimas en relación con el ejercicio de su cargo. Pero como muy bien lo dice la sentencia, el artículo 1º del Decreto Nº 1070 de 1918 pre-

ceptuó que sólo se entendería por maestros de escuela los que habiendo sido graduados en las Escuelas Normales hayan recibido nombramiento en propiedad, hecho por la autoridad competente. Si es evidente que los gestores de la Educación Pública, en virtud de lo apremiante de las circunstancias podían nombrar a individuos sin diploma 'cuando hubiera escasez de personal,' ello no quiere decir que ese personal sin diploma, no pueda y deba reemplazarse tan pronto como hayan concluído sus estudios pedagógicos los individuos que se dedican a la enseñanza. Cuando son graduados, es evidente que no pueden ser suspendidos, ni destituidos sino por las razones de mala conducta comprobada, pues el derecho adquirido lo funda la capacidad, el tecnicismo y la preparación del maestro y no el nombramiento, el cual puede hacerse para atender una intriga y no para prestar un servicio al país."

Además, la Ley 37 de 1935 facultó al Ministerio de Educación Nacional para organizar y reglamentar el magisterio escolar, y la Ley 11 de 1934, igualmente dio autorización a aquel Despacho para formar el escalafón de maestros y dictar las normas convenientes en orden al aprovechamiento preferencial de sus servicios.

En desarrollo de estas disposiciones, que modificaron las de la Ley 4ª de 1913, arriba mencionadas, el Gobierno Nacional dictó el Decreto Ejecutivo número 39, de 13 de enero del año próximo pasado, por medio del cual autorizó a los Directores de Educación Pública de los Departamentos para hacer en interinidad los nombramientos de maestros de escuelas primarias departamentales, mientras expedía el decreto sobre formación del escalafón del magisterio, que llegó a ser el número 1602 del corriente año.

Es muy cierto que el Decreto primeramente citado (número 39 de 13 de enero), fue anulado por esta entidad en sentencia que lleva fecha 26 de agosto de 1936, publicada en el tomo XXX de los *Anales,* página 105. Pero es muy claro que estando como estaba en vigor a la época en que se dictó la providencia del Gobernador de Cundinamarca, su ulterior anulación no puede afectar los actos dictados con fundamento en aquel Decreto. En tales circunstancias, es obvio que el Decreto 36 acusado que designó, con el carácter de interino, el personal de maestros para las escuelas urbanas de Bogotá, está ceñido a las autorizaciones de que fue investido el Gobernador por la norma superior ejecutiva que acaba de mencionarse. No puede, pues, ser anulado por el Tribunal Administrativo por el concepto de quebrantar disposición legal ninguna.

Mas si por este extremo no aparece fundamento ninguno que induzca a la anulación del acto administrativo de la Gobernación de Cundinamarca, menos resulta evidente que pueda prosperar por el motivo de ser aquella providencia lesiva de los derechos civiles del actor. Las prerrogativas o facultades administrativas que surgen como consecuencias del ejercicio de empleos en servicio del Estado—y por ende de los Departamentos y Municipios—no pueden estimarse como derechos civiles, pues ellos no resultan de una relación contractual de derecho privado entre aquellas entidades y quien desempeña el cargo, sino de normas reguladoras de derecho público.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en acuerdo con su Fiscal, confirma la providencia objeto de la alzada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Francisco Samper Madrid — Ramón Miranda — Pedro Martín Quiñones — Elías Abad Mesa — Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Examen de cuentas

Consejero ponente, doctor RAMON MIRANDA

El argumento de que, para evitar las formalidades de los contratos por sumas mayores de $ 100, se optó por dividir las cuentas en varias de un mismo valor, es la confesión paladina de que se burlaron las leyes reguladoras de la actividad fiscal y se echó mano de un procedimiento irregular y censurable.

Consejo de Estado — Bogotá, agosto veinte de mil novecientos treinta y siete.

Por auto del 7 de marzo de 1930, la Contraloría General de la República concedió al señor Alfonso Reyes recurso de apelación contra la providencia número 2276 de aquel Despacho, de fecha 30 de noviembre anterior, por medio de la cual fueron fenecidas con un alcance de $ 2,321-96 las cuentas de enero a octubre de 1927, de la responsabilidad del apelante, en su carácter de Contador Pagador del Departamento de Contraloría.

Repartido el negocio en esta superioridad el 18 de mayo de 1930, ha sufrido el trámite de rigor en esta clase de juicios administrativos, y se halla actualmente en estado de dictar sentencia de fondo.

El auto de fenecimiento materia de la alzada es el que se transcribe a continuación, en lo pertinente, así:

"Resumen de cargos.

Por glosas hechas a la cuenta del mes de febrero.....$	60.00
Por glosas hechas a la cuenta del mes de marzo.....	96.79
Por glosas hechas a la cuenta del mes de abril.....	81.58
Por glosas hechas a la cuenta del mes de mayo.....	129.40
Por glosas hechas a la cuenta del mes de junio.....	1,261.75
Por glosas hechas a la cuenta del mes de julio.....	684.04
Por glosas hechas a la cuenta del mes de agosto.....	8.40
Suma.....$	2,321.96

Por lo expuesto, se fenecen las cuentas de enero a octubre de 1927, de la Contaduría Pagadora de la Contraloría, con alcance de dos mil trescientos veintiún pesos noventa y seis centavos ($ 2,321-96) moneda corriente, a cargo del responsable señor Alfonso Reyes."

Aparece del detenido estudio del expediente de la Contraloría y de los nuevos elementos allegados por el Consejo, así como de las explicaciones presentadas por el recurrente, lo que adelante se expresa en relación con cada uno de los cargos que dieron origen al alcance cuya legalidad se examina:

Febrero.

Como las glosas formuladas a la cuenta de este mes por la cantidad de $ 60, fueron aceptadas por el cuentadante en su contestación al aviso de observaciones, y ningún reclamo subsiguiente presentó contra ellas, forzoso es confirmar este cargo.

Marzo.

Contiene dos cargos: el primero, por la cantidad de $ 94-25; y el último por $ 2-54. Respecto al primero dijo así la Contraloría al deducirlo:

"Se confirma el cargo por la suma de $ 94-25 valor de la cuenta de cobro del señor Heliodoro Casís, por el suministro de 6½ resmas de papel Edad Media, grueso, a $ 14-50 cada resma, por las razones aducidas sobre el particular, esto es, porque es un duplicado, al cual se le cambió la fecha, figurando el original en la cuenta del mes de julio del mismo año, por idéntico valor."

Lo explicó el responsable negando que la cuenta presentada sea un duplicado de la incorporada en los egresos de julio, como lo afirma la Contraloría, y manifestando que a Casís se le compró una cantidad considerable de aquel papel y que "para evitar las formalidades de los contratos por sumas mayores de $ 100 se optó, con anuencia del Contralor, por dividir las cuentas en varias de un mismo valor."

Sin embargo de que un argumento de la naturaleza del que queda expresado—cuyo único supuesto es la confesión paladina de que se burlaron las leyes reguladoras de la actividad fiscal y se echó mano de un procedimiento irregular y censurable—no puede tenerse válidamente como un descargo, se examinan a continuación las pruebas pedidas por el interesado para destruir la glosa de que se trata.

El señor Heliodoro Casís, en su declaración visible a los folios 68 v. y 69 del cuaderno principal, depuso así ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, comisionado por esta Sala para la práctica de la diligencia:

"En seguida se le pusieron de presente las cuentas firmadas por el declarante, que forman los folios 23, 24 y 25 de este cuaderno y después de examinarlas detenidamente, manifestó: 'que la firma que aparece al pie de las cuentas que se me ponen de presente, es la mía y la que uso y acostumbro en todos mis actos públicos y privados. Que la cuenta fechada el treinta (30) de marzo de mil novecientos veintisiete (1927) y que figura al folio 23 de este cuaderno es distinta de las de fechas veinticuatro (24) de julio y veinticuatro de marzo de mil novecientos veintisiete, que figuran a folios 24 y 25 de este cuaderno respectivamente. Que las cuentas de fechas veinticuatro (24) de julio de mil novecientos veintisiete (1927) y veinticuatro (24) de marzo del mismo año que figuran a los folios 24 y 25 del expediente, respectivamente, son, en mi opinión, ejemplares de una misma cuenta, principal y duplicado; que no puedo explicar la diferencia de fechas que aparece en estas cuentas ni el hecho de que la fecha de la primera, o sea la de veinticuatro de julio, esté escrita en una máquina distinta de la en que se escribió el resto de la cuenta. Que es cierto que para evitar la formalidad del contrato, se formularon cuentas parciales por menos de cien pesos ($ 100), con anuencia del doctor Palau.' "

Por lo que respecta a los comprobantes venidos a los autos a instancia de Reyes, aparece de su examen:

La que figura al folio 23 representa un valor de $ 94-25, por diez y seis y media resmas de papel Edad Media, grueso, de 70 por 100, a razón de $ 14-50 cada una. Es un ejemplar original, y su fecha 30 de marzo de

1927. En el folio siguiente se encuentra otra por el mismo concepto e igual valor de $ 94-25, también original, pero su fecha (julio 24 de 1927), está escrita en máquina distinta a la usada para el resto de la cuenta. A primera vista puede notarse que la palabra Bogotá y la fecha fueron puestas sobre otras palabras, que previamente se borraron cuidadosamente, pero que sin embargo dejó rasgos perceptibles. Al folio 25 se halla el ejemplar duplicado de esta última cuenta, pero fechada el 24 de marzo del mismo año de 1927. Que estas dos cuentas anteriormente aludidas son una misma—en forma principal y duplicada—no deja la menor duda, aun examinados los dos ejemplares de manera superficial, pues además de la identidad del texto, de la exacta correspondencia mecanográfica, etc., fácilmente puede observarse que las cantidades ($ 94-25) fueron superpuestas, en ambos ejemplares, a unas mismas cifras que no alcanzaron a hacerse desaparecer.

Tan de bulto quedó la maniobra de la suposición y adulteración en las cuentas en referencia, que no estimó oportuno el sustanciador someterlas a un examen pericial, innecesario por demás para los fines de un juicio de la naturaleza del presente, en el cual no se investiga la responsabilidad criminal en que pudo haber incurrido el autor de aquellos hechos, sino la simplemente administrativa, en interés del Fisco Nacional.

Como de lo expuesto en relación con este cargo no se deduce razón ninguna para levantarlo, y sí inequívocas pruebas de que la Contraloría procedió con todo fundamento en su formulación, también es el caso de mantenerlo.

De la suma de $ 2-54, cubierta por el responsable por concepto de transportes de unas mercancías, se tratará al examinar las glosas correspondientes al mes de julio.

Abril.

También se aplaza para la misma oportunidad el cargo de $ 37-58, que se dedujo al señor Reyes por haber pagado sin autorización una cuenta por esta suma a The Barranquilla Railway & Pier Co. Ltd., por transportes.

Dice la Contraloría, en relación con el segundo cargo, correspondiente a la cuenta de este mes de abril, que tampoco se acepta el egreso, valor del arreglo de unas máquinas de escribir, a favor del señor R. Russel, porque tanto esta cuenta como la que aparece en el mes anterior, están con fecha 12 de marzo de 1927 y se refieren a idénticos trabajos y suministros y no es creíble que se hubieran formulado dos cuentas de cobro, cuando la suma de las dos es inferior a la cantidad de $ 100.

Afirma el responsable que se trata evidentemente de dos cuentas distintas por la misma suma y añade que el señor Russel reparó gran cantidad de máquinas, tanto de escribir como de sumar, y que por tal causa presentó varias cuentas, algunas de un mismo valor. Para probar su afirmación pidió que la Contraloría enviara a esta superioridad los dos comprobantes suscritos por Russel, es decir, tanto el que figura en marzo como el que aparece en las cuentas de abril; y, además, solicitó declaración jurada de aquél para que dijera si se trata de dos cuentas distintas o de dos ejemplares por un mismo gasto.

Como el señor Russel no compareció a rendir la deposición solicitada, es preciso resolver el punto por lo que aparezca de los comprobantes presentados. A los folios 26 y 27 del cuaderno número 1, aparecen las dos cuentas de que viene hablándose, ambas en forma original, escritas en papel y máquinas distintas, pero con idéntica fecha e igual texto:

"Por limpiar, reparar siete máquinas de escribir y refaccionar los rodillos, cada una, $ 5 — $ 35. Valor de unos repuestos para las mismas máquinas, $ 9. Total, $ 44.—Bogotá, marzo 12 de 1927."

Como se sabe, la primera de estas cuentas fue incorporada en el mes de marzo, y la Contraloria no hizo objeción alguna a este gasto; pero glosó la del mes de abril por estimar que era una repetición de la anterior. De su parte, el responsable, no ha destruido el cargo, pues el examen de los comprobantes deja en pie los fundamentos de la oficina de control. Al interesado quedó fácil demostrar la evidencia del gasto con el testimonio de los mismos empleados de la Contraloria, pues no es bastante su afirmación de que "Russel reparó gran cantidad de máquinas tanto de escribir como de sumar." Por otra parte, la prueba indiciaria tenida en cuenta por la Contraloria, fundada en la identidad en el monto del gasto, del número de máquinas reparadas y de la clase de reparación en ellas efectuada, se robustece con la afirmación de que no existia motivo ninguno para que se hubieran dividido las cuentas, siendo así que su monto total—$ 88—no imponia el cumplimiento de requisitos especiales, de los cuales se hubiera querido prescindir. Ni tampoco se ve la razón para que, dividido el gasto, se hiciera cobrar en dos meses distintos. La prueba para aniquilar el cargo, corresponde darla al apelante y sólo cuando aquélla es legalmente suficiente puede el Consejo aceptarla para modificar o revocar el alcance. La insuficiencia en la probanza impone, necesariamente, el mantenimiento del cargo.

Mayo.

En el aviso de observaciones se dijo: "También se halla repetida en este mes la cuenta número 2809 de la Casa Arturo Manrique, pues en el de febrero quedó incorporada, y su valor reconocido, que es de $ 30. Por tanto, no se acepta el gasto y se deja a cargo del responsable esta cantidad." El señor Reyes, al contestar aquel aviso de observaciones manifestó que "la observación a la cuenta de Manrique hecha aquí es justa, el caso se debió a un error de los interesados al formular la cuenta, del cual no se apersibio (sic) el suscrito oportunamente." Sin embargo de esta espontánea aceptación, el apoderado del responsable, en memorial del 21 de abril de 1930, dirigido a esta corporación, niega tal cargo, e hizo venir al expediente los comprobantes respectivos, con el fin de justificar su impugnación.

Se examinan en seguida, así: Al folio 62 del cuaderno principal quedó la cuenta número 2809, de Arturo Manrique, que contiene la orden número 8681, por despacho de 10,000 fichas para Aduana a $ 3 millar y por valor de $ 90. Lo primero que cabe observar es que el valor real de esta factura—cuya fecha es la de 5 de febrero de 1927—no es el de $ 90, sino el de $ 30, con el cual lo aceptó la Contraloria, e hizo la incorporación correspondiente en dicho mes de febrero. En el folio siguiente figura la cuenta glosada, la cual lleva fecha 2 de junio y valor de $ 30, por el mismo gasto, o sean 10,000 fichas para servicio de Aduanas, Indudablemente esta factura es la misma que se hizo valer en el mes de marzo, pues a pesar de la diferencia de fechas, el número de la cuenta es el mismo (2809) y el mismo también el número de la orden (8681). Igual ocurre con la que quedó visible al folio 64: su fecha es la del 5 de febrero. Las facturas que se examinan representan, pues, un único gasto, aunque aparezcan formuladas por triplicado y se haya tratado de hacerlas valer, como egresos distintos, en tres meses diferentes. Para rechazar las dos últimamente examinadas, bastaría la simple consideración de que no es posible aceptar que dos facturas, expedida la una en el mes de febrero y la otra en junio, tengan igual numeración y

la misma orden de despacho, pues ello llevaría a aceptar que en la casa comercial de que se trata no hubo movimiento ninguno de facturas ni órdenes de despacho en el lapso de cinco meses. Por otra parte, la casa de Arturo Manrique, en carta de fecha 3 de octubre de 1929, dirigida a la Contraloría General de la República, cuyo texto puede verse al folio 14 del cuaderno número 2, afirma que la tántas veces aludida cuenta número 2809 aparece en su archivo como repetida, y anulada la primeramente expedida, lo que confirma ampliamente la razón de la Contraloría para hacer la objeción, y elevar a alcance a cargo del cuentadante por su valor.

Cosa semejante acontece con la segunda glosa de este mes, referente a la cuenta número 2845 de la misma casa, por suministro de libretas para boletines de defunción, por la cantidad de $ 96-60, la cual aparece cargada en el mes de abril y en el de mayo. Los dos ejemplares figuran a los folios 28 y 29 y sus fechas son la de 29 y 30 de marzo, respectivamente. Se hace necesario mantener el cargo, por las mismas anteriores razones, pues si se trata de dos facturas distintas, no es admisible que correspondan en el número de la orden y en el número de la cuenta, prescindiendo de la poderosa razón de que representan ambos ejemplares un mismo suministro, una misma cantidad, etc. Es evidente que ha sido repetida esta cuenta, a pesar de la negativa en contrario del recurrente, y el cargo, por tanto, debe subsistir.

En el examen del mes de julio se estudiará lo relativo a la glosa por la suma de $ 2-80, pagada por transporte de mercancías de Puerto Colombia a Barranquilla.

Junio.

La segunda glosa de este mes representa la cantidad de $ 1,252-75, y tiene los siguientes fundamentos, según las palabras de la Contraloría:

"Con relación a la cuenta de junio se aplazó la aceptación de varios egresos que se refieren a las cuentas de cobro presentadas por la tántas veces citada casa de Arturo Manrique, porque se ha comprobado, según dice la glosa, que esas cuentas de cobro están repetidas en este mes, habiendo quedado incorporadas y su valor reconocido en cuentas de meses anteriores, así:

En enero la cuenta número 2806, por valor de.....$	56.75
En enero la cuenta número 2802, por valor de.....	94.00
En enero la cuenta número 2803, por valor de.....	53.40
En enero la cuenta número 2805, por valor de.....	94.25
En enero la cuenta número 2798, por valor de.....	60.00
En enero la cuenta número 2799, por valor de.....	95.80
En enero la cuenta número 2800, por valor de.....	79.80
En enero la cuenta número 2801, por valor de.....	43.70
En enero la cuenta número 2807, por valor de.....	90.00
En enero la cuenta número 2804, por valor de.....	94.25
En enero la cuenta número 2797, por valor de.....	50.00
En febrero la cuenta número 2808, por valor de.....	90.00
En febrero la cuenta número 2812, por valor de.....	85.80
En febrero la cuenta número 2811, por valor de.....	75.00
En febrero la cuenta número 2810, por valor de.....	75.00
En febrero la cuenta número 2813, por valor de.....	85.00
En mayo la cuenta número 2809, por valor de.....	30.00
Suma..... .....$	1,252.75

Se confirma el cargo por la suma anterior por las mismas razones expuestas con relación a la cuenta de mayo anterior."

Para su descargo, dijo así el apoderado del responsable: "En la cuenta de junio se deja a cargo del responsable la suma de $ 1,252-75, valor de 17 facturas de la Casa Editorial de Arturo Manrique & Cía., por considerar, erróneamente, que los valores de esas cuentas se hallan incorporados en cuentas de meses anteriores, sin decir en cuáles. El responsable afirma que se trata de cuentas distintas, y explica así la existencia de varias cuentas de un mismo valor: Como la Contraloría contrató con la expresada Casa Editorial la impresión de gran cantidad de formularios, se convino, con anuencia del Contralor, en dividir las cuentas de cobro para evitar las formalidades de los contratos por sumas mayores de $ 100, pero el gasto se verificó realmente a cambio de los suministros que hizo la Casa.

"Por tanto, os pido que solicitéis de la Contraloría General de la República la remisión de las cuentas de cobro que enumera el fenecimiento número 2276 materia del recurso, así como las demás que se dicen incorporadas en meses anteriores, y una vez obtenidas por el honorable Consejo, pido que se haga comparecer al Gerente de la Casa Editorial de Arturo Manrique & Cía., señor Benjamín Triana Buenaventura, para que reconozca esos documentos y diga si se trata de cuentas originales o de duplicados, bajo la gravedad del juramento."

El señor Triana Buenaventura no concurrió a rendir la declaración que se le solicitó, y a petición del apoderado de Reyes, hubo de prescindirse de ella, según consta en el informe del Secretario del Tribunal Administrativo de Bogotá, entidad que fue la comisionada para el efecto.

Las cuentas en examen aparecen visibles a los folios 30 a 45 del cuaderno principal, y sin mayor esfuerzo se echa de ver que las observaciones de la Contraloría son fundadas. En efecto: Las señaladas con los números 2086 y 2797, son ejemplares repetidos, pero con distintas fechas, de las incorporadas en el mes de enero; las marcadas con los números 2808..... y 2813, se cargaron a la cuenta de febrero; y la número 2809 fue cargada en la cuenta de mayo. La incorporación de estas cuentas en julio implica un doble pago por concepto de un sólo y único gasto. Se repite aquí lo dicho al estudiar las glosas del mes anterior, o sea que correspondiendo exactamente el número de orden de las cuentas y el número de orden de los despachos en facturas de diferentes meses, hay que aceptar como un hecho cierto que ha habido repetición evidente en dichas cuentas.

Como prueba plena que sostiene la justicia del cargo y que sugiere la evidencia de que en el presente asunto se ejecutaron reprobables manejos por el cuentadante, se transcribe en seguida, íntegramente, el contenido de la carta de la Casa Editorial Manrique, aludida en otro pasaje de este mismo fallo. Dice así:

"Bogotá, octubre 3|29.

"Señor Contralor General de la República—E. S. D.

"En respuesta al atento oficio de usted, señalado con el número 4358, de fecha 30 de septiembre último, en el cual me pregunta usted si las cuentas por trabajos tipográficos que enumera en esa comunicación fueron presentadas con numeración repetida, tengo el placer de informarle así:

"Aparecen repetidas en mi archivo y anuladas las primeramente formuladas, las siguientes: Números 2516, 2517, 2518, 2519, 2806, 2802, 2803, 2805, 2798, 2799, 2800, 2801, 2807, 2797, 2808, 2811, 2812, 2810, 2813, 2809 y 2804. Las demás cuentas que enumera su oficio no aparecen en mi archivo como repetidas.

"A pesar de esto, no podría decirle con seguridad si estas últimas cuentas fueron también repetidas, aun cuando creo que nada tiene ello de imposible, porque el antiguo Pagador de la Contraloría, señor Reyes, solicitaba en mi oficina muchas veces que algunas cuentas le fueran reemplazadas con fecha distinta de la que se les había puesto al formularlas porque, según decía él, la partida asignada en el mes respectivo no alcanzaba para cubrirlas y había, por tanto, que ponerles una fecha distinta. Naturalmente, para el buen orden de mi contabilidad y de mi archivo, las cuentas que se reemplazaban eran anuladas en mi archivo o destruídas, aun cuando siempre se les ponía a las cuentas reemplazadas el mismo número de la cuenta anulada.

"Soy de usted muy atento y seguro servidor,

"Por Arturo Manrique (hay una firma ilegible), Gerente."

Julio.

En el aviso de observaciones número 1584, de 25 de abril de 1929, el Departamento de Contraloría objetó el gasto ocasionado por las siguientes cuentas de cobro:

A favor del Banco Alemán Antioqueño, en pago de la letra de cambio número 2461|29922, librada por la Casa Max. Bernhardth, de Hamburgo, por.....$	396.80
A favor del mismo Banco en pago de la letra número 1232|3490, girada por la citada Casa.....	142.24
A favor del mismo Banco por valor de la letra número 2425|16558, también girada por la Casa Bernhardth.....	145.00
Suma.....$	684.04

La razón de la glosa fue la falta de autorización por parte del Contralor para este gasto. El responsable contestó el cargo diciendo:

"Respecto al pago de las letras a que se hace referencia en esta glosa, se hace constar que ellas se refieren al valor de artículos que eran de propiedad del Gobierno, y de los cuales se consumieron en la Contraloría algunos como formularios, papel carbón, lápices, etc.; en el Juzgado 4º del Circuito en lo Criminal en donde se siguió causa al suscrito por tales importaciones, hay constancia de que en la Contraloría solicitó y octuvo (sic) permiso para retirar parte de tales artículos del depósito en donde se encontraban, con el objeto de destinarlos al servicio público."

La Oficina de Control no aceptó el descargo, y en el auto número 2276, que es el recurrido, elevó a alcance aquella suma, por no existir constancia alguna relativa a la autorización que se hubiera dado por ella para verificar el gasto ocasionado por el pago de las letras atrás mencionadas. Agrega: "Como las mercancías a que se refieren los giros pagados, de acuerdo con el detalle anterior, pertenecen a los señores Bercelio Becerra Araújo y Tiberio Reyes C., según transcripción contenida en la Resolución número 55, de fecha 12 de julio de 1928, de este departamento, no es posible aceptar ese egreso, que sólo sería admisible tratándose de carga oficial, por lo cual se confirma el cargo por la cantidad de $ 684-04, ya citada."

Ante el Consejo de Estado, en memorial del 21 de abril de 1930, el apoderado del señor Reyes dio una explicación más detallada sobre los

orígenes del cargo, y solicitó la práctica de varias pruebas encaminadas a desvirtuarlo. Se dice en el referido memorial:

"El agente de una casa extranjera productora de artículos de escritorio parece que se entendió con el entonces Contralor doctor Alfonso Palau, a quien le hizo ver lo conveniente que sería para el Estado el que éste introdujera directamente los artículos de escritorio para la Contraloría, en vez de comprarlos recargados en las papelerías de Bogotá. El Contralor encontró muy acertada la insinuación del interesado agente y le dio orden verbal a su subalterno señor Alfonso Reyes para que de acuerdo con el mencionado agente formulara algunos pedidos, y el sencillo y candoroso señor Reyes procedió a cumplir la orden de su superior sin exigirle que se la diera por escrito ni objetarle nada. Una vez llegada la mercancía el agente comisionista se presentó a cobrar su importe, y fue entonces cuando se cayó en la cuenta de que no había partida destinada a ese fin y de que se habían pretermitido varias formalidades de orden fiscal en la celebración del contrato, que debió perfeccionarse por conducto del Departamento de Provisiones. Surgía, pues, una responsabilidad para el Contralor que había autorizado la negociación, pero como el señor Reyes no tenía comprobante escrito de la orden, el mismo Contralor se apresuró a poner en conocimiento del Procurador lo hecho por el señor Reyes, cuidándose, naturalmente, de advertir que su subalterno había procedido en cumplimiento de una orden suya, y así fue como se le inició al señor Reyes un sumario inicuo. Cuando el informativo estaba perfeccionándose, el Contralor llamó al señor Reyes y a algunos miembros de la familia de éste para indicarles la urgencia de que pagaran esa mercancía pedida irregularmente, balagándolos con la perspectiva de hacer un buen negocio puesto que la mercancía podía venderse en Bogotá con un buen margen de ganancia. Los familiares del señor Reyes, haciendo grandes sacrificios, como hipotecando fincas y vendiendo otras, reunieron el dinero necesario y pagaron íntegramente el valor de la mercancía, parte de la cual había sido ya gastada por la Contraloría. En el pago que hicieron la madre, hermanos y cuñados del señor Reyes quedó comprendido todo: valor de los útiles de escritorio pedidos, derechos, transportes, etc., como consta en el acta de entrega de la oficina. Cuando la familia del señor Reyes verificó el pago, exigió, naturalmente, la entrega de la mercancía; pero entonces el Contralor les manifestó que no podía entregarse porque ella debía quedar en depósito para responder del manejo del señor Reyes, cuyas cuentas todas se ordenó revisar de nuevo. La glosa, pues, sale ya de los límites de lo justo."

Las pruebas que el interesado solicitó en relación con este punto, fueron las siguientes: copia auténtica de las actas de entrega de la oficina de la Contaduría Pagadora; copia del auto de sobreseimiento, de 27 de abril de 1928, dictado en el sumario que se siguió al cuentadante señor Reyes y al comisionista, señor Pablo E. Mariño; y declaraciones bajo juramento de los señores Bercelio Becerra Araújo y Tiberio Reyes C.

La práctica de estas pruebas fue decretada por el Consejo en auto que lleva fecha primero de julio de 1930, pero alguna de ellas no llegó al expediente hasta el día trece de julio del presente año, lo que explica en parte la demora sufrida en este negocio.

Por separado se consideran los elementos de prueba relacionados con la glosa de que se trata.

Prueba testimonial.

Según el dicho de los testigos Bercelio Becerra Araújo y Tiberio Reyes C., en sus declaraciones visibles a los folios 67 y 67 v. del cuaderno principal, aparece lo siguiente:

1º Que los declarantes, a solicitud del Contralor General de la República, doctor Alfonso Palau, intervinieron en un arreglo privado para que la familia del señor Alfonso Reyes cubriera el valor de unas mercancías importadas por éste, de orden verbal del Contralor, quien lo manifestó así a los declarantes;

2º Que éstos, con fondos de la familia Reyes, cubrieron íntegramente el valor de las dichas mercancías y los gastos ocasionados por el transporte de las mismas, y

3º Que el Contralor se comprometió con los deponentes a realizar todas las gestiones y llenar las formalidades fiscales necesarias, a fin de que el Gobierno tomara para sí las mercancías, reembolsándose de esta suerte del valor que por ella habían cubierto, pero que el doctor Palau —lejos de cumplir su compromiso—se dirigió al señor Procurador General de la Nación solicitándole su intervención en el asunto, una vez que se hizo pagar el importe de los pedidos.

Es una verdad incuestionable que esta prueba contribuye poco al esclarecimiento de los hechos, pues los testigos no señalaron cantidad ninguna como cubierta por ellos con causa en las mercancías, ni determinaron los gastos de transporte, ni indicaron siquiera la fecha y demás circunstancias dentro de las cuales se cumplió el arreglo privado a que hacen referencia.

Pero aparte de estas circunstancias que hacen muy escaso el mérito probatorio de tales deposiciones, ocurre una manifiesta inhabilidad legal en ellas. En efecto, el señor Tiberio Reyes—como hermano del responsable Alfonso Reyes—está impedido para declarar en el presente juicio, por expresa prohibición del artículo 669 del Código Judicial, ordinal 1º, en relación con el 672 de la misma obra, el cual contiene el siguiente precepto: "Los testigos inhábiles por incapacidad física, mental o moral, o por parcialidad proveniente de alguno de los parentescos indicados en el numeral 1º del artículo 669, no pueden ser presentados en juicio por ninguna de las partes." Está, pues, el Consejo en la obligación legal de rechazar esta testificación.

En cuanto al otro declarante, su testimonio es igualmente ineficaz, de conformidad con el artículo 670 del Código citado, ya que es pariente en segundo grado de afinidad con el señor Reyes; y este motivo, añadido al de su interés en deponer en favor de aquél—comoquiera que con ello se beneficia si se demuestra que pagó por él el precio de las mercancías origen de la glosa—es suficiente para invalidar su testimonio.

Prueba documental.

El día 3 de septiembre de 1927 empezó a practicarse una visita en las oficinas de la Contaduría Pagadora, a cargo del señor Reyes; y en esa fecha, según los pormenores que se consignan en el acta respectiva, cuya copia está visible a fojas 77 v., 78, 79 y 80 del expediente, debía existir un saldo en caja para dicho mes por la cantidad de $ 11,465-93. Para demostrar éste, el visitado presentó, además del comprobante de depósito en el Banco de la República por $ 417-44, varios recibos de pagos verificados, un legajo de cuentas de la Casa Arturo Manrique por un valor total de $ 5,362-87 y tres letras de cambio giradas por Max. Bernhardt & Cía., de la plaza de Hamburgo, contra el Departamento de Contraloría, por la suma total de $ 1,829-96.

Dice un pasaje del acta:

"Como el visitador no halló aceptable que se hubieran podido pagar al señor Manrique cuentas que llevaban fechas del mes de septiembre,

posteriores al día del arqueo, ni mucho menos las de octubre, se trasladó a las oficinas de dicho señor donde le fue informado por el señor Benjamín Triana, empleado superior de la casa del señor Manrique, que la Contraloría le estaba debiendo considerables sumas por valor de suministros hechos al Pagador señor Reyes. En vista de esto el Visitador le pidió una atestación sobre el particular, que le fue expedida en los términos siguientes: 'El Departamento de Contraloría me adeuda hasta hoy, septiembre seis de mil novecientos veintisiete, por trabajos ordenados y entregados, la suma de cinco mil trescientos setenta y dos pesos con ochenta y siete centavos moneda legal, que corresponden a mis cuentas formuladas desde el número 2847 hasta la 2917, faltando entre esta numeración algunos números que corresponden a cuentas pasadas a otras personas o entidades. La relación detallada y exacta hasta agosto 1927, la tiene el Pagador señor Reyes. Bogotá, septiembre 6|27. Por Arturo Manrique (firmado), *B. Triana.*'

"En posesión de este documento el Visitador puso en conocimiento del señor Contralor lo ocurrido y éste llamó en seguida a su Despacho al señor Reyes, quien expresó que efectivamente no había pagado las cuentas del señor Manrique, y que la falta que originaba la indebida inclusión de ellas en la existencia en caja, procedía de la inversión de esos dineros en el pago de otras letras de la mencionada casa alemana Max. Bernhardt & Cía., procedentes del valor de algunos pedidos que le había hecho de formularios y útiles de escritorio con destino a la Contraloría, pero que era su propósito incluir ese valor en las cuentas de los meses posteriores a fin de legalizar las erogaciones que había hecho con dinero de la caja. En tal virtud, el señor Contralor le ordenó que presentara todas esas letras y las facturas correspondientes para poder apreciar el verdadero estado de su caja y conocer la clase y cantidad de los artículos que había importado. Presentadas las letras se vino en conocimiento de que éstas alcanzaban al número de 15, por un valor de oro americano de $ 9,929-55, las que cubiertas al tipo de cambio del día de pago ascendían a un total de $ 10,166-25. El Visitador tomó los talonarios de las chequeras y pudo así constatar que evidentemente se habían pagado en las fechas y con los cheques que en seguida se indican:

"Letra número 1385, por $ 1,697-40, con cheque número 4444. Noviembre 15, por..... $ 1,744.08

"Letra número 1407, por $ 1,124-79, con cheque número 5150. Diciembre 21, por..... 1,147.29

"Letra número 1453, por $ 283-71, con cheque número 249. Enero 15, por..... 1,744.51

"Letra número 1477, por $ 1,426-60.

"Letra número 1521, por $ 343-84.

"Letra número 1489, por $ 119.29, con cheque número 587. Febrero 5, por..... 722.92

"Letra número 1528, por $ 245-61.

"Letra número 1461, por $ 185-98, con cheque número 1330. Marzo 14, por..... 190.63

"Letra número 1712, por $ 116-45, con cheque número 1970. Abril 21, por..... 119.80

"Letra número 1716, por $ 690-90, con cheque número 2031. Abril 22, por..... 709.90

"Letra número 1636, por $ 276-58.

"Letra número 1767, por $ 830-15, con cheque número 2847. Junio 6, por..... 1,570.22

"Letra número 1788, por $ 421-46.

"Letra número 1750, por $ 649-66, con cheque número 2689. Mayo 31, por.. .. ..$ 667.53

"Letra número 1889, por $ 1,517-13, con cheque número 4044, Agosto 5, por...... .... 1,549.37

"Letras por oro americano, $ 9,929-55, que ascienden en moneda corriente a... ... ...$ 10,166.25

"Presentó también el Pagador señor Reyes, algunas de las facturas de los artículos introducidos, alegando que las que faltaban debían estar en poder del señor Pablo E. Mariño, por haber hecho los pedidos de la mercancía por conducto de dicho señor, que es el agente en esta ciudad de la mencionada Casa Max Bernhardt & Cia."

Como explicación de lo ocurrido, dejó Reyes en la diligencia de que viene hablándose la siguiente constancia: "El Contador Pagador firma haciendo la siguiente aclaración: que por una ofuscación presentó las cuentas de la Casa Arturo Manrique al comprobar el saldo en caja, en el primer arqueo que se hizo, en vez de las letras a que hace referencia el acta, aclaración que hago con el fin de salvar mi reputación."

Estos graves hechos dieron lugar a un nuevo arqueo de caja el día 6 del mismo mes de septiembre, en el cual se obtuvo un resultado completamente distinto, pues el cuentadante para demostrar la existencia en Caja por la mencionada suma de $ 11,465-93, aparte de otros comprobantes que la Contraloría aceptó por hallarlos corrientes, presentó las letras de Bernhardt & Cía., atrás indicadas, por valor de $ 7,031-75, que aquel Despacho administrativo rechazó e imputó como alcance a cargo del empleado, por estimar que los pedidos de mercancías representados en tal suma de dinero, habían sido hechos sin consulta ni autorización del Contralor; y porque además, con vista de las facturas presentadas para justificar las cuentas, se encontró que se importaron artículos que no podían ser utilizados en ninguna de las dependencias de la Oficina de Control.

De la diligencia de visita resulta evidente que la diferencia observada como alcance fue consignada por el responsable en el Banco de la República el día 7 de octubre siguiente, quedando así a paz y salvo con el Fisco por el importe de las aludidas letras. Pero en lo que respecta a las glosas del mes de julio, por concepto de otras tres letras de la misma Casa Bernhardt, referentes a despachos de mercancías, expresamente quedaron fuera de este arreglo de cuentas, como pasa a verse. En el acta se lee: "Además, conviene hacer constar aquí que en la cuenta del mes de julio del corriente año, incorporó el señor Reyes como egreso las siguientes letras pagadas también con fondos de la Caja:

Letra número 1835, por $ 145-00, con cheque número 3696. Julio 4, por... ....$ 553.31

Letra número 1860, por $ 396-80.

Letra número 1932, por $ 60-57.

Letra número 1963, por $ 81-67 (con dinero efectivo).... 142.24

Valor total...... ....$ 695.55

"La partida anterior, que le será glosada por carecer de legalización en el examen que practiqué a la cuenta respectiva la Auditoría de Cundinamarca, debe ser agregada a la de $ 7,031-75, total de los egresos no justificados, lo que hace que ascienda la suma a cargo del Pagador señor Reyes, a la cantidad de $ 7,727-30."

Es de notar que la diferencia de $ 11-51 entre la cifra previamente observada ($ 695-55) y la elevada a alcance en el examen definitivo de

ras cuentas del mes de julio ($ 684-04) se origina en el hecho de haber cubierto Reyes el valor de dos letras—por $ 145 y $ 396-80—con un cheque por $ 553-31, debiendo haberlo hecho tan sólo por la cantidad de $ 541-80. Pero este error no interesa dentro de las cuestiones debatidas en el juicio.

Ahora bien, establecido como quedó atrás que el señor Reyes no hizo el reintegro de la referida suma de $ 684-04, y por este motivo se le dedujo el alcance respectivo en julio, resta saber si ha probado que el Contralor dispuso de mercancías por un valor igual a aquella suma, como lo afirma el interesado en su contestación al aviso de observaciones formulado por la Contraloría, y su apoderado en el escrito de alegación ante esta entidad superior.

En el acta de la diligencia de entrega de la Contaduría Pagadora, verificada el 18 de noviembre de 1927, con la concurrencia del señor Reyes y de su sucesor en el cargo, no se encuentra dato ni referencia alguna sobre este particular, aunque es del caso hacer notar que dicha acta, o su copia, no vino al expediente en forma adecuada, pues no aparecen en ella ni las firmas de las personas que intervinieron en la diligencia ni fue expedida con la autenticación de rigor. Pero como adelante se verá, en nada influye lo que con este documento pudiera demostrarse para la solución del problema que se estudia, o sea si la Contraloría se ajustó o nó a las prescripciones fiscales al declarar como alcance la partida de que se trata.

Tampoco la copia del auto de sobreseimiento, proferido por el Juzgado 4º del Circuito en lo Criminal, en favor del señor Reyes y del señor Pablo A. Mariño, con quien celebró aquél el negocio de las mercancías de que se trata, en su calidad de agente o representante de la Casa Bernhardt, arroja luz ninguna sobre el particular. Se dice allí solamente, en relación con el punto cuestionado:

"Adviértese a primera vista de los autos, que el señor Reyes gozaba en su sección de una completa autonomía y de una falta absoluta de control y que en la provisión de los elementos para el servicio respectivo, estaba allí erigido y tolerado aquel tan funesto como difundido sistema llamado por antitesis *legalización*, y que consiste en dar apariencias de legal a aquello que se hizo contra las previsiones de la ley. Allí se podía hacer compras, pedidos, contratos de suministro, etc., mayores de la suma de cien pesos sin que se cumplieran las formalidades legales de la subasta por el Departamento de Provisiones de la Nación, y así se explica, después de este primer paso, que se encuentren en este camino muchas irregularidades. Pablo Mariño, agente de una Casa extranjera, hizo algunas gestiones verbales ante el Contralor doctor Alfonso Palau, para que se le comprasen algunos artículos de su negocio. Parece que el señor Palau autorizó un pedido parcial por vía de ensayo, y entonces, Mariño formuló varias notas de pedido de varios objetos que fueron aceptados por Reyes en su carácter de Contador Pagador del Departamento de Contraloría.

"Movido por cierta alarma que produjo la versión de que el Contador Reyes giraba en descubierto a cargo del Banco de la República, ordenó el Contralor practicarle una visita de la cual resultó que estaban sin pagar unas cuentas por suministros hechos por una casa de comercio, cuyo valor pasaba de cinco mil pesos en total, pero todos ellos menores de cien pesos y cuyas fechas estaban anticipadas en varios meses, según el sistema de que se ha hablado de *legalización* y que, además, para justificar las faltas de una suma de dinero presentó las notas de pedido y letras ya pagadas relacionadas con el negocio de Mariño. Pero consta, además, que no estando seguro el Visitador de la legalidad de esas inversiones, exigió por iniciativa del Contralor la presentación del

saldo de dinero efectivo, lo que se hizo antes de terminar la diligencia de visita. Aclarados los hechos por medio de las declaraciones del Visitador y del Contralor, resultó que éste no queriendo aceptar sin examen las mercancías compradas exigió su valor, el cual fue entregado y que sólo retuvo y depositó las mercancías por vía de previsión de cualquier posible alcance. Ahora bien: En tales circunstancias y para los efectos penales, hay que convenir que esa mercancía, pedida por un empleado, traída, por el conducto legal con la intervención de los empleados que la ley previene y pagada con fondos nacionales, dejó de ser propiedad de la Nación para ser de la pertenencia del empleado a quien se ordenó reintegrar su valor con el ofrecimiento de que ella le sería entregada cuando se estudiara su cuenta si no hubiere saldo a su cargo. De todo el informativo resulta que no existe suma alguna a cargo de Reyes, y por el contrario, allegada al final de esta actuación el acta final de entrega resulta que, prescindiendo en absoluto de estos valores y efectos materia de la investigación, dicho empleado está a paz y salvo con el Erario Nacional."

No ha probado, pues, desde ningún punto de vista sus descargos el cuentadante. Ni siquiera demostró que la Contraloría dispuso de las mercancías importadas, o de parte de ellas, luégo de haber exigido al señor Reyes su valor, lo que daría a éste acción para reclamar su precio ante el órgano jurisdiccional competente, pero que en manera alguna desvirtúa el alcance que se le dedujo por haber cubierto con fondos del Erario Nacional gastos ajenos al servicio público.

No habiendo acreditado que los egresos causados por las importaciones de que ha venido hablándose se hicieron con la debida autorización y con el lleno de las formalidades señaladas en las leyes que rigen esta clase de actos, obvio es que hubo razones fundadas y motivos suficientes para hacer responsable al señor Reyes de los alcances deducidos a sus cuentas.

Las mismas razones concurren para mantener los cargos siguientes, originados por el transporte de aquellos artículos. Representan ellos egresos no justificados, por un total de $ 51-32, y que corresponden a glosas de marzo, abril, mayo y agosto.

No se encuentra en este proceso un solo elemento que demuestre o siquiera induzca a atenuar la responsabilidad del señor Reyes, en su condición de empleado de manejo, de los cargos formulados por la Contraloría. Por el contrario, del detenido estudio realizado por el Consejo, la legalidad y justicia de la providencia recurrida se afirma y acentúa de modo pleno.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Confírmase en todas sus partes la providencia recurrida, por medio de la cual se fenecieron las cuentas de enero a octubre de mil novecientos veintisiete (1927), de la Contaduría Pagadora de la Contraloría General de la República, con alcance de dos mil trescientos veintiún pesos noventa y seis centavos ($ 2,321-96), a cargo del responsable señor Alfonso Reyes, y

2º Sáquese copia de lo conducente para que por la autoridad competente se investiguen los delitos que hubieran podido ejecutarse en la oficina pagadora.

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

Carlos Lozano y Lozano — Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Elección de Tesorero Municipal

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

En ninguna ley se le otorga al Consejo de Estado la atribución de conocer de las demandas de las elecciones que verifiquen los Concejos Municipales. Tampoco a los Tribunales de lo Contencioso les está atribuída esa competencia. Todo ello implica—indudablemente—una anomalía muy grave.

Consejo de Estado — Bogotá, agosto veintiséis de mil novecientos treinta y siete.

El Tribunal Administrativo de Pasto, por sentencia de fecha 15 de febrero del corriente año, declaró la nulidad de la elección que el Concejo Municipal de aquella capital hizo en el señor Luis Bastidas Bastidas para el cargo de Tesorero del Distrito, en lo que se refiere al período legal de 1937.

Apelado el fallo de primera instancia por el interesado, quien previamente se había hecho parte en el juicio y admitido como tál, se ha surtido en esta superioridad el trámite de segundo grado.

El recurso se decide mediante las consideraciones que siguen:

En el expediente obra la plena prueba de que en la sesión del día 4 de noviembre anterior, el mencionado señor Bastidas Bastidas fue elegido por el Concejo de Pasto Tesorero Municipal para el resto del período de 1936 y para el correspondiente al año en curso. Las actas respectivas, en copias debidamente autenticadas, acreditan en forma suficiente estos hechos.

También aparece de autos que el Concejo no cumplió con la formalidad de señalar previamente—como lo ordena el Decreto número 49 de 1932—la fecha y la hora en que debía hacerse el nombramiento por aquella corporación. En efecto, sólo se limitó a fijar, por medio de la proposición número 263, aprobada en la reunión del 31 de octubre, la próxima sesión para verificar el acto electoral de que se trata.

De acuerdo con la prescripción del artículo 5º, Ley 5ª de 1929 "los Concejos Municipales no podrán hacer los nombramientos que, según la Ley son de su incumbencia, antes de los treinta días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas nombradas deben entrar a ejercer el cargo." La fecha inicial del período de los Tesoreros Municipales es, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 del C. de R. P. y M., el primero de enero de cada año, de suerte que sólo dentro del preciso término de los treinta días que anteceden a esta fecha—o sea a contar del 2 de diciembre inmediatamente anterior—puede hacerse válidamente la elección de aquel empleado. La elección efectuada antes contraría este mandato legal y acarrea la nulidad del acto (última parte del citado artículo 5º).

De otro lado, la demanda se presentó por persona hábil y en la oportunidad exigida por la Ley 80 de 1935, en su artículo 8º

El señor Fiscal del Consejo, en su vista de fondo es de concepto que debe mantenerse la sentencia recurrida, aunque hace reserva expresa en lo que concierne al procedimiento seguido en la tramitación del juicio. Dice:

"El señor Luis Bastidas Bastidas, en sesión del día 4 de noviembre de 1936 del Concejo Municipal de Pasto fue nombrado Tesorero Municipal para el resto del período de 1936, esto es, para el término comprendido entre los meses de noviembre y diciembre de ese año, y para el período de 1937, el cual principia el 1º de enero y termina el 31 de diciembre.

En cuanto a la elección para el resto del período de 1936, no hay controversia en este juicio. Pero el Concejo no podía en esa fecha, extender el nombramiento para el período de 1937, por expresa prohibición del artículo 5º de la Ley 5ª de 1929 que prohibe, con la sanción de la nulidad, la elección cuando se hace antes de los treinta días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas nombradas deben entrar a ejercer el cargo.

Por este aspecto debe confirmarse la sentencia del Tribunal *a quo*, máxime cuando la designación para los dos períodos se hizo en el mismo acto.

Es verdad que este negocio fue sustanciado de acuerdo con los trámites propios del juicio electoral y que el honorable Consejo de Estado tiene sentadas jurisprudencias en virtud de las cuales sólo son aplicables las disposiciones contenidas en la Codificación Electoral en negocios de esta índole. Si se aplicaran estas tesis, no habría lugar a declarar la nulidad demandada, porque ella no está erigida como causal en el ramo Electoral. Pero como existe una disposición expresa consignada en el Código Político y Municipal, de rigurosa aplicación, estimo yo que la elección de Personeros debe reconocerse como un acto administrativo de los Concejos, como un acto de nombramiento y no como una elección electoral propiamente dicha."

Es evidente que en repetidas ocasiones ha decidido el Consejo que son actos electorales los que ejecutan las entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal para la provisión de los cargos que deben hacer conforme a la Constitución o la ley; y que las demandas de nulidad por dichas elecciones no siguen el procedimiento señalado en la Ley 130 de 1913, para los actos administrativos de otra naturaleza, sino el indicado en las disposiciones especiales que rigen la materia electoral.

Consecuente con esta jurisprudencia, cuyos fundamentos sería inútil repetir aquí, el Tribunal Administrativo de Pasto sujetó el caso de autos a las reglas del procedimiento electoral, y por este aspecto no hay objeción ninguna que hacer.

Pero no ocurre lo mismo por el extremo de la competencia que pueda tener la jurisdicción contencioso administrativa para conocer y decidir el negocio. En efecto, la competencia en asuntos electorales la tiene el Consejo de Estado por disposición y dentro de los precisos límites señalados por las leyes (artículos 189 y 199 de la Ley 85 de 1916, 11 de la 25 de 1928, 5º de la 70 de 1930 y 1º de la Ley 70 de 1917), y en ninguna de ellas se le otorga la atribución de conocer de las demandas de las elecciones que verifiquen los Concejos Municipales. Tampoco a los Tribunales de lo Contencioso les está atribuida esa competencia, todo lo cual implica—indudablemente—una anomalía muy grave, desde luégo que actos de tan singular importancia como éstos, quedan fuera del alcance de la protección jurisdiccional. Y es oportuno consignar

aquí que el problema adquiere mayor interés si se considera que en la esfera de las corporaciones departamentales y nacionales ocurre cosa igual. En efecto, la elección de ternas para Notarios y Registradores, de miembros de Juntas administrativas, de designados a la Presidencia de la República, de miembros de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, de Magistrados del Tribunal de Aduanas, etc., no son susceptibles—dado el silencio de la ley al respecto—de recurso alguno ni contencioso administrativo ni judicial.

En sentencia de fecha 15 de noviembre de 1935, dijo la corporación lo siguiente, en relación con la materia:

"Factor primordial en la solución de este asunto, es el de la competencia que tenga la Sala de Negocios Electorales del Consejo de Estado para emitir pronunciamiento de fondo. El señor Fiscal en su vista de 23 de febrero último, plantea el problema del modo siguiente:

"Para que un Tribunal pueda conocer de un negocio, es necesario que el legislador le haya atribuido, de manera expresa, la jurisdicción correspondiente. En ningún caso la jurisdicción se puede deducir por analogía, porque se correría el grave riesgo de usurparla, conforme a lo establecido en el artículo 148 del Código Judicial.

"Las funciones del Consejo de Estado en materias electorales y su competencia se hallan determinadas debidamente en los artículos 189 y 199 de la Ley 85 de 1916, 11 de la Ley 25 de 1928, 5º de la Ley 70 de 1930 y 1º de la Ley 70 de 1917, y como en ninguna de estas disposiciones se le confiere la facultad de conocer de las demandas sobre elecciones que haga el Senado de la República para miembros principales y suplentes de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, se deduce que el Consejo debe declararse inhibido para conocer de la presente demanda, porque no tiene la debida jurisdicción atribuida expresamente por las leyes."

No está demás señalar que si el punto a que se refiere la anterior decisión jurisprudencial del Consejo de Estado pudo haber sido objeto discutible entonces, hoy esa jurisprudencia queda robustecida y reafirmada por haber sido derogado el artículo 13 de la Ley 7ª de 1932, por la 187 de 1936, artículo 6º

Por todas estas razones, es el caso de dar cumplimiento al artículo 488 del Código Judicial, por cuanto hay incompetencia de jurisdicción en el inferior para conocer del presente negocio.

Por estas razones, el Consejo de Estado

RESUELVE:

Póngase en conocimiento de las partes la causal de nulidad observada, y notifíquese personalmente esta providencia. (Artículo 455 del Código Judicial, inciso final).

Para tal efecto, se comisiona al Tribunal Administrativo de Pasto, librándosele despacho con los insertos correspondientes.

Surtida la notificación, vuelva a la Sala.

Término: cinco días, más la distancia.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Exploración y explotación de petróleos

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

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

Para los efectos del artículo 49 de la Ley 37 de 1931, ha llegado a esta corporación, originario del Ministerio de Industrias y Trabajo, el contrato celebrado por este Despacho—a nombre del Gobierno Nacional—con el señor Bernardo Mora, representado por el doctor Ernesto Vasco Gutiérrez, que se firmó en esta ciudad el 22 de febrero del corriente año, contrato que tiene por objeto la exploración y explotación del petróleo de propiedad nacional, que se encuentre en el lote de terrenos baldíos situado en el Municipio de Bolívar, Departamento de Santander del Sur, de una extensión de 50,000 hectáreas y comprendido dentro de los siguientes linderos: Partiendo de un punto denominado *Anca de Caballo*, en la margen derecha del río Hermitaño, cuyas coordenadas son: longitud 0º20'26"55 al W. de Bogotá, y latitud 6º4'41"29 al N., con un error medio probable de 0'477, se sigue en línea recta con rumbo verdadero N. 20º E. en una longitud de veintiún mil doscientos noventa metros (21,290 m.); de este punto se sigue en línea recta con rumbo verdadero S. 70º E. en una longitud de veinticinco kilómetros (25 km.); de aquí se sigue en línea recta con rumbo verdadero S. 20º W. y longitud de veintiún mil doscientos noventa metros (21,290 m.); de aquí con rumbo verdadero N. 70º W. se sigue en línea recta en longitud de seis mil setecientos metros (6,700 m.) a dar al río Hermitaño; y de aquí Hermitaño aguas abajo hasta *Anca de Caballo*, punto de partida.

En el expediente constan estos antecedentes:

a) El doctor Alberto Zuleta Angel, con el carácter de apoderado del señor Bernardo Mora, de nacionalidad colombiana y del domicilio de Medellín, formuló el 19 de noviembre de 1935 ante el Ministerio de Industrias y Trabajo propuesta de contrato para la exploración y explotación del petróleo de propiedad del Estado que se halle en el lote descrito;

b) Se cumplieron las formalidades de ley, y por resolución del 9 de septiembre del año anterior, se aceptó dicha propuesta, a la cual se le dio la tramitación administrativa que le corresponde, de conformidad con los artículos 26 de la Ley 37 de 1931 y 72 del Decreto número 1270 del mismo año, no habiéndose hecho oposición ninguna dentro de la oportunidad señalada por el inciso 2º del citado artículo 26;

c) En memorial de 23 de enero último, el señor doctor Ernesto Vasco Gutiérrez, como apoderado sustituto del proponente señor Mora, manifestó que se allanaba a celebrar con el Gobierno el contrato de que viene hablándose, con lo que quedó ratificada la propuesta formulada por el doctor Zuleta Angel;

d) Por auto del 2 de febrero anterior el Ministerio ordenó seguir el curso de la propuesta, la cual culminó en la celebración del contrato sobre el cual recae el presente dictamen del Consejo de Estado.

El contrato consta de ocho (8) cláusulas, y en ellas están contenidas todas las estipulaciones establecidas por las leyes y decretos sobre la materia, en la siguiente forma:

1º La negociación comprende solamente los baldíos existentes dentro del lote cuya alinderación se determinó y los que hayan sido adjudicados como baldíos por el Gobierno con posterioridad al 28 de octubre de 1873, si hubiere tierras de esta clase dentro de dicho lote. Se expresó que los derechos legítimamente adquiridos por terceros, con anterioridad al presente contrato, no quedan afectados con sus estipulaciones, siendo entendido que la Nación no se obliga a prestación ni indemnización alguna a favor del contratista en el evento de que un tercero demuestre en forma legal tener derecho sobre el petróleo materia del contrato, circunstancia que se hace constar de modo expreso para dar cumplimiento al artículo 74 del Decreto 1270 de 1931, en relación con el 30 de la Ley 37 del mismo año, de donde se tomó literalmente.

2º La cláusula 2ª se contrae al régimen legal de la convención celebrada, y se dijo allí que el contrato queda regido de manera absoluta e incondicional por todas y cada una de las disposiciones pertinentes de las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 y de los Decretos reglamentarios números 1270 y 1391 del mismo año, disposiciones que constituyen cláusulas de la presente negociación y se consideran incorporadas en ellas, quedando íntegramente aceptadas por las partes contratantes sin reserva ni limitación alguna, sometiéndose a todas y cada una de ellas.

En virtud de observaciones del Consejo de Ministros el parágrafo de la cláusula 2ª quedó modificado por voluntad de las partes contratantes, en la siguiente forma: "En cuanto a los traspasos de este contrato, el Contratista se someterá, además, a lo previsto al respecto en el inciso segundo del artículo único del Decreto número mil cuatrocientos once, de julio treinta y uno de mil novecientos treinta y siete, por el cual se reglamenta el artículo tercero de la Ley ciento sesenta de mil novecientos treinta y seis, y que dice así: 'Una misma persona podrá obtener por traspaso uno o varios contratos de exploración y explotación hasta completar las cincuenta mil (50,000) hectáreas autorizadas en la ley para estos casos, pero el Ministerio de Industrias podrá negar la autorización cuando a juicio del Gobierno el traspaso conduzca a sobrepasar el límite fijado en la ley o a disminuir la eficacia de ésta o a contrariar o a violar su espíritu aunque sea con apoyo en su propio texto, mediante cualquier clase de combinaciones directas o indirectas entre las personas naturales o jurídicas interesadas en el traspaso. En todo contrato se insertará el anterior inciso, para que figure como cláusula de él.'"

4º La cláusula 3ª señaló como fecha inicial para contar los plazos legales de los períodos de exploración y explotación, el día en que el Consejo de Estado declare definitivamente que el contrato está ajustado a las disposiciones legales.

5º En acatamiento a los preceptos de la Ley 37 y del Decreto 1270 de 1931, se consignaron las siguientes estipulaciones especiales, así:

a) El Gobierno se reserva la facultad de tomar los pozos que contengan helio u otros gases raros (artículo 2º de la Ley, y 1º del Decreto ya mencionados).

b) El contratista quedó obligado a ocupar empleados y obreros colombianos, y la proporción de éstos así como el régimen general de la empresa se sujetan a las disposiciones de la Ley 37 de 1931, artículo 6º, Decreto 1270, artículo 8º, y Ley 149 de 1936. Se estipuló, además, en relación con esta materia: que durante los períodos de exploración y explotación, el 85 por 100, por lo menos, de los obreros serán colombianos; que todos los empleados y obreros serán de libre nombra-

miento y remoción por parte del contratista, sin que por esto puedan ser alterados los porcentajes legales; que si por falta de personal colombiano en algún tiempo, no pudiere el contratista cumplir las condiciones de que trata el aparte *b*) de la cláusula 3ª, lo informará así al Ministerio de Industrias y Trabajo con los comprobantes del caso, los que serán calificados por aquel Despacho para excusar temporalmente al contratista del cumplimiento de la obligación de que se trata; que los colombianos tendrán preferencia para ser ocupados como empleados superiores en todas las dependencias de la empresa, siempre que su competencia no sea inferior a la de los extranjeros y en las condiciones que se dejan estipuladas; que igualmente los obreros colombianos, cuando no sea necesario competencia técnica, y aun en este caso, si la competencia es la misma, serán preferidos a los extranjeros; y que, finalmente, el contratista se obliga a dar estricto cumplimiento a las leyes, decretos o resoluciones y reglamentos que actualmente rigen o que en lo futuro se dicten sobre el trabajo, protección obrera e higiene, y a construir los edificios para los empleados, trabajadores y para maquinarias que se empleen, dando cumplimiento a las mismas disposiciones.

c) Para los casos previstos en el artículo 2º de la Ley 160 de 1936, la designación del perito tercero la harán los otros dos peritos como lo dispone dicho artículo, y si no pudieren ellos ponerse de acuerdo, la elección se hará por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia; y, en los casos de que trata el mismo artículo 2º se adoptará un procedimiento análogo al establecido para el juicio de arbitramento en las disposiciones pertinentes del Código Judicial. La decisión de los peritos tendrá, en consecuencia, fuerza de sentencia con autoridad de cosa juzgada sobre la cuestión o cuestiones sometidas a su dictamen.

d) De acuerdo con el artículo 21 del Decreto 1270 mencionado, el contratista quedó autorizado para mantener en los yacimientos el petróleo que debe almacenar, pero siendo entendido que al pagar las regalías en este caso, como en todos, entregará petróleo de la misma calidad comercial del que el contratista haya beneficiado o exportado (Ley 37 de 1931, artículo 10, inciso 2º).

e) En conformidad con el artículo 14 de la misma Ley, y 32 del Decreto 1270, quedó señalado en tres (3) el número de alumnos que reciban permanentemente enseñanza técnica gratuita en la empresa; el Gobierno los elegirá y gozarán de una remuneración que para cada alumno se fijará de común acuerdo, para períodos de año en año, por el Gobierno y el contratista, según los trabajos que el alumno haya de ejecutar. Tales alumnos serán cambiados por el Gobierno, a petición del contratista, si en concepto de éste no cumplieren con sus deberes u observaren mala conducta.

f) Doce meses antes de vencerse el período inicial de exploración de que trata el artículo 4º de la Ley 160 de 1936, tendrá instalado el contratista por lo menos un equipo completo de perforación, el cual mantendrá ejecutando, con la debida asiduidad y constancia, perforaciones en el subsuelo de los terrenos materia del contrato, inclusive el de las prórrogas si las hubiere, con arreglo a la disposición citada.

g) Confiere al contratista, si en su concepto las necesidades de la empresa lo exigieren, la facultad de solicitar del Gobierno que alguna área del terreno a que se refiere la cláusula 1ª del contrato no sea ocupada con colonos, y el Gobierno resolverá la solicitud respectiva dentro de los treinta (30) días siguientes a ella; y si no lo hiciere así, queda el contratista con la facultad de impedir la ocupación por los medios legales. El acuerdo sobre no ocupación de zonas se hará conforme lo dis-

pone el artículo 62 del Decreto 1270 y artículo 19, inciso 3º, de la Ley 37.

h) Versa sobre el régimen general de los trabajos, y quedó estipulado que el contratista se obliga a emplear en los que ejecute métodos y sistemas técnicos y apropiados, sometiéndose expresamente a los reglamentos de trabajos petroleros que expida el Gobierno, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 37. Se estipulan, además, las obligaciones especiales que adquiere el contratista, a efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 32 de la Ley 37 y en el inciso 2º del artículo 75 del Decreto 1270.

i) Se refiere al avalúo de las regalías sobre la gasolina natural y se dejó establecido en este numeral que se señalará como base del precio efectivo que tenga cada galón comerciable (galón americano, patrón o standard), de un producto similar en el mercado de Puerto Arturo (Texas), Los Angeles (California) o Tulsa (Oklahoma), a elección del Gobierno. Cuando el Gobierno cobre en especie su regalía sobre la gasolina natural, el pago lo verificará el contratista en el lugar de producción y por trimestres vencidos; cuando cobre en dinero la regalía, el pago se hará por mensualidades vencidas; y cuando el precio efectivo de la gasolina fluctúe durante el periodo por el cual deba hacerse el pago en dinero, se tomará el promedio ponderado de los diversos precios que hubiere tenido el artículo en el mercado señalado según este numeral. El Gobierno dará aviso al contratista con no menos de seis (6) meses de anticipación del modo como hará uso de las opciones en su favor acordadas.

j) Se establece como mercado regulador para el caso previsto en el artículo 34 y en el inciso 3º del artículo 31 de la Ley 37, aquella plaza extranjera para la cual se haya despachado y vendido efectivamente en mercado abierto la mayor cantidad de petróleo crudo proveniente de los campos de explotación del contratista. Se dispone, además, la manera de determinar el mercado regulador, en los diversos casos que puedan presentarse en relación con este punto.

k) Fija la manera, tanto para el Gobierno como para el contratista, de verificar el cambio del mercado regulador, tanto para el petróleo crudo como para la gasolina natural.

l) Estipula que a la terminación del contrato, todos los elementos muebles que no comprare el Gobierno de acuerdo con el derecho que le dan los artículos 25 de la Ley 37 y 70 y 71 del Decreto 1270, y que durante el año siguiente a la terminación del contrato no fueren retirados por el contratista de las zonas o inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso facto a propiedad de la Nación como accesorios de dicha empresa y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista, y el Gobierno podrá tomar posesión de ellos al vencimiento del plazo expresado. En cuanto a los lotes que devuelva el contratista, de acuerdo con el inciso final del artículo 3º de la Ley 160 de 1936 y 52 y 53 del Decreto 1270, serán entregados completamente libres y pasarán al dominio de la Nación cualquiera obra o mejora del contratista que quede en ellos, pudiendo el Gobierno tomar posesión inmediata de tales cosas.

ll) Se establece que el contratista no tendrá derecho a adjudicación de baldíos dentro del área de la concesión por razón de ninguna obra o mejora que realice ni puede enajenar tales obras para que otra persona obtenga adjudicación de baldíos, ya que todos esos bienes deben pasar a la Nación en virtud de la reversión de que trata la ley.

m) Se dispone que la notificación de las causales de caducidad del contrato, quedará hecha por la publicación en el *Diario Oficial* de la providencia del Ministerio.

n) Fija el mínimum de inversiones que deberá hacer el contratista,

una vez empezado el período de explotación y las demás condiciones a que deben sujetarse las inversiones en las diversas etapas de la ejecución del contrato.

6º La cláusula 5ª establece que no podrá impedir ni estorbar el contratista la navegación cuando realice exploraciones o explotaciones en los lechos de los ríos, lagos y ciénagas que se hallen dentro de la concesión.

7º La cláusula 6ª señala la reserva que hace el Gobierno de su derecho de explotar por sí o por intermediario, cualesquiera otra sustancia mineral diferente del petróleo que exista o pueda existir dentro del área de la concesión.

8º La cláusula 7ª se refiere a estipulaciones sobre canon superficiario y fianza. Se entiende—dice el contrato—que si del plano que el contratista ha de presentar, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 21 de la Ley 37 de 1931, aparece que el área de la zona contratada es mayor o menor de la de que trata la cláusula primera de este instrumento, el canon superficiario que el contratista debe pagar anualmente al tenor de los artículos 19 de la Ley 37 y 4º de la Ley 160 de 1936, queda subordinado a lo que de tal plano resulte. En relación con la fianza que debe prestar el contratista, estará igualmente sujeta a aumento o disminución por razón de la mayor o menor extensión superficiaria que resulte de los planos definitivos, pero en ningún caso la fianza será menor de $ 25,000.

7º La cláusula octava, última del contrato, señala al concesionario la obligación de constituir en Bogotá, durante todo el término de aquél, un apoderado con las más amplias facultades, e igualmente se somete a que todas las obligaciones provenientes de este negocio le sean exigidas en la misma ciudad de Bogotá.

La Junta Asesora de Petróleos rindió concepto favorable a la celebración del contrato, como puede verse en la certificación del folio 95 del expediente, que dice así: "La Junta Asesora de Petróleos después de haber estudiado y discutido el contrato firmado por el Ministro de Industrias y Trabajo el día 22 de febrero próximo pasado, con el doctor Ernesto Vasco Gutiérrez, apoderado del señor Bernardo Mora, para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un lote de terreno que mide 50,000 hectáreas en jurisdicción del Municipio de Bolívar en el Departamento de Santander, declara que el contrato está conforme con las disposiciones legales y da su concepto favorable a él."

Fue constituida fianza prendaria a favor del Gobierno Nacional por la cantidad de $ 50,000, representada en los siguientes papeles de crédito: en 29 bonos de mil pesos cada uno del Banco Agrícola Hipotecario del 6 por 100 y en 21 bonos de igual valor nominal y del mismo Banco, del 7 por 100. Los documentos relativos a la caución se encuentran debidamente aparejados en el expediente, a los folios 107, 108, 109 y 110.

De otro lado aparece que dicho contrato fue aprobado por el señor Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros. En su formación, pues, se han cumplido todos los requisitos señalados por las leyes sobre la materia.

En esta virtud, el Consejo de Estado declara que el presente contrato se ajusta a las disposiciones legales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Ministerio de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda — Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa — Isaías Cepeda — Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Presupuestos departamentales

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

No puede el órgano contencioso administrativo, para decidir la cuestión incidental de la suspensión, contraponer o enfrentar los dos órdenes de perjuicios que puedan sobrevenir con el mantenimiento del acto o con su suspensión.

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

El señor Carlos Castro Salcedo, en su carácter de demandante en el juicio de nulidad del Decreto número 297, de 10 de julio anterior, originario de la Gobernación del Departamento del Atlántico, interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto del once de agosto último, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Barranquilla negó la suspensión provisional del acto acusado.

En ejercicio de la facultad que al Consejo de Estado otorga el artículo 2º de la Ley 80 de 1935, se procede a resolver el recurso de plano, previas las consideraciones que siguen:

De autos aparece que la Asamblea del Atlántico expidió, en sus sesiones ordinarias de este año, la Ordenanza número 52 bis, "sobre Presupuesto de rentas y gastos del Departamento para la vigencia económica de 1º de julio de 1937 a 30 de junio de 1938"; que esta Ordenanza fue suspendida por el Tribunal Administrativo competente; y que el Gobernador de aquel Departamento dictó entonces, con fecha 10 de julio, el Decreto número 297, que es el acusado, por medio del cual se liquida el Presupuesto del Atlántico "para 20 días del mes de julio y los once meses restantes de la vigencia económica de 1º de julio de 1937 a 30 de junio de 1938."

Demandada la nulidad de este Decreto—con acción pública y privada—se pidió su suspensión provisional, la que fue denegada por el Tribunal del conocimiento, en providencia que tiene la siguiente motivación:

"Según estas disposiciones la suspensión provisional de los actos acusados ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se decreta para evitar un perjuicio notoriamente grave al actor o a la colectividad, según el caso. Empero, no hay perjuicio alguno que pueda considerarse suficientemente grave como para determinar a un Tribunal a paralizar todas las actividades oficiales en el Departamento. La suspensión provisional del Decreto de liquidación del presupuesto equivaldría a terminar con la prestación de los servicios públicos en esta sección del país y ya que, según los modernos autores, tal prestación es la esencia misma del Derecho Administrativo, ello equivaldría a instaurar un caos injurídico y absurdo, ajeno completamente a la misión social que debe desempeñar un Tribunal de justicia."

Es siempre procedente la suspensión provisional—ha dicho constantemente el Consejo de Estado—cuando, mediando la acción privada, se trata de evitar un perjuicio notoriamente grave al actor y aparece —además—que el acto administrativo que se acusa quebranta una norma superior; y, si la ación pública es la instaurada, basta entonces que aparezca flagrante la violación de aquellas normas.

Tanto en la acción pública como en la privada el perjuicio, con la calidad de notoriamente grave que exige la ley, se cumple siempre como consecuencia de la oposición o choque manifiesto entre el acto censurado de nulo y la norma superior que lo determina y tutela. De aquí resulta, como conclusión jurídica necesaria, que no puede el órgano Contencioso Administrativo, para decidir la cuestión incidental de la suspensión, contrapesar o enfrentar los dos órdenes de perjuicios que puedan sobrevenir con el mantenimiento del acto o con su suspensión. En otros términos: el perjuicio inmediato y evidente que surge cuando se lastima u ofende por un acto de la Administración el orden jurídico del Estado o los derechos de los particulares, no es susceptible de contraponerse al perjuicio potencial y futuro que puede surgir de la suspensión provisoria. Precisamente, con el objeto de obtener el restablecimiento inmediato y eficaz del orden jurídico quebrantado y para garantizar el libre ejercicio de los derechos privados, ha sido instituido en el procedimiento administrativo el recurso de suspensión provisional.

Dentro de estos principios, la doctrina del Tribunal de Barranquilla es jurídicamente inaceptable. Proclama ella que un acto administrativo que nació a la vida del derecho contrariando preceptos superiores de la Constitución o de la ley debe mantenerse firme en vía de evitar males mayores con su suspensión; o, lo que es lo mismo, aquel acto, ostensiblemente inválido, por estar legal o constitucionalmente viciado, es capaz de crear situaciones individuales o generales de derecho, normas obligatorias que deben conservarse firmes, no obstante el manifiesto vicio de que adolecen.

No puede aceptar el Consejo este modo de argumentar el Tribunal de primera instancia, y entra, por tanto, en el examen a fondo del proveído materia de la apelación.

Para ello, fuerza es examinar si ha ocurrido o nó violación manifiesta de la Constitución, la ley o las ordenanzas departamentales del Atlántico, caso en el cual la suspensión se impone.

De conformidad con el artículo 184 de la Codificación Constitucional (artículo 52 del Acto legislativo número 3 de 1910), las Asambleas son las entidades administrativas de los Departamentos y a ellas corresponde privativamente expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos (Codificación Constitucional, artículo 188, Acto legislativo número 3, artículo 55). La Ley 4ª de 1913, artículo 97, ordinales 1º y 37, igualmente atribuye a tales corporaciones la facultad expresada. De esas disposiciones resulta incuestionable que no puede válidamente órgano o funcionario distinto del señalado por ellas—la Asamblea—votar el presupuesto de los Departamentos. El Gobernador, por su parte, no tiene otra función que la de presentar el proyecto de presupuesto, intervenir en su formación de la manera indicada por la ley y liquidarlo para la vigencia correspondiente, o para la subsiguiente, si la Asamblea hubiera omitido su elaboración en el año respectivo, y de acuerdo con las normas trazadas por aquella entidad.

El Decreto acusado tiene como fundamento que la Ordenanza sobre presupuesto para la actual vigencia fiscal fue suspendida y que, de acuerdo con el artículo 5º de la Ordenanza número 26 de 1935, corresponde a la Gobernación hacer la respectiva liquidación.

Esta disposición reza así: "El artículo 5º de la Ordenanza número 42 de 1932, quedará así:

Artículo 24. El presupuesto de rentas y gastos debe ser expedido por la Asamblea dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que el proyecto le sea presentado por el Secretario de Hacienda. Si no fuere expedido dentro de ese término, se considerará de manera preferente en las siguientes sesiones, y en tal caso, no se podrá alterar el orden del día sin el voto de las cuatro quintas partes de los miembros presentes en la sesión.

Si al terminarse las sesiones, tanto ordinarias como las de prórroga que la Asamblea Departamental tiene derecho a decretar legalmente, no se hubiere votado el presupuesto de rentas y gastos, continuará vigente el del año anterior, pero, en este caso, la Gobernación podrá modificar los cálculos de ingresos por rentas."

No es ahora la oportunidad de decidir si la transcrita disposición fue modificada o derogada por el artículo 11 de la Ordenanza 43 de 1937, pues tal cuestión será motivo de estudio en la sentencia definitiva. Pero teniéndola como vigente, sí es incuestionable que habiendo sido suspendida la Ordenanza de presupuesto para el ejercicio fiscal actual, tal circunstancia produjo *ipso jure*—al tenor de aquella disposición—el fenómeno de dejar vigente el presupuesto anterior, y dar al Gobernador la facultad de hacer la liquidación respectiva, con derecho a modificar los cálculos de las rentas, pero no así el de los gastos, pues el precepto que lo autorizaba para ello (Ordenanza 42 de 1932), sí fue expresamente derogado por la Ordenanza 43 de 1937, artículo 11, arriba citado.

Pero no habiéndose traído a los autos los antecedentes del Decreto acusado, especialmente la Ordenanza contentiva del último presupuesto, el cual debió servir de base a la liquidación efectuada por la Gobernación, no puede el Consejo decidir si ese Despacho se excedió o nó en sus facultades al expedir el Decreto que se acusa, por falta de elementos para hacer la comparación y determinar hasta dónde y en qué puntos extralimitó el ejercicio normal de sus funciones.

En estas circunstancias, el auto del Tribunal *a quo* debe mantenerse, pero por razones distintas a las expuestas en su parte motiva. En tal virtud, el Consejo de Estado no accede a revocar, y sí confirma el auto objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda — Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías — Luis E. García V., Secretario.

Contratos del Ministerio de Guerra

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

En manera alguna debe entenderse que con la norma establecida por el artículo 6º de la Ley 12 de 1932, se hubiera querido prescindir para siempre de las garantías y formalidades del Código Fiscal, en relación con los contratos celebrados en nombre del Estado con personas naturales o jurídicas.

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

Ha venido al Consejo de Estado el contrato celebrado entre el señor Ministro de Guerra, debidamente autorizado por el Excelentísimo señor Presidente de la República, y el señor Robert Wesselhoeft, en nombre y representación de la Sociedad Texas Petroleum Company del domicilio de New York, Estados Unidos de Norte América, sobre suministro al Estado de 1,200 tambores de gasolina *Ethylica* para uso de aviones.

De las comprobaciones que se adjuntan a los autos no aparece la constancia de que este proyecto de contrato fuese sometido al estudio del Consejo de Ministros, pues tan sólo cuenta con la firma del señor Presidente de la República.

La aprobación ejecutiva carece de valor mientras no haya sido sometido el contrato al estudio del Consejo de Ministros en armonía con el artículo 2º de la Ley 13 de 1935, que dice: "Cuando el valor del contrato exceda de tres mil pesos ($ 3,000) el Presidente de la República no podrá impartirle su aprobación sin el previo dictamen favorable del Consejo de Ministros."

Pero puede argüirse, que en el presente caso basta la aprobación ejecutiva de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 12 de 1932. A ello observa el Consejo que tal artículo tuvo un carácter esencialmente transitorio, de única aplicación en la época del conflicto con el Perú. En efecto, la Ley 12 de 1932 "sobre autorizaciones al Gobierno para obtener recursos extraordinarios," contempla la situación excepcional del conflicto internacional de aquel año, como aparece no sólo del conjunto de sus disposiciones sino del texto expreso de algunas de ellas, como del artículo 3º, en el cual se consigna, que "los fondos que se obtengan en virtud de lo dispuesto en esta Ley *se invertirán en los gastos que demande la defensa de las fronteras a cuya protección haya necesidad de acudir en virtud de sucesos recientes.*" De manera que al establecer el artículo 6º que los contratos y pedidos que deban hacerse para proveer de elementos al Ejército, sólo requieren la intervención del Ministerio de Guerra y la aprobación del Presidente de la República, debió entenderse naturalmente que ello sólo sería de aplicación durante la época

del conflicto, y en manera alguna que con tal norma se hubiera querido prescindir para siempre de las garantías y formalidades que exige el Código Fiscal, en relación con los contratos celebrados en nombre del Estado con personas naturales o jurídicas. Los mismos signatarios del contrato así lo entendieron cuando en la cláusula undécima establecieron que el contrato en referencia requiere para su validez "de la aprobación de las entidades superiores respectivas, al tenor de lo dispuesto en la Ley 13 de 1935," que es la que exige el dictamen previo del Consejo de Ministros.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado dictamina que la negociación materia del presente estudio debe retrotraerse al punto donde se dejó de aplicar el artículo 2º de la citada Ley 13 de 1935.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Samper Madrid — Guillermo Peñaranda Arenas — Pedro Martín Quiñones—Con mi voto negativo, *Elías Abad Mesa*—Con mi voto negativo, *Isaías Cepeda—Ramón Miranda — Ricardo Tirado Macías. Luis E. García V.*, Secretario.

Condición resolutoria de los baldíos

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

El Gobierno en su función administrativa no puede modificar sus actos por resoluciones posteriores, cuando ellos han definido una situación jurídica concreta, personal y objetiva. La ejecutoria de las resoluciones ministeriales es un principio de orden público.

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

Con fecha 21 de noviembre de 1936 ocurrió a esta corporación el señor doctor Víctor Cock, como apoderado de la señora Pilar Fernández viuda de Convers, en demanda de nulidad de la Resolución número 55 de fecha 14 de agosto de 1936, del Ministerio de Industrias y Trabajo, al cargo entonces del doctor Benito Hernández Bustos, acto que fue aprobado el 24 del mismo mes y año por el señor Presidente de la República.

La demanda fue aceptada el 1º de diciembre y en el mismo auto fue suspendida provisionalmente la Resolución acusada, sin que contra dicha providencia se interpusiera recurso alguno por el señor Fiscal del Consejo, por lo cual quedó en firme.

Surtida la tramitación de rigor en estos juicios y no anotándose ninguna causal de nulidad, se procede a dictar el fallo definitivo, previas las siguientes consideraciones:

Con fecha 2 de abril de 1934 el Ministerio de Industrias y Trabajo dictó la Resolución número 50 de aquel año, por la cual se declaró extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio del terreno *Yacuana*. Antes de proceder a dictar tal Resolución, el Ministro doctor Francisco J. Chaux, en cumplimiento a lo estatuido en el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 85 de 1920 pidió al Intendente Nacional del Meta y al Personero Municipal de Villavicencio informes relacionados sobre el estado de los terrenos adjudicados en 1896 al señor Sergio Convers, en orden a cultivos, ocupación de ganados, época y extensión de las mejoras, etc.

Y posteriormente el mismo Ministerio requirió a la señora Pilar Fernández viuda de Convers, actual poseedora de los terrenos en cuestión, para que presentara la prueba legal del cumplimiento de las obligaciones sobre ocupación y cultivo de los terrenos adjudicados.

La señora Pilar Fernández presentó al Ministerio una prueba sumaria sobre los hechos que precisaba establecer y como el Ministerio la juzgase deficiente, decretó una inspección ocular en los terrenos adjudicados en su orden a los señores Sergio Convers, Lorenzo Codazzi y Clímaco Manrique en 1896.

Los comisionados del Ministerio recorrieron los globos de terreno de que se ha hecho mención, verificaron los linderos, los cuales "resulta-

ron conformes con los de los títulos respectivos," y en informe rendido el 13 de marzo declararon lo siguiente: "Para terminar esta parte de nuestro informe, creemos un deber manifestar a Su Señoría que en concepto de la Comisión, tanto los primitivos adjudicatarios como sus sucesores y poseedores actuales han cumplido plenamente y en oportunidad con las obligaciones a que quedaron sometidos por disposición legal, con la ocupación y cultivo sin interrupción ninguna de los terrenos de *Yacuana,* y que a ellos han vinculado decidida, tesonera y eficazmente sus esfuerzos y sus haberes."

En posesión el Ministerio de Industrias de todos los elementos de juicio sobre el cumplimiento de los deberes de los adjudicatarios en relación con los terrenos aludidos, dictó la Resolución número 50 de aquel año, que concluye así:

"Primero. Declarar que ha quedado extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio de los tres globos de terreno que en los términos y por los linderos transcritos en la parte motiva de esta providencia fueron adjudicados en 11 de agosto de 1896, por el Ministerio de Hacienda, a los señores Sergio Convers, Lorenzo Codazzi y Climaco Manrique, ubicados en la comprensión municipal de Villavicencio, de la Intendencia Nacional del Meta, los que hoy forman un solo globo conocido con el nombre de *Yacuana.*

"Segundo. Disponer que la presente Resolución sea inscrita en la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados del Circuito a que corresponda, una vez que haya sido publicada en el *Diario Oficial,* a costa de los interesados, de acuerdo con lo que dispone el numeral *f*) del artículo 8º del Decreto 470 de 1932, adicionado por el artículo único del 96 de 1933.

"Cópiese y notifíquese.

"El Ministro de Industrias,

"(Firmado), *Francisco José CHAUX*

—

"*República de Colombia—Poder Ejecutivo—Bogotá,* 5 *de abril de* 1934.

"Aprobado.

"(Firmado), *ENRIQUE OLAYA HERRERA*

"El Ministro de Industrias,

"(Firmado), *Francisco José CHAUX*

—

"Es fiel copia expedida para su publicación en el *Diario Oficial.*

"Bogotá, 13 de junio de 1934.

"Enrique Casas

"(Recibo número 06293 de la Administración de Hacienda Nacional). Derechos consignados, $ 69-42."

Pero cuando ya parecía concluido el proceso administrativo iniciado el 11 de agosto de 1896 con las adjudicaciones de baldíos hechas en los terrenos denominados *Yacuana,* situados en el Municipio de Villavicencio, proceso que cerró la Resolución de los doctores Olaya Herrera y Chaux, vino la Resolución número 55 del 14 de agosto de 1936, suscrita por el Ministro doctor Benito Hernández Bustos, aprobada el 24 de los mismos por el señor Presidente doctor López, que echó por tierra la Resolución del Gobierno anterior, al declarar sin valor ni efecto la de-

claración relacionada con la extinción de la condición resolutoria que afectaba el dominio de los globos de tierra en referencia.

Para que se aprecien los fundamentos de esta medida se copia textualmente la Resolución acusada:

"RESOLUCION NUMERO 55

Ministerio de Industrias y Trabajo — Dirección General de Tierras, Aguas y Bosques — División de adjudicación, reserva, destinación y control de baldíos—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y seis.

Por Resolución número 50 del 2 de abril de 1934, este Despacho declaró extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio de los tres globos de terreno—por los linderos allí expresados—adjudicados el 11 de agosto de 1896, por el Ministerio de Hacienda, a los señores Sergio Convers, Lorenzo Codazzi y Clímaco Manrique, lotes ubicados en jurisdicción municipal de Villavicencio, de la Intendencia Nacional de San Martín (hoy del Meta) y que actualmente forman un solo globo conocido con el nombre de *Yacuana*. La extensión adjudicada al señor Convers comprende cuatro mil cuatrocientas (4,400) hectáreas; la de Codazzi cuatro mil seiscientas noventa y dos (4,692) y la de Manrique, mil quinientas noventa y seis (1,596).

El Ministerio de Industrias, al hacer la declaración sobre extinción de la condición resolutoria, tomó en consideración los siguientes elementos probatorios:

a) Los testimonios allegados al expediente por la señora Pilar Fernández viuda de Convers, sucesora de los adjudicatarios, testimonios que ésta acompañó con su memorial del 29 de diciembre de 1933;

b) La prueba testimonial presentada por los interesados a la Comisión del Ministerio que practicó una inspección ocular en tales tierras, y

c) Las conclusiones de tales comisionados, consignadas en informe del 12 de marzo de 1934 que obra en autos, y algunas otras declaraciones de personas que se dijeron conocedoras de la región y de los terrenos de que se trata.

Con estos documentos, el Ministerio consideró que los adjudicatarios y sus sucesores habían dado oportuno y debido cumplimiento a las obligaciones pertinentes, conforme a las leyes que les eran aplicables.

Conviene advertir que, ni del informe de los miembros de la Comisión oficial que llevó a término la práctica de la referida inspección ocular, ni de las declaraciones de que se ha hecho mérito, puede entonces, ni puede hoy deducirse nada en relación con el punto referente a excesos acaparados por los adjudicatarios o sucesores suyos. Este hecho no vino a quedar establecido en autos sino con el informe del 31 de marzo último, del señor Presidente de la Comisión de Estudio de los Llanos Orientales de la Intendencia Nacional del Meta, y con los testimonios de los señores Rodulfo Esquivel y Luis Bateman, rendidos ante el señor Alcalde de Villavicencio, el día treinta del mismo mes de marzo. Este Despacho, pues, se halla hoy en condiciones de concluir, como concluye, que, o bien los adjudicatarios o bien sus sucesores tienen acaparada una extensión de tierra muy superior a la que fue adjudicada por las Resoluciones del Ministerio de Hacienda.

Por otra parte, la circunstancia de los cultivos y ocupación con ganados en los lotes en cuestión—en la proporción señalada por las disposiciones legales vigentes en la época en que aquéllos se hicieron y ésta se realizó—la aceptó este Despacho como si se hubiese operado dentro de la extensión adjudicada, por no tener información—en el momento de apreciar los elementos probatorios que tuvo a la vista—que

dentro del globo general de *Yacuana* se han comprendido terrenos no adjudicados. Establecido el hecho de este acaparamiento, surge hoy la duda muy fundada de que parte de tales cultivos y ocupación con ganados, en lugar de estar dentro de los linderos respectivos, se hallan fuera de las zonas adjudicadas, lo que viene a dejar sin fundamento el relevo de la condición resolutoria a que se contrae la Resolución número 50 dictada por este Despacho con fecha 2 de abril de 1934, con base en las informaciones y probanzas suministradas por los interesados, y las cuales, según puede apreciarse, no se ajustan estrictamente a la realidad de los hechos que con ellas se trataba de acreditar.

Se hace presente también que la ruta determinada por el Ministerio para el tránsito de los productos agrícolas y ganados pertenecientes a los colonos establecidos en tierras baldías ubicadas en la margen derecha del río Meta y regiones circunvecinas, ruta que pasando por *Yacuana,* debía darles a aquellos salida a Villavicencio, no resultó ser lo suficientemente adecuada al objeto que con ella se perseguía. Por esto, estima oportuno y necesario ordenar la escogencia de una nueva ruta que llene exactamente la finalidad que se busca. Por último, por las informaciones suministradas a este Despacho, conforme a las cuales los ocupantes o administradores de la nombrada finca *Yacuana* vienen obstaculizando el tránsito por ella a quienes necesitan hacerlo para el transporte económico de sus ganados y productos, concluye el Ministerio que, por parte de los adjudicatarios o sus sucesores en el dominio de *Yacuana,* se está violando una de las condiciones inherentes a toda adjudicación de tierras baldías, es a saber, la de permitir todas las servidumbres necesarias para el cumplido desarrollo y aprovechamiento de las porciones adyacentes. Y la servidumbre de tránsito es una de las que, a que quedan sujetas—de acuerdo con la ley—las tierras de cuyo dominio se desprende la Nación por adjudicación que de ellas hace. De consiguiente este Ministerio tomará las medidas del caso, a fin de que, por ningún motivo, se continúe dificultando, ni menos impidiendo el libre tránsito por *Yacuana* a los colonos y personas establecidos en los baldíos adyacentes, y que para salir a Villavicencio necesitan transitar por allí. A mérito de las consideraciones que preceden, el Ministerio de Industrias y Trabajo

RESUELVE:

Primero. Declárase sin valor ni efecto la Resolución número 50, del 2 de abril de 1934, dictada por este Despacho, por la cual se declaró extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio de los globos de tierra adjudicados el 11 de agosto de 1896 a los señores Sergio Convers, Lorenzo Codazzi y Climaco Manrique, ubicados en el Municipio de Villavicencio, en la Intendencia Nacional de San Martín (hoy del Meta);

Segundo. De conformidad con lo dispuesto en la primera parte del artículo 5º del Decreto número 341 del año en curso, la Comisión de Estudio de los Llanos Orientales de la Intendencia Nacional del Meta, practicará una inspeción ocular sobre los lotes a que se refieren los dos primeros acápites de la parte motiva de la presente Resolución, tendiente a averiguar si los adjudicatarios o sus sucesores han dado oportuno y debido cumplimiento a sus obligaciones, y especialmente a fin de establecer si los cultivos u ocupación con ganados, se realizaron en la proporción y época legales, dentro de los linderos de tales lotes, o si por el contrario tal ocupación o cultivos se hallan en su totalidad o en

parte, fuera de la extensión adjudicada. La dicha Comisión de Estudio, previa la identificación de los lotes en referencia, conceptuará sobre si alguno o algunos de ellos comprenden una extensión mayor a la que fue adjudicada;

Tercero. La misma Comisión, con vista de las Resoluciones números 48 y 129 de 1934, por las cuales se determinó la ruta para una servidumbre de tránsito por los predios de *Yacuana,* y tomando en consideración los antecedentes consignados en el oficio número 221 del 5 de febrero de 1935, dirigido por este Despacho al señor Intendente Nacional del Meta, escogerá la ruta más conveniente para el tránsito de los agricultores y ganaderos situados en la margen derecha del río Meta y sus alrededores de tal modo que ellos puedan obtener fácil salida a Villavicencio. Del estudio que se haga sobre el particular, la Comisión rendirá un amplio informe al Ministerio, a fin de obtener después, si fuere el caso, la localización y construcción correspondientes;

Cuarto. El Intendente Nacional del Meta dictará las providencias legales tendientes a obtener que no se impida ni dificulte por ningún motivo el libre tránsito—por la finca *Yacuana*—a las personas establecidas en la margen derecha del río Meta y regiones circunvecinas;

Quinto. Líbrense los oficios a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

El Ministro de Industrias y Trabajo,

(Firmado), *Benito HERNANDEZ BUSTOS*

—

República de Colombia—Poder Ejecutivo—Bogotá, 24 *de agosto de* 1936.

Aprobado.

(Firmado), *ALFONSO LOPEZ*

El Ministro de Industrias y Trabajo,

(Firmado), *Benito HERNANDEZ B.*"

Con los hechos que se dejan enumerados, el problema jurídico queda simplificado al examen de una cuestión que desde el punto de vista legal, reviste excepcional sencillez: ¿Puede, en efecto, el Gobierno revocar por sí mismo, es decir, por la propia vía administrativa, una Resolución dictada por él, a virtud de la cual declaró extinguida la condición resolutoria como consecuencia del cumplimiento de los deberes inherentes a un adjudicatario de baldíos?

Se impone la contestación negativa.

Porque como lo hace presente el señor Fiscal de esta corporación: "Una resolución administrativa de esta naturaleza, definitiva y aclaratoria de un derecho, tiene toda la virtud suficiente para *causar estado,* lo que equivale a decir, que una vez dictada cesa la competencia de la autoridad que la dicta y la Administración ya no puede volver sobre sus propios actos, toda vez que éstos confieren *derechos* a terceros. El Gobierno en su función administrativa no puede modificar sus actos por resoluciones posteriores, cuando ellos han definido una situación jurídica concreta, personal y 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 del *res judicata* garantiza la tranquilidad y seguridad públicas contra la inestabilidad de los actos del poder estatal que confieren derechos. Este principio fundamental de la ciencia administrativa fue consagrado entre nosotros por la Ley 53 de 1909 y confirmado luégo por varias leyes, como la 130 de 1913, artículo 81, y la 77 de 1931, artículo 4º"

Y agrega el señor Fiscal: "Los causahabientes del primer adjudicatario, señor Sergio Convers, adquirieron el pleno derecho de dominio sobre los terrenos baldíos de *Yacuana,* por la extinción de la condición resolutoria decretada administrativamente por la Resolución de 1934, que viene a ser el título perfecto que acredita sus derechos. Consolidado el dominio, la Administración pierde su competencia para resolver sobre el derecho de propiedad, adquirido por uno de los legítimos modos que establece la ley. Si hubo error grave que viciara el consentimiento del Ministerio de Industrias cuando éste expidió la Resolución número 50 de 1934, es sólo el Poder Judicial el llamado a resolver sobre la validez del título respectivo, mediante el ejercicio de las acciones que al efecto consagra la ley."

A estas razones agréguese la no menos atendible de que al paso que la Resolución número 50 de 1934, que declaró extinguida la condición resolutoria, expresa en la parte motiva que la comprobación de las obligaciones del adjudicatario se trajo no sólo por la actual poseedora sino a virtud de una inspección ocular practicada por una Comisión del Ministerio, la nueva Resolución que declara sin valor ni efecto, procede como lo dice textualmente de "la duda muy fundada de que parte de tales cultivos y ocupación con ganados en lugar de estar dentro de los linderos respectivos, se hallan fuera de las zonas adjudicadas." Por este único motivo es obvio declarar que no puede el Gobierno dar un paso de tánta gravedad, ya que en el fondo destruía una providencia ejecutoriada, registrada y oportunamente publicada en el *Diario Oficial.*

Es verdad que el Gobierno tiene no sólo el derecho sino el deber de averiguar si en los terrenos adjudicados como baldíos se han llenado las condiciones requeridas por las leyes para conservar la propiedad de tales terrenos. (Parágrafo primero del artículo 1º de la Ley 85 de 1920). Pero ese deber ya estaba llenado antes de proferir la Resolución que declaraba extinguida la condición resolutoria, luego el Gobierno no podía, so pretexto de ejercer esa obligación, desconocer lo que antes había aceptado como consecuencia de hechos que entonces verificaron sus propios agentes.

Cobra fuerza este argumento si se tiene en cuenta que el artículo 7º de la Ley 52 de 1931 establece que si el Gobierno dentro de los términos señalados en dicha ley no resolviere sobre la solicitud del adjudicatario, podrá éste o su sucesor solicitar al Consejo de Estado que declare que se han cumplido o nó las condiciones de su título de adjudicación. Luego la Resolución del Gobierno se suple o se equipara con la que al efecto pronuncie el Consejo de Estado. Y si respecto de una decisión de éste, ejecutoriada y registrada, sería absurdo pensar siquiera en que fuera revocada por el mismo Consejo, otro tanto puede concluirse del procedimiento administrativo que aceptara la revocatoria de una providencia que produce los mismos efectos de aquella sentencia, pero que es dictada por el Poder Ejecutivo.

Y hay algo más: tratándose de todos los actos administrativos y especialmente de aquellos que están relacionados con la propiedad, debe prevalecer cierta firmeza que inspire confianza a quienes vinculan su trabajo y su vida para consolidar este derecho. De esta disposición de ánimo son exponentes el primer adjudicatario señor Sergio Convers y sus causahabientes, conforme lo indican no sólo las piezas oficiales citadas, sino publicaciones de otra índole en que se ponderan sus esfuerzos desde que les fueron adjudicadas hasta consolidar su titulación, de acuerdo con las leyes vigentes.

Todo lo anterior es suficiente, en sentir del Consejo de Estado, para declarar como declara, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, que es nula la Resolución número 55 de 14 de agosto de 1936, del Ministerio de Industrias y Trabajo.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Ministerio de Industrias y Trabajo, devuélvanse al mismo Ministerio los antecedentes que se solicitaron en auto para mejor proveer y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas — Elías Abad Mesa — Isaías Cepeda — Ricardo Tirado Macías — Pedro Martín Quiñones—Ramón Miranda—Luis E. García V., Secretario.

Impuesto sobre la Renta

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Toca a los funcionarios de Hacienda robustecer sus providencias allegando las respectivas declaraciones, ya que la simple información de referencia no constituye la plena prueba exigida por el artículo 12 de la Ley 81 de 1931.

Consejo de Estado—Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

El señor Fernando Posada demandó ante el Tribunal Administrativo de Medellin dos resoluciones dictadas respectivamente, por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia en 1935, y por la Jefatura de Rentas Nacionales el 31 de agosto de 1936, marcada con el número 1239.

Fallado el negocio por el Tribunal a quo, a favor del demandante, ha subido a esta corporación en consulta, porque de acuerdo con el artículo 508 del Código Judicial, no puede considerarse como ejecutoriada una sentencia en la que se declaran obligaciones a cargo de la Nación, sino cuando haya sido revisada por el Consejo de Estado.

Agotada la tramitación correspondiente, es el caso de entrar a decidir en el fondo de la cuestión, previas las siguientes consideraciones:

El señor Posada hizo el 28 de enero de 1935, la declaración correspondiente a la renta obtenida durante el año de 1934, en la cual consta que posee un capital de $ 30,000-44, cuyo producto en el año en referencia fue de $ 905. El señor Administrador dudó de la veracidad de la declaraicón rendida, y con fundamento, dice, "en informaciones fidedignas de caballeros honorables, hizo una liquidación a su arbitrio, de la cual le resultó al demandante un impuesto por la cantidad de $ 312."

Como el señor Posada reclamara ante la Jefatura de Rentas Nacionales, este Despacho se dirigió a la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, solicitando los motivos que hubiera tenido para hacer la liquidación mencionada, y aquella oficina contestó que, "en los primeros dias del año de 1935, en presencia del doctor José Sanin Tobón, Juez 4º Municipal y del señor Salvador Velásquez, actual Auditor de Rentas de esta Administración, manifestó el señor Posada que tenía una renta aproximada de mil quinientos pesos mensuales ($ 1,500) que la obtenía de las siguientes actividades: $ 60,000, dados al interés del uno por ciento en créditos bien asegurados, y $ 20,000 más que movilizaba en forma rotatoria, invertidos en compra de créditos, sueldos, jornales, juicios ejecutivos, etc., etc.; en estas operaciones obtenía aproximadamente novecientos pesos ($ 900) mensuales."

Con base en estos datos, la Jefatura de Rentas dictó la Resolución número 1239 de 1936, por la cual le deducía al reclamante un impuesto de $ 295-20, para el año de 1934, más un recargo de 100 por 100, lo que daba en total $ 590-40.

La Ley 81 de 1931, relativa al impuesto sobre la renta, estatuyó en su artículo 12: "Los informes requeridos, de acuerdo con el artículo anterior, serán revisados en cada Departamento, por el Administrador de Hacienda Nacional o por los empleados designados por éste, y la renta gravable de cada persona o entidad indicada por dichos informes será determinada por el mencionado Administrador sobre las bases de la declaración y de toda otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada."

Estudiado este negocio a la luz del criterio legal que informa la disposición citada, aparece irregular la actuación de la Administración de Hacienda Nacional y de la Jefatura de Rentas. En efecto, si era exacto, como lo afirma el Administrador en el oficio número 1411, dirigido a la Jefatura, que los señores doctor Sanín Tobón y Salvador Velásquez estaban dispuestos a ratificarse legalmente en la afirmación de que el señor Posada poseía un capital de $ 80,000, y una renta mensual de $ 1,500, han debido dichos funcionarios robustecer sus providencias allegando las respectivas declaraciones, ya que la simple información de referencia contenida en la Resolución del Administrador de Hacienda Nacional de Antioquia, no constituía la plena prueba exigida por la disposición a que atrás se aludió.

El Tribunal *a quo* consideró la cuestión por este aspecto, y llegó a la conclusión de que las Resoluciones acusadas eran infundadas, pecaban de arbitrarias y violaban las disposiciones de la Ley 81 de 1931.

No obstante las razones expuestas por el Tribunal Administrativo en la sentencia consultada, el Consejo creyó oportuno traer a los autos las declaraciones de los señores doctor Sanín Tobón y Salvador Velásquez, sobre el punto a que se ha hecho referencia. Al efecto, en auto para mejor proveer comisionó al Juzgado Municipal de Medellín para el cumplimiento de la providencia dictada.

La diligencia ordenada dio el siguiente resultado: el señor doctor José Sanín Tobón negó los hechos en que se fundaba la Administración de Hacienda, y el señor Velásquez se ratificó en ellos.

Ahora bien: el testimonio del señor Velásquez no constituye por sí solo plena prueba al tenor de lo consignado en el artículo 696 del Código Judicial, menos cuando aparece en contradicción con la declaración del doctor José Sanín Tobón, sobre el mismo punto.

En estas condiciones fuerza es concluir que no se ha demostrado plenamente la inexactitud de la declaración de renta del señor Fernando Posada, por lo cual procede la confirmación de la sentencia que ha venido en consulta. Pero como el Tribunal *a quo* anuló la Resolución de la Administración de Hacienda, y de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 2244 de 1931, lo que procede es la demanda y decisión sobre la Resolución del Jefe de Impuestos Nacionales, se impone la reforma del fallo en el sentido indicado.

Por 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 el señor Fiscal,

FALLA:

1º Es nula la Resolución número 1239 de la Jefatura de Rentas de Impuestos Nacionales, de 31 de agosto de 1936, por la cual se dedujo al

señor Fernando Posada O. una renta gravable de $ 10,880, y se fijó el impuesto sobre la renta en $ 295-20, con un recargo del 100 por 100, y

2º Por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia se devolverán al señor Fernando Posada O., trescientos catorce pesos con cuarenta y siete centavos ($ 314-47), cantidad que queda a su favor una vez deducido el impuesto que debe pagar, según los términos de la providencia apelada.

Queda así modificada la sentencia de primera instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Samper Madrid — Guillermo Peñaranda Arenas — Pedro Martín Quiñones — Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda — Ramón Miranda. Ricardo Tirado Macías — Luis E. García V., Secretario.

Inspectores de Cedulación

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

La ley ha querido conceder cierta elasticidad en lo relacionado con el funcionamiento de los Inspectores Electorales, y por ello atribuye al Organo Ejecutivo la facultad de fijar la duración de sus funciones.

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

El señor Ricardo Suárez, en ejercicio de la acción pública, demandó la nulidad del Decreto número 1100, de fecha 3 de abril del año en curso, dictado por el señor Presidente de la República, y por medio del cual se suspendieron las labores de los Inspectores Nacionales de Cedulación.

El actor fundamenta su petición en las siguientes disposiciones: artículos 1º y siguientes de la Ley 187 de 1936; 281 de la Ley 4ª de 1913; 54 a 63, 79 y siguientes de la Ley 130 de 1913.

En el auto admisorio de la demanda se negó la suspensión solicitada, por no aparecer ostensiblemente la inconstitucionalidad ni la ilegalidad del acto acusado. Como está agotada la tramitación correspondiente, entra el Consejo a resolver en el fondo y a dictar el fallo definitivo.

El señor Suárez ataca el Decreto ejecutivo citado, como violatorio de la Ley 187 de 1936, y refiriéndose a este punto dice textualmente, en el libelo presentado ante esta corporación, el 24 de junio del corriente año: "En la Ley 187 de 1936 no se fijó el tiempo durante el cual debieran ejercitar sus atribuciones los inspectores electorales nombrados por el Presidente de la República. Es decir, que esa función de fiscalizar a los jurados electorales, en orden al cumplimiento de las disposiciones legales que regulan la expedición de la cédula de ciudadanía, es de carácter permanente. De lo contrario, el fin que se propuso el legislador al crear los cargos de Inspectores de Cedulación, quedaría totalmente desvirtuado si el Presidente de la República, a quien se faculta para hacer los nombramientos respectivos, pudiera suspender esas labores, como lo dice el Decreto a que se contrae esta demanda."

En su vista de fondo el señor Fiscal conceptúa de la siguiente manera: "En efecto, es suficiente la simple lectura del artículo 3º de la citada Ley, para concluir que el demandante no tiene razón en sus afirmaciones, toda vez que el Gobierno quedó autorizado expresamente para reglamentar la ley, señalar las asignaciones de los Inspectores y la duración de sus funciones."

Si es verdad que la ley no determinó de manera expresa el tiempo durante el cual los Inspectores Nacionales de Cedulación debieran ejercer sus funciones, también lo es, que dejó esta atribución al Organo Ejecutivo, cuando dispuso en el inciso 4º del artículo 3º que, "el decreto reglamentario de esta Ley señalará las asignaciones de los Inspectores, *la duración de sus funciones.*"

Por esto el Decreto ejecutivo, marcado con el número 1100 de este año, no viola las disposiciones ni el espíritu de la Ley 187 de 1936. Antes por el contrario, fue dictado por el señor Presidente en uso de las atribuciones que le confirió la precitada Ley, cuando dejó al Decreto reglamentario la fijación de los sueldos y el período de duración de las funciones de los Inspectores.

Como se ve, la Ley ha querido conceder cierta elasticidad en lo relacionado con el funcionamiento de los Inspectores Electorales y por ello atribuye al Organo Ejecutivo la facultad de fijar la duración de sus funciones. Mediante esta atribución el Gobierno, por Decreto número 730 de 3 de abril de 1937, prorrogó los trabajos de tales funcionarios por los meses de abril, mayo y junio, y por medio del Decreto 1100, materia de la demanda, suspendió las labores de los mismos. Esta conducta armoniza con la naturaleza de los cargos en referencia que son esencialmente transitorios, debiendo ser el Organo Ejecutivo quien decida cuándo es indispensable la presencia de los respectivos Inspectores.

El papel común será revalidado de acuerdo con lo prescrito en el artículo 351 del Código Judicial.

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

FALLA:

No es nulo el Decreto número 1100 de 1937, dictado por el señor Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones — Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Supresión de Municipios

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Si una Asamblea suprime una entidad municipal, porque considera que no está capacitada para formar y cumplir los presupuestos en la forma señalada por el artículo 5º de la Ley 5ª de 1918, tal ordenanza tiene en su favor una presunción de legalidad.

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

El Tribunal Administrativo del Huila falló el 16 de noviembre de 1936 la demanda propuesta por el doctor Rafael Leiva Ch., contra el artículo 1º de la Ordenanza número 30, expedida por la Asamblea de ese Departamento en el año próximo pasado. El fallo anuló dicho artículo.

A virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal ha venido el negocio al Consejo, el cual entra a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

El artículo acusado de la Ordenanza número 30, dice a la letra: "Desde el 1º de enero de 1937 quedan suprimidos los Municipios de Naranjal y La Jagua, los cuales serán agregados a sus adyacentes Timaná, Altamira y Garzón.

"Naranjal, a los Municipios de Timaná y Altamira, cuya línea divisoria será la siguiente.....

"La Jagua, a los Municipios de Garzón y Altamira, cuya línea divisoria será la siguiente...."

Sobre las entidades municipales a que se refiere la supresión consagrada en el texto transcrito, se han traído múltiples datos de los cuales se destacan los que fundamentan el presente fallo.

El Municipio de Naranjal obtuvo en los años de 1934, 1935 y primer semestre de 1936, un recaudo efectivo de rentas por valor de $ 1,334-14, $ 1,217-42 y $ 756-30, respectivamente. De la sumas anteriores, una vez pagados los sueldos de los empleados municipales, que ascendieron en los años mencionados a $ 1,296, quedó apenas una exigua cantidad, imposible de suyo para atender a los servicios públicos, que necesariamente corresponde prestar a la entidad municipal. Por el importe total de los sueldos, fácil es comprender cuán mínima es la remuneración de los servidores del Municipio en cuestión; pero para dar una idea más exacta, basta anotar que el Personero, que a la vez desempeña el puesto de Oficial de Estadística e Inspector de Sanidad, gana $ 10 mensuales, y que el Poder Judicial sólo ocasiona a la Municipalidad un gasto de $ 20: $ 15 para el Juez y $ 5 para el Secretario.

El censo de Naranjal arrojó una población de 1,670 habitantes.

Respecto de la Jagua acontece algo semejante, como se deduce de los informes estadísticos, ya que, fueron recaudadas las sumas de $ 1,429-63, $ 1,210-38 y $ 854-41, en los años de 1934, 1935 y primer semestre de 1936. En relación con los sueldos de los empleados, al Alcalde se le pagaba $ 30 mensuales, al Tesorero $ 12, al Personero $ 8 y al Juez $ 10. Por lo que respecta a población, cuenta con 1,048 habitantes.

Sentados estos precedentes, el Consejo entra a decidir las cuestiones planteadas en la demanda y resueltas en el fallo en estudio.

Como lo observa el Tribunal *a quo*, tratándose de la eliminación de Municipios es aplicable el artículo 9º de la Ley 71 de 1916, que estatuye lo siguiente: "Podrán las Asambleas Departamentales eliminar aquellos Distritos de menos de 3,000 habitantes y cuyo presupuesto de rentas y gastos haya sido en los dos años inmediatamente anteriores, inferior a la mitad del valor de los gastos forzosos del Municipio.

"En este caso será oído el concepto del Gobernador antes de expedirse la respectiva ordenanza, en la cual se expresará claramente a qué Distrito o Distritos se agrega el territorio del Distrito que se elimina."

De acuerdo con esta disposición, dos condiciones son indispensables para eliminar las entidades municipales: 1ª Población menor de 3,000 habitantes; y 2ª, presupuesto inferior a la mitad del valor de los gastos forzosos del Municipio. El primer requisito aparece llenado en el presente caso, a virtud de la población inferior que fija el respectivo informe del Gobernador, de modo que por esta parte, la Ordenanza se ajusta a las prescripciones legales.

En cuanto al requisito referente a los gastos *forzosos* de un Municipio, proceden las siguientes observaciones:

El artículo 186 de la Constitución, dice en su numeral 4º, hablando de las funciones de las Asambleas: "Crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de población que determine la ley."

Luego, si para el ejercicio de tal facultad, deben las Asambleas tener en cuenta la base de población que señala la ley, parece que para la calificación de los elementos fiscales o atañederos a los gastos forzosos, aquellas corporaciones gozan de una facultad discrecional, mientras la ley no los haya definido expresamente. Si, pues, la población de los Municipios suprimidos no alcanza a la base señalada por la ley y si de otra parte la Asamblea los consideró incapaces de subvenir a los gastos forzosos, de acuerdo con el informe del respectivo Gobernador, fuerza concluir la legalidad de la disposición acusada.

Además, el artículo 199 del Código Político y Municipal atribuye a las Asambleas la determinación de los gastos de cargo de los Municipios, luego si aquellas corporaciones suprimen una entidad municipal porque consideran que no está capacitada para formar y cumplir los presupuestos en la forma señalada por el artículo 5º de la Ley 5ª de 1918, tal Ordenanza tiene en su favor una presunción de legalidad que en el caso en estudio no ha sido destruída por el actor.

De otra parte, la situación de las entidades suprimidas se agravaría con la aplicación del artículo 2º de la Ordenanza número 28 de 1936, que dispone que la mitad del impuesto predial o sea el 50 por 100 pertenezca al Departamento. Con la disminución que importa para el Fisco Municipal la disposición mencionada, no podrían ni dentro de la más rigurosa economía, subsistir las entidades municipales de que se trata.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que la eliminación de Municipios como La Jagua y Naranjal, está no sólo justificada por la ley, sino señalada por las conveniencias generales.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila, de fecha 16 de noviembre de 1936 y en su lugar falla: no es nulo el artículo 1º de la Ordenanza número 30 de 1936 de la Asamblea del Huila.

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas — Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Luis E. García V., Secretario.

Espectáculos públicos

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Habiendo la ley gravado los espectáculos públicos a favor de la Nación, ya no pueden ellos ser materia propia de impuestos departamentales o municipales.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y siete.

La Asamblea Departamental del Atlántico expidió la Ordenanza número 92 del 16 de diciembre de 1936, cuyos artículos 5º y 12 son de este tenor:

"Artículo 5º Desde la promulgación de la presente Ordenanza, restablécese el impuesto de sanidad sobre espectáculos públicos, de cualquier naturaleza, el cual se fija en un diez por ciento (10 por 100) sobre el valor nominal de cada boleta o billete de entrada."

"Artículo 12. Esta Ordennaza regirá desde su promulgación."

El señor Alberto Osorio, en libelo de 3 de marzo de 1937, demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla la nulidad de los artículos transcritos, por estimarlos violatorios de la Constitución y de la ley, e invoca como fundamento de su acción los artículos 58 del Acto legislativo número 3 de 1910 y 71 de la Ley 130 de 1913, que rezan en su orden:

"Los agraviados con actos de las Asambleas pueden recurrir al Tribunal competente, y éste por pronta providencia, cuando se trata de un grave perjuicio, podrá suspender el acto denunciado."

"Si una ordenanza o una providencia cualquiera de una Asamblea Departamental se estima violatoria de la Constitución o de la ley, en concepto de ser lesiva de los derechos civiles, sólo la persona o personas agraviadas pueden entablar el juicio administrativo encaminado a obtener la declaración de nulidad. Por tanto en este juicio intervienen únicamente, como partes, tales personas y el Agente del Ministerio Público...."

En la misma demanda pidió el actor la suspensión provisional de las disposiciones acusadas, la que fue negada por el Tribunal mencionado en auto fechado el 20 de marzo último, por lo cual hubo de recurrir en apelación ante esta corporación.

Para resolver lo que sea jurídico y legal, se considera:

Los hechos en que funda su acción se transcriben:

"1º Desde hace siete años, más o menos, construí a mis expensas el edificio denominado *Teatro Apolo,* con dotaciones completas para espectáculos cinematográficos, construcción que me costó más de doscientos mil pesos moneda legal.

"2º Cuando principié a explotar el negocio, éste si contaba apenas con impuesto municipal, que, aun cuando alto, siempre dejaba algún

margen de utilidad a mi empresa; pero después fueron creados los tributos denominados: 'de la Defensa Nacional,' 'de Sanidad Departamental,' 'de Fijación de Carteles,' 'de Avisos Luminosos,' 'de Aseo,' y además el de Catastro Municipal, impuesto éste que aunque gravita es sobre la propiedad raíz, siempre viene a repercutir sobre la empresa de mi propiedad. Total: que las entidades de derecho público de esta ciudad tienen completamente estrangulado, y perdóneseme la frase, el sabio principio universal de que no se deben imponer dos impuestos por un mismo concepto y a una misma persona.....

"3º Haciendo a un lado lo que pudiera llamarse 'pequeños impuestos,' tenemos, pues, que sobre mi Teatro Apolo y también sobre los demás existentes en la ciudad, pesan los siguientes gravámenes *especialísimos,* los que del producido bruto del negocio, se llevan los siguientes porcentajes:

"Impuesto para la defensa nacional, que se cobra de conformidad con la Ley 12 de 1932 y el Decreto ejecutivo número 254 del 8 de febrero de 1935... .... 7%

"Impuesto departamental, que se cobra de acuerdo con la Ordenanza 92 sobre que versa esta demanda... ... ... 10%

"Impuesto municipal, que se cobra de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo número 51 de 1930... ... ... 10%

"Total..... .... 27%

"Además: valor que se paga al dueño de la película por concepto de alquiler y por cada exhibición, en promedio, el .. .. 50%"

"4º Como se ve por los datos anteriores, al dueño de la empresa, al suscrito, le queda el 23% para atender al pago del tren de empleados, de energía eléctrica, de *pequeños impuestos,* reparación de equipos y un centenar de gastos más con que cuenta el negocio.

"Por todo lo dicho, que es completamente verídico, se puede observar que, contando los *pequeños impuestos* (aseo público, fijación de avisos, etc.), sobre las empresas de espectáculos públicos pesan *siete impuestos locales,* los que económicamente han determinado la ruina de mi Teatro Apolo, pues es ésta la hora en que lo tengo embargado al Banco Anglo Americano, Ltd., circunstancias todas éstas que, si no es que el honorable Tribunal a quien me dirijo, suspende el cobro del impuesto cuya ilegalidad denuncio, van a determinar la suspensión indefinida de la explotación del negocio, siendo yo, desde luégo, quien en el caso, sufriría los correspondientes perjuicios."

Como disposiciones directamente violadas señala los artículos 97 del Código Político y Municipal, 56 y 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, 71, 72 y 73 de la Ley 130 de 1913, 1º, 2º y 4º de la Ley 80 de 1935. Invoca igualmente, en apoyo de sus pretensiones, el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expuesto en la Resolución número 272 del 24 de diciembre de 1935, en el sentido de que: "Ni las Asambleas ni los Concejos Municipales pueden establecer impuestos sobre espectáculos públicos después de la vigencia de la Ley de 1932, salvo el caso de que medie autorización de ley expresa," así como la doctrina del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 1936, que decretó la nulidad del Acuerdo municipal de Cali, que gravó los espectáculos públicos.

En repetidos fallos ha decretado el Consejo de Estado que la suspensión provisional es viable en la acción pública o ciudadana, cuando existe una flagrante oposición entre el acto administrativo acusado de nulo y la norma superior de la Constitución o de la Ley, con el objeto de impedir el quebranto jurídico que sufre el derecho público del Estado cuandoquiera que se violen sus preceptos. En la acción privada la medida provisional tiene una finalidad distinta, pues se encamina a

evitar que la ejecución del acto demandado ocasione perjuicios notoriamente graves en los derechos particulares de quien ejercite la acción. Tal es la regla general que domina la materia.

Pero también tiene dicho el Consejo, no una sino repetidas veces, que la acción mixta sólo es procedente cuando se trata de un acto de carácter general y obligatorio para todos los asociados, acto que por su naturaleza quebranta el orden jurídico de la comunidad pero lesiona igualmente el derecho individualizado del demandante. En tales casos, coexistirán la acción pública y privada: la primera, en cuanto se trata de un acto de carácter general irregular que demanda imperio de las disposiciones constitucionales y legales violadas; y la segunda, cuando tal norma objetiva lesiona los intereses de una o varias personas interesadas.

A juzgar por las disposiciones invocadas, artículos 58 del Acto legislativo número 3 de 1910 y 71 de la Ley 130 de 1913, la acción intentada aquí es la privada, pero como se trata de un acto general obligatorio para todas las empresas de espectáculos públicos del Departamento del Atlántico, esa acción, en sus efectos jurídicos, se convierte en mixta. De manera que aun cuando sólo el doctor Osorio pidió la revisión y nulidad de las providencias de la Asamblea que lesionan sus derechos e intereses particulares y las mismas normas legales y constitucionales, los resultados del auto de suspensión y del mismo juicio, al ser fallado de conformidad con la demanda, favorecerían por igual a los demás teatros que estuvieren en las mismas circunstancias, o mejor, que sufrieren el mismo impuesto de sanidad restablecido.

Aceptando el carácter denunciado de la acción como mixta, lo primero que ocurre averiguar, ya que en el acto analizado influye preponderantemente su generalidad, es lo relativo a la pugna manifiesta de la ordenanza con la ley o el sistema tributario en boga.

Y en verdad surge esa pugna bien sustentada en la Resolución ministerial transcrita, pues que habiendo la Ley 12 de 1932 gravado los espectáculos públicos a favor de la Nación, ya no pueden ellos ser materia propia de impuestos departamentales o municipales posteriores, como lo preceptúa el Ordinal 3º del artículo 97 del Código Político y Municipal.

En cuanto al alegado perjuicio notorio, éste se presenta vagamente apreciable en el proceso. Los elementos de prueba preconstituídos, son incompletos y quizá inconducentes, pues que cuando más servirían para obligar a una liquidación del negocio.

De otro lado es innecesario que el Consejo se detenga en el análisis del perjuicio, puesto que la ilegalidad bien manifiesta sustenta la pretensión del recurrente por lo que a la acción pública comporta.

El artículo final acusado no puede suspenderse porque lejos de violentar el sistema legal aplicable, acata el principio regulador de tales actos consagrado en el artículo 109 del Código Político y Municipal.

Por lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado revoca la providencia apelada y en su lugar suspende provisionalmente el artículo 5º de la Ordenanza acusada, con la advertencia de que esta medida caducará si el actor, después de decretada, dejare pasar cuarenta días sin continuar las gestiones a que dan lugar esta clase de juicios o deje de suministrar el papel necesario para la actuación, según lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 72 de 1926.

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

Francisco Samper Madrid — Pedro Martín Quiñones — Elías Abad Mesa — Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías — Luis E. García V., Secretario.

Oficina General del Trabajo

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Una resolución de la Oficina General del Trabajo no siempre es forzosamente un acto discrecional, no sometido a la jurisdicción contenciosa, y que reclame la inhibitoria del Consejo de Estado.

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

Encabeza este proceso el acta suscrita el 17 de enero de 1935 entre los señores Constantino Londoño y Camilo Bernal, por una parte, como propietarios de las haciendas denominadas *Las Margaritas* y *Caviedes*, ubicadas en jurisdicción de La Mesa, y de otra Arcadio Novoa, Benedicto Bohórquez, Pedro Jiménez V., Eustorgio Garzón, Adolfo Villamor, Aurelio Valero, Ramón Celis, Leopoldo Casallas, Abelardo Calderón, Ventura Pérez y Agustín García, como arrendatarios de dichas haciendas, cuya vocería llevó Celiano Rodríguez.

La Oficina General del Trabajo, mediadora de las diferencias que habían surgido entre los dos grupos expresados, obtuvo que ante ella y con el respaldo de su autoridad y el mérito de sus atributos legales, se llegase a pactar en aquella sesión memorable lo siguiente:

"Primero. Los arrendatarios nombrados se comprometen a desocupar las estancias que tienen en las haciendas mencionadas, dentro de seis meses, contados desde hoy, y a entregarlas a sus propietarios con todas sus mejoras.

"Segundo. Los propietarios se comprometen a pagar a los arrendatarios, el día de la entrega de las estancias, las mejoras que existan en ellas y que sean propiedad de los arrendatarios. El precio de tales mejoras será el que fijen un perito designado por la Oficina General del Trabajo, perito éste que será tercero en discordia, y dos peritos principales designados cada uno por una de las partes. El perito designado por los arrendatarios, no podrá ser arrendatario; deberá ser un pequeño propietario, independiente, honorable, trabajador, de buena reputación y experto. Para antes del 17 de junio del corirente año, las partes harán ante la Oficina del Trabajo la designación de los dos peritos principales, y en seguida la Oficina designará el tercero. Si alguna de las partes no hiciere oportunamente la designación de su perito, lo nombrará la Oficina del Trabajo. Los peritos rendirán su dictamen a más tardar el 17 de julio del corriente año.

"Tercero. Los arrendatarios no podrán poner de hoy en adelante en sus estancias, mejoras de carácter permanente, como café, edificaciones, cercas, etc.

Cuarto. Los arrendatarios pagarán los arrendamientos (obligaciones), que hoy deben a los propietarios, así: los que paguen dentro de un mes, a partir desde hoy, harán el pago a razón de veinte centavos por cada día que deban, los que no paguen dentro de ese plazo, pagarán a razón de treinta centavos por cada día que deban; y si al hacer la entrega de la estancia, de acuerdo con el numeral primero de esta acta, no hubieren pagado, el valor de lo que deban será deducido por los propietarios del valor de las mejoras que hayan de pagarles.

"Quinto. Las partes se obligan a observar buena conducta recíprocamente en sus relaciones.

"Sexto. La Oficina General del Trabajo sancionará al que infrinja cualquiera de las cláusulas del presente pactó con multas de veinte a doscientos pesos, convertibles en arresto a razón de dos pesos por cada día.

"Para constancia se firma como aparece.

"(Firmado), *Camilo Bernal L.*—(Firmado), *Constantino Londoño.* (Firmado), *Celiano Rodríguez E.*—(Firmado), *Arcadio Novoa*—(Firmado), *Rodolfo Fernández*—(Firmado), *Benedicto Bohórquez*—(Firmado), *Pedro Jiménez B.*—(Firmado), *Ramón Celis*—A ruego de Agustín García, *Eustorgio Garzón; Abelardo Calderón, Leopoldo Casallas,* Adolfo Villamor, Aurelio Valero y Ventura Pérez, que dicen no saber firmar, lo hace un testigo. (Firmado), *Celiano Rodríguez*—(Firmado), *Alfredo Soto,* Inspector."

Fue ésta la culminación de un breve proceso verbal, y la virtualidad de los compromisos allí adquiridos, que son o deben ser, a juzgar por la calidad del mediador, otras tantas aplicaciones sensibles de las llamadas leyes sociales, está garantizada por el poder del órgano estatal referido de constreñir a su acatamiento mediante multas de veinte a doscientos pesos, convertibles en arresto a razón de un día por cada dos pesos.

Se relieva además aquí el papel de funcionario de Policía que desempeñó el Jefe de tal Oficina, en la cláusula quinta, papel que más tarde fue subrayado por el artículo 7º de la Ley 12 de 1936.

Como desarrollo de estas prestaciones vino el avalúo de las estancias y mejoras del grupo de arrendatarios querellantes de las dos haciendas, estancias que fueron avaluadas una a una por los peritos que las partes designaron al efecto.

Más tarde, el 18 de julio del mismo año, tuvo lugar otra reunión en la Oficina del Trabajo entre los mismos interesados. Los propietarios se presentaron a cumplir la obligación que se deriva del acuerdo transcrito, relativa al pago de mejoras y estancias, y los arrendatarios, con el de manifestar que no aceptan el avalúo dado por los peritos a dichas mejoras. Se declaran en rebeldía contra tal actuación que estiman inequitativa e interesada en pro de los dueños de dichas haciendas y asumen la responsabilidad consiguiente.

La Oficina determinó entonces que las tachas opuestas a los peritos fuesen a tramitarse y decidirse al Poder Judicial, y allí remitió a las partes, cuya conciliación se hacía imposible.

Apelada que fue esta providencia, el Ministerio, antes de resolver el recurso, promovió otra reunión de contrincantes, de que no hay señal en autos. Y por Resolución número 68 de 18 de marzo de 1936 revocó la mentada actitud de su subalterno y ordenó que con intervención de nuevos peritos se hiciera otro avalúo.

Nótese que la materia propia del recurso era la resolución que remitía a las partes al Poder Judicial para la decisión de los puntos de diferencia en cuanto a la calidad de los avaluadores, tachas que vinieron a formularse no dentro de la oportunidad legal, sino cuando dichos expertos habían cumplido su misión. Y que la providencia ministerial, sin detenerse a tramitar ni a justipreciar esas tachas, implícitamente las acoge, desestima el dictamen pericial y resuelve sobre un punto no sometido a controversia, a saber: necesidad de un nuevo avalúo con personal nuevo.

Más tarde el propio señor Ministro, Resolución número 119 de 29 de mayo de 1936, negó la reposición solicitada.

Y son estos últimos los dos actos que, por escrito de seis de julio siguiente, acusó de nulidad el doctor Camilo Bernal, en su nombre propio y en representación de don Constantino Londoño, de quien recibió mandato especial. Desde luégo aparece ejercitada la acción privada.

Fueron admitidos como parte interesada en el juicio los señores Rodolfo Fernández, Benedicto Bohórquez, Arcadio Novoa, Aurelio Valero, Jesús Hernández, Leopoldo Casallas, Abelardo Calderón, Agustín García, Eustorgio Garzón, Pedro Jiménez y Ventura Pérez, representados por su apoderado doctor Miguel Hidalgo.

Y al final de la secuela hállase la vista fiscal que reclama la inhibitoria del Consejo para decidir del negocio porque, de un lado, se trata de un acto discrecional de la Oficina General del Trabajo, no sometido a la jurisdicción contenciosa, y de otro, las resoluciones demandadas tienen su origen en un contrato. Se impone, pues, el estudio de estas dos cuestiones y la consideración del fondo mismo del problema planteado, si resulta sin valor la alegación fiscal.

Originariamente establecida la Oficina General del Trabajo, como órgano mediador entre arrendatarios y dueños o arrendadores, con atribución expresa de buscar la conciliación de las diferencias ocurrentes, y de verificar el estudio de todas las cuestiones atañederas a esa clase social, sus actividades se desenvolvieron dentro de un ambiente de serenidad y discreción que dominaba el muy estrecho radio de sus actividades: ese papel importante de conciliador oficial apenas le permitió asistir a transacciones fáciles, sin establecer mudanza alguna en las situaciones de derecho preconstituídas.

Obra de mérito y de necesidad, empero, su labor así restringida, produjo adelantos notorios en esta rama de la legislación, que han ampliado el horizonte y permitídole intervenir con marcado éxito en las contiendas sociales, no ya como simple espectadora, sino con ánimo enderezado a la solución de los conflictos por la vía breve y sumaria de la conciliación, o por la vía coercitiva, haciendo gala de su carácter transitorio de Jefe de Policía, para todo lo relativo al cumplimiento de las leyes sociales.

Se ha trajinado en este comentario la senda abierta por la Ley 83 de 1923, hasta la 12 de 1936 inclusive. Pero de todas ellas debe hacerse mérito, en primer lugar, de los artículos 2 y 11 de la Ley 73 de 1927, que dieron a la Oficina del Trabajo cierto aspecto compulsivo y autoritario, con determinada jurisdicción para decidir cuestiones adscritas antes a otros órganos del Estado; que otorgaron a las resoluciones de dicha oficina virtualidad propia de fallos obligatorios, eso sí, cuando previamente se le habían determinado por escrito los puntos de la contienda.

Bajo su imperio se organizó e inició esta conciliación, esta gestión entre los dueños de las haciendas de *Las Margaritas* y *Caviedes* y los arrendatarios. Las relaciones de derecho, las prestaciones a que fueron

constreñidos, quedaron definitivamente acordadas, no a manera de simple pacto, sino de obligaciones derivadas de la intervención oficial, en los varios ordinales del acuerdo recogido en el acta transcrita al comienzo de este estudio.

Dentro del precisado campo de actividad que las diferencias ocurridas le señalaron al Jefe de la Oficina, las determinaciones adoptadas en la actuación transcrita como producto deliberado de la voluntad recíproca de las partes contendoras y de la aplicación equitativa de las normas jurídicas que gobiernan las relaciones de derecho entre arrendadores y arrendatarios, son obligatorias, definitivas e inviolables, puesto que mediante las sanciones previstas en su final artículo puede el funcionario que las recogió y adoptó al molde legal, constreñir a su acatamiento.

Los actos posteriores tanto del mismo Jefe de la Oficina como del superior jerárquico y las gestiones de parte y parte, son desarrollo más o menos adecuado de aquellas estipulaciones, producto de incidentes de su ejecución, medios oficiales de actuar, que no pueden alterar las relaciones jurídicas preestablecidas ni hacen tránsito de una a otra situación subjetiva, siquiera se desvíen de la pauta legal o de la ruta amistosa que produjo en principio el acercamiento de las voluntades contrarias.

¿Puede, pues, discrecionalmente providenciar la Oficina General del Trabajo o el Ministerio respectivo que las partes vayan al Poder Judicial para la solución de las tachas opuestas a los autores de dictámenes ya rendidos, o que se haga otro avalúo, puesto que el primero ha sido objeto de censuras?

Se acerca ya el estudio de la primera cuestión, ligeramente planteada por el señor Agente del Ministerio Público y que tiene singular importancia tanto para el fenómeno debatido como para fijar los principios del derecho administrativo que regulan las actividades de la Oficina General del Trabajo. En verdad fue instituida ésta para el caso de los arrendatarios con un carácter académico en su origen, como ya se dijo, y por consiguiente nada podía preceptuar ni discrecional ni reglamentariamente que estableciese mudanza de las situaciones concretas.

Mas, cuando fue ampliada la zona de influencia de sus atribuciones, cuando se le dio el carácter de autoridad con determinada jurisdicción preventiva sobre ciertos conflictos sociales y a sus fallos la calidad obligatoria de las sentencias, como acontece desde la vigencia de los mentados artículos 2 y 11 de la indicada Ley 73 de 1927, todas sus actuaciones son las de un agente investido de competencia regular para prescribir sobre materias determinadas y dentro de ciertas y precisas normas jurídicas, ora sustantivas, ora procedimentales, que denuncian claramente una actividad funcional reglada.

Repugna hoy a los principios que rigen la función estatal, el antiguo poder discrecional que bajo regímenes omnipotentes dejaba sin control muchas e importantes decisiones administrativas, en mengua del equilibrio jurídico y de los intereses respetables de los asociados. Así los derechos que con ese poder discrecional fuesen vulnerados, no tendrían reparación condigna, sino mediante el llamado control político tan eventual, tan inseguro y tan propenso a la desarmonía jurídica.

Establecida la relación de competencia de un agente o de un órgano dado, su actividad funcional no es ilimitada; está circunscrita, como acontece a la Oficina General del Trabajo, si no por reglas detalladas de un procedimiento ritual, ni por la calidad de los querellantes, por los preceptos que dominan la posición subjetiva de éstos, y por las normas que regulan la misión del Estado. Normas civiles, unas veces, judiciales otras, policivas las más y de simple administración en casos numerosos,

pero de aplicación necesaria si se desea mantener fidelidad al servicio público a que se está adscrito.

Si hay latitud en el obrar, no quiere decir que haya poder discrecional para resolver. Ciñen la labor del Jefe de la Oficina las reglas indicadas. Sus determinaciones no pueden menoscabar ese régimen de derecho que permite la convivencia de los querellantes y la hace obligatoria, ni pueden alterar los sistemas institucionales, so capa de buscar mayor equidad, alegando el beneficio de la clase de apariencia más débil.

Día a día avanza un pragmatismo que destierra del derecho los actos sin control jurisdiccional. No hay, no puede haber agentes públicos, órganos del Estado colocados por encima de la ley; la irresponsabilidad es apotegma histórico, es precepto caduco cuya simple enunciación causa un desacato a la estructura jurídica actual de la democracia.

En Francia el acto discrecional pertenece al pasado. Hoy no existe en el derecho. El Consejo de Estado es siempre competente para apreciar el fin que lo ha determinado y pronuncia la anulación si estima que el administrador, aun manteniéndose dentro del límite formal de su competencia, ha perseguido un fin distinto del que la ley previó al otorgársela. Esa desviación de poder requiere una sanción inmediata. Duguit dice a este respecto, página 315: "Se comprende ahora cómo no hay, no puede haber, actos discrecionales o de pura administración. Sea cual fuere la extensión de la competencia de un administrador, el administrado tiene siempre el poder de exigirle cuentas de los motivos que lo han determinado; el Consejo de Estado es competente para apreciar estos motivos y para anular el acto si juzga que ha sido inspirado el agente por un fin que no era de su competencia. Poco importa, además, el rango que ocupe el agente: sea el Presidente de la República o el más humilde de los funcionarios. Poco importa el acto de que se trate. No hay un acto realizado por un agente administrativo, cualquiera que sea, que pueda sustraerse a la fiscalización jurisdiccional del fin."

Sin embargo esa determinación del derecho público francés mantiene sin control dos órdenes de actos: los de origen legislativo, producto del Parlamento, y los que se rozan con las actividades diplomáticas, con el servicio de las relaciones exteriores de la nación francesa con las demás naciones del orbe.

El derecho público colombiano ha dado un paso más en esta luminosa jornada hacia la conquista del recíproco control de los agentes públicos. La autodeterminación del Estado hizo camino aun en el predio legislativo; las leyes que son la manifestación precisa de las actividades de este órgano del poder público, están sometidas al control judicial. A partir de la reforma constitucional de 1910, la Corte Suprema de Justicia está instituida como Tribunal encargado de vigilar la fidelidad a la Constitución por parte de los legisladores y tiene, en consecuencia, el poder de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de sus actos acusados como inconstitucionales.

Y aun para los actos de gobierno que son emanación del derecho internacional, se expresa así el profesor Jéze, página 281: "Nada se opone en la letra a esta evolución; antes, al contrario, ella se armoniza con las modernas ideas de justicia, y la indemnización estaría conforme con la noción del patrimonio administrativo. La teoría de los actos de gobierno implica, en efecto, la afirmación según la cual los gobernantes y los agentes pueden causar en ciertos casos con sus actos *daños por motivos de utilidad pública.* Las ideas modernas relativas al servicio público quieren que las víctimas de estos daños tengan el derecho a una indemnización. De otra parte, los patrimonios administrativos están organizados con el objeto de proporcionar los recursos necesarios para pagar los gastos por utilidad pública. Los Tribunales, a falta de orga-

nización contraria, pueden perfectamente ordenar reparaciones pecuniarias."

Verdad que la ley colombiana reglamentaria del recurso contencioso-administrativo lo establece para ciertas emanaciones del poder público, para actos de autoridades o corporaciones determinadas allí mismo, y no para todas las autoridades o corporaciones de la rama administrativa, lo cual denuncia retraso en la evolución comentada. Pero la evolución del derecho permite observar que hay interés por extender su influencia a todo linaje de actos que la administración produzca.

De ningún modo, empero, puede decirse que lo estatuido en una resolución ministerial y que afecte en alguna forma situaciones concretas está sin control en el derecho colombiano; el legislador puede haber dejado amplio margen para la interpretación de un concepto de derecho, para la aplicación de una norma a un caso conflictivo determinado; así un accidente de trabajo proporciona al obrero asegurado el derecho a reclamar ciertas prestaciones, y la expropiación prevista en la Constitución confiere, como ya se dijo, un derecho a la indemnización. ¿Qué es un accidente de trabajo y qué una expropiación? La ley párte de la base de que se puede dar a estas preguntas una respuesta inequívoca objetiva y que pertenece a los órganos encargados de aplicar su interpretación a las diversas circunstancias. Pero a estos órganos no les encomienda ninguna solución discrecional; la solución está en la misma ley y deberá buscarse a base de una justa hermenéutica.

En Alemania, donde todavía se habla del poder discrecional, donde fundamentalmente los Tribunales Administrativos sólo pueden reparar violaciones del derecho acusadas por órganos de la administración, la calificación de ese poder discrecional, de los linderos de esa aún sobreviviente institución cada día más estrechos, corresponde a la misma justicia administrativa. Fleiner, página 119: "....No son meramente las limitaciones externas las que la autoridad ha de respetar, sino que existen también ciertas limitaciones internas que son impuestas a su poder discrecional; a la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia; al ejercer aquélla su potestad discrecional no puede imponer su arbitrio en cada caso particular, sino atendiendo a los factores que la ley quiere que se tengan en consideración. Jurídicamente hablando, el abuso de la potestad discrecional equivale a una extralimitación."

Desecho, pues, el argumento del señor Fiscal, que tiende a libertar del control jurisdiccional la actuación sometida a este estudio, procede averiguar si esa actuación tiene origen en un contrato de derecho privado, en una convención legalmente ajustada y si sus estipulaciones quedan afectadas por las providencias que se acusan.

Se ha llamado, en efecto, acuerdo o convenio a lo estatuido en el acta transcrita, en verdad que por su forma denuncia el anhelo de pactar una situación nueva entre las partes; pero ha sido un acuerdo creado por el órgano oficial que fomentó la conciliación, fruto de una deliberación tripartita, donde sobresale indiscutiblemente la actuación de la autoridad en orden al acatamiento de determinadas prescripciones legales, como modo de resolver las dificultades creadas por el recíproco alejamiento de las partes contendientes. Ese acto de autoridad dictado en presencia de las partes y con el asentimiento expreso de éstas, no puede surtir los efectos legales de un contrato, ni entre quienes lo firmaron, en sí mismo, ni considerado con relación a terceros. Sus cláusulas son decisión de la autoridad que impuso la aplicación de los preceptos civiles concernientes. Obsérvese que su celebración no obedeció a causa contractual alguna, que no hubo voluntad de obligarse en prestaciones del derecho privado, espontáneas, creadoras de estados de de-

recho nuevos, sino a la necesidad de dar imperio a las normas de la legalidad que tales derechos garantizan.

Pero aun suponiendo que tuviese todo el valor de un contrato de transacción, o que fuese considerado como una convención destinada a poner término a un antiguo contrato de arrendamiento de predios rústicos, prevista por los deliberantes la condición del avalúo por la vía administrativa, el impulso de su ejecución corresponde al órgano del Estado que lo autorizó, y todo acto o toda gestión encaminada a ese fin, es acto administrativo independiente de las prestaciones mismas y que persigue la finalidad legal que inspiró el estatuto del servicio.

De otro modo: la orden de la Oficina General del Trabajo, o del Ministerio de Industrias que la jerarquiza, tendiente a obligar a los querellantes a efectuar por el medio indicado del peritaje un nuevo avalúo de las estancias y mejoras, es acto de la administración sometido a las reglas propias del derecho que se está aplicando. Y puede subsistir independientemente de la llamada convención y aun sin que ésta se hubiese celebrado, como acto preparatorio a un ajuste de voluntades que terminase con la aceptación del avalúo y el pago de un lado, y de otro con la desocupación y entrega de las parcelas retenidas.

La decisión tripartita acordada ante el agente público, como medio de desatar una controversia sobre intereses privados, indicó la valoración de las estancias y mejoras por expertos; cumplido este acto como aparece en el expediente, toda otra actuación posterior que se desenvuelva para ensanchar la contienda, no tiene origen contractual ni procede del arreglo pactado. Es obra de la administración que vincula a los litigantes según la esfera de competencia de su autor. Fue en atención a causas posteriores que hubo de ordenarse ese nuevo avalúo, cuyos efectos pueden influir o nó en las determinaciones de la autoridad respecto a la situación de las partes querellantes. Es un incidente de la contienda, por así decirlo, que se aleja de las prescripciones de lo ajustado en la sesión del 17 de enero de 1935 y que por tanto es discutible si obliga por su sola virtualidad a los arrendadores.

Este acto del poder público también es revisable dentro de las normas del derecho administrativo colombiano que se están aplicando.

Queda, pues, refutada la argumentación fiscal en su segunda parte.

Y el Consejo asume la jurisdicción para calificar el mérito de la contienda, mediante estas finales consideraciones:

La resolución sometida al estudio del Ministerio de Industrias y Trabajo a virtud del recurso de apelación interpuesto por una de las partes, fue la de 20 de agosto de 1935, proferida por el Jefe de la Oficina General del Trabajo, que remitió los litigantes al Poder Judicial para la solución de las tachas opuestas a los peritos avaluadores.

El superior, el órgano de la segunda instancia, tenía circunscrito y bien delimitado su campo de acción por las cuestiones tratadas en el auto recurrido. Debía confirmarlo, o revocarlo. No podía proveer sobre hechos no sometidos al recurso, ni enmendar con base en hechos nuevos, la decisión del inferior (artículo 494 del Código Judicial).

Determinar la práctica de un avalúo nuevo equivale a desconocer una situación concreta, fijada por el avalúo anterior que no fue desestimado conforme a derecho, ni objetado y calificado su mérito según las normas peculiares.

El Ministro ha debido, ciñéndose al programa de la apelación, revocar la providencia del inferior para ordenar que se diese trámite a las objeciones formuladas y se calificase el mérito final del avalúo, en la propia Oficina General del Trabajo y adoptando procedimientos legales aplicables a las actuaciones administrativas cuando en ellas hay un

vacío. Pero no podía desconocer él valor probatorio del dictamen uniforme de dos de los tres peritos, de plano, y ordenar otro avalúo. Esto porque si algún mérito tiene lo estipulado en el acta, es el carácter obligatorio que para las partes comportan las decisiones de la autoridad, tomadas en su desarrollo, a cuya observancia se pueden compeler con apremios.

Los derechos de las partes, en relación con el precio de las estancias y mejoras, estaban vinculados a la labor de los peritos designados normalmente, y al desechar este trabajo, alteróse esa relación de mutualidad.

Obligados, pues, los arrendadores, no tanto por el mérito de las cláusulas insertas en el acta invocada al comienzo de esta sentencia, sino por imperio de los artículos 966 a 999 y 1993 a 1995 del Código Civil, a pagar a los arrendatarios sus estancias y mejoras útiles, y hecho el justiprecio de tales efectos, su situación quedó determinada con carácter definitivo y la manifestación de estar dispuestos a cumplir las prestaciones de ella derivadas, de que hay constancia en autos, fortalece su derecho, que no puede ser alterado con la norma ministerial acusada. Ya se ha dicho cómo el señor Ministro habría podido limitar su papel como funcionario de segunda instancia a revocar el proveído que le fue sometido a decisión, para disponer que se tramitase la tacha opuesta a los peritos y enderezar a buen fin la actuación.

Estas breves consideraciones permiten deducir que hay violación de los preceptos legales que aquí se han comentado en el acto ministerial que se revisa, y esa violación conduce al quebranto jurídico alegado por los demandantes, por lo cual la nulidad se impone como sanción.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulas las dos resoluciones acusadas.

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

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Con mi voto negativo, *Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías — Luis E. García V.*, Secretario.

Tasas municipales

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Procede de ignorancia de las normas administrativas ese vicio de los presupuestos municipales, que agrupan con los impuestos propiamente dichos, aquellos derechos y cuotas que sólo pueden hacerse efectivos a manera de tasas, por la prestación de determinados servicios oficialmente explotados.

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

El 13 de septiembre de 1935 José J. Vélez S. acusó de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Medellin el artículo 1º del Acuerdo número 63 del mismo año, del Cabildo de esa ciudad, y pidió en subsidio la nulidad de los apartes *a*) y *b*) del mismo artículo, acuerdo "por el cual se fijan unos impuestos y se reglamenta el cobro de unos servicios."

A esta demanda se acumuló más tarde el libelo presentado por Ramón Yepes.

Los dos acusadores pidieron la suspensión provisional que prosperó en el primero de los casos.

El 4 de diciembre último el Tribunal declaró la nulidad de los apartes *a*) y *b*) del artículo acusado, en fallo que el Consejo revisa por apelación otorgada al señor Fiscal de la primera instancia.

Reza así el acto demandado:

"Artículo 1º Los impuestos y el cobro por servicios autorizados por el Código Fiscal Municipal, Ordenanza 50 de 1919, en su artículo 249 de la Ordenanza 21 de 1896 y artículo 7º de la Ordenanza 19 de 1921, serán los siguientes:

a) Por el sacrificio de reses mayores en los mataderos del Distrito se cobrará $ 2-30 oro, derecho que incluye tanto el impuesto por matadero, el impuesto por examen de animales y de carnes y tasa por el servicio o uso del matadero.

b) Por el sacrificio de reses menores en los mataderos del Distrito se cobrará $ 1-40 oro, derecho que incluye tanto el impuesto por matadero, el impuesto por examen de animales y de carnes y tasa por el servicio o uso del matadero.

c) El servicio de descuartizamiento y acarreo de reses será gratuito en el Matadero Municipal.

Artículo 2º Si el sacrificio de animales destinados al consumo se verificare en establecimientos particulares que reúnan, a juicio de las autoridades de higiene, las condiciones que deben reunir los mataderos

modernos, los impuestos por matadero y examen de animales y carnes serán los siguientes:

a) Por el sacrificio de reses mayores, $ 2.

b) Por el sacrificio de reses menores, $ 1."

Las acusaciones se basan: en que la renta de degüello es departamental; que el Departamento de Antioquia dispuso, por medio del Decreto número 1º de 1909, que ninguna persona o entidad distinta del Departamento podrá cobrar impuesto alguno por el degüello de ganado mayor; que los Municipios que tengan mataderos públicos acomodados al ordinal 14 del artículo 297 de la Ordenanza 21 de 1896, podrán continuar cobrando el derecho que tenían establecido sobre éstos.

Dice además la primera demanda:

"La Ordenanza número 19 de 1921 estableció en su artículo 7º que los Concejos pueden gravar el examen de las carnes que se haga por un veterinario graduado, hasta con ochenta centavos para las reses mayores y cincuenta para el ganado menor;

"Por lo que hace al servicio por el uso del matadero público, la Resolución número 5 de 1907 del Ejecutivo Nacional y el Decreto número 1º de la Gobernación de Antioquia dictado en 1909, limitaron a $ 0-30 el gravamen que pueden imponer los Concejos por el uso del matadero y por cada cabeza de ganado mayor.

"La Municipalidad de Medellín venía cumpliendo invariablemente las disposiciones legales citadas hasta el año de 1921 en el cual dictó el Acuerdo 145 que fijó como pago por el uso del matadero, $ 0-50 para el ganado mayor y $ 0-20 para el menor. Este acuerdo fue aceptado por los matanceros a pesar de su ilegalidad, en el interés de mejorar con el producido de ese impuesto las condiciones higiénicas del matadero.

"Con posterioridad al 145 vinieron otros como los 157 de 1922, 103 de 1923, etc. Más tarde enfrente a lo consagrado por el Acuerdo 8 de 1924, por medio del cual se hizo de cargo de los matanceros el degüello y descuartizamiento de los animales y la conducción de las carnes al lugar del consumo, el Concejo de Medellín reglamentó la materia por medio del Acuerdo 123 de 1931, pero conservando siempre el monto del gravamen fijado desde 1921.

"Por este acuerdo se determinó que por el sacrificio del ganado mayor se continuaría cobrando $ 1-30 y $ 0-70 por el menor, derechos que incluyen tanto el impuesto por matadero, examen de animales y carnes y la tasa por el uso del matadero.

"Aparte de estos impuestos y servicios la administración del matadero estableció un servicio particular de descuartizamiento de los animales y acarreo de las carnes a lugares de expendio y cobraba a quien quería ocupar este servicio $ 1 por el mayor y $ 0-70 por el menor.

"El servicio particular que venía prestando el Municipio resultó deficiente y por lo mismo perjudicial para el negocio, por cuyo motivo algunos matanceros formamos una sociedad con el propósito de prestar el servicio de sacrificio de las reses y acarreo de las carnes, todo lo cual corría por nuestra cuenta por mandato de los artículos 5 y 6 del Acuerdo 108 de 1924.

"Establecido este servicio particular, la Administración oficial del Matadero disminuyó considerablemente este renglón de entrada, y en su afán de acabar con la competencia, se dictó el Acuerdo 63 de 1935, que pretende burlar la prohibición legal de hacer competencia a los particulares en un negocio que viene explotando comercialmente."

Alega además que sólo puede cobrarse una tasa por el servicio prestado, pero no un impuesto.

Terminado el litigio en la segunda instancia, con alegaciones del Municipio y del demandante, se procede a fallarlo mediante estas consideraciones:

Autorizados por el artículo 28 de la Ordenanza 50 de 1919, Código Fiscal Seccional, los Municipios del Departamento de Antioquia pueden establecer y organizar los servicios de matadero público y examen de animales y carnes destinadas al consumo, fijar las tarifas respectivas y proveer a su funcionamiento. La noción de este fenómeno local es, pues, la del servicio público y desde luégo le atañen sustancialmente las tarifas a que está sujeta su prestación.

Los Departamentos, por virtud de la Ley VIII de 1909 son dueños de la llamada renta de *degüello*, que dice relación al consumo de carnes; las ordenanzas la organizan y el Departamento la percibe.

Sucesivamente y por medio de los acuerdos que enumera el demandante, el Municipio de Medellín estableció el servicio de matadero público y determinó cobrar en el que ha sido acusado según la relación anterior, $ 2-30 por reses mayores y $ 1-40 por ganado menor.

La Ordenanza 19 del año de 1921 señala $ 0-80 por cada cabeza de ganado mayor por examen de carnes y animales destinados al matadero, y las resoluciones ministeriales 5 de 1907 y la de 23 de diciembre de 1911 señalan como derechos por el uso del Matadero Municipal, $ 0-30 por res. (*Diario Oficial* 14490 de 11 de enero de 1912).

La primera de las disposiciones acusadas atrae la crítica del Tribunal, porque en su concepto es arbitraria e ilegal la agrupación de tres gravámenes distintos, a saber: impuesto por matadero, impuesto por examen de carnes y animales y tasa por servicio del matadero.

Pero no dice la sentencia si esas tres contribuciones municipales tienen origen legítimo en el sistema tributario, vale decir, si están precedidas de la correspondiente autorización legal. Que se haya excedido el Municipio o nó en el cobro de esas cuotas es cuestión secundaria; lo primordial consiste, pues, en verificar la capacidad o competencia del órgano que estableció tales gravámenes.

Ya se dijo que el impuesto de degüello es departamental; trátase de un impuesto indirecto que repercute sobre el consumidor y no afecta ni al productor ni al industrial que beneficia la res.

Los Municipios no pueden gravar ese consumo en si; ley alguna los faculta para crear impuestos que con esa actividad se relacionen.

Mas, como el sacrificio de la res, su beneficio y consumo son fenómenos locales, los Municipios, obligados a establecer los servicios públicos que con tales operaciones se relacionen, han creado y sostienen en primer término, el de inspección e higiene, que vigila y examina la calidad del artículo producido, de donde se justifica la tasa por examen de carnes y animales; luégo el llamado de matadero que comporta también labor de higiene y salubridad públicas, cuando agrupa en un local dado con todos los medios y elementos de asepsia el ganado que se va a dar al consumo, lo sacrifica, descuartiza, clasifica y prepara allí para el expendio y aun en algunos lugares establece como anexo el servicio de conducción del artículo así preparado a las plazas de mercado o lugares de venta.

Entra aquí la entidad municipal como empresaria de un servicio público que tiene o debe tener adscrito un patrimonio indispensable para su explotación y que demanda gastos cuya retribución por los expendedores constituye el pago de una tasa o derecho que no tiene ni puede tener las características del impuesto, puesto que no es ni general, ni obligatorio ni coactivo.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Inútilmente se ha buscado a través de la inarmónica maraña de leyes que estructuran la vida municipal una autorización para establecer como impuesto el llamado de matadero público que autoriza literalmente el artículo acusado y al cual se refiere el 41 de la Ordenanza 50 de 1919 del Departamento de Antioquia, y no podría hallarse puesto que es sabido que los Municipios no pueden gravar objetos ya gravados por los Departamentos o la Nación y porque a la naturaleza misma del servicio explotado repugna la noción del impuesto.

Procede de ignorancia de las normas administrativas indolentemente consentida a través de la rutina, ese vicio de los presupuestos municipales que agrupan con los impuestos propiamente dichos, aquellos derechos y tales cuotas que sólo pueden hacerse efectivos a manera de tasas por la prestación de determinados servicios oficialmente explotados. Que la resolución ministerial de 1907, proferida cuando la renta de degüello era nacional en su integridad, hubiese permitido a los Municipios cobrar con el nombre de impuesto la tasa por el uso de un local apropiado para matadero público y que esa facultad se conservase a través de normas de igual índole, dictadas en 1911 cuando la renta ya era explotada por los Departamentos, son hechos que han venido autorizando erróneamente la costumbre de cobrar el impuesto de matadero en todos los Municipios, tengan o nó el local apropiado en explotación, y que han permitido, como en el caso de Medellín, acumular dicho impuesto y la tasa correspondiente a que sólo da lugar el aprovechamiento de la empresa municipal dada al servicio público.

Esa práctica debe desecharse en las actividades fiscales de los Municipios. Cuando éstos tengan el lugar apropiado, apto para prestar el servicio de matadero y convenientemente administrado, pueden recaudar la cuota que estipula la correspondiente tarifa. El llamado impuesto, simultáneamente autorizado con esta cuota, no tiene asidero legal. Ni para graduarlo o cuantificarlo pueden tomarse en cuenta las reglamentaciones ministeriales invocadas porque no responden ni a las exigencias del servicio ni a las necesidades locales. Es inaceptable y absurdo limitar a $ 0-30 la tarifa por cabeza de ganado mayor, porque esa fuera la norma autorizada en 1907 en el Ministerio de Hacienda. Muy otras son las reglas a que obedece esa tasación.

Despréndese de algunas piezas del juicio el hecho de que en época reciente el Municipio de Medellín estableció por su cuenta el servicio de descuartizamiento y acarreo de carnes, al cual los particulares industriales opusieron una empresa similar con provechosos resultados. Y que por tal servicio el Municipio cobraba un peso por cada cabeza de ganado mayor.

Hoy el artículo acusado en su ordinal *c*) hace gratuito dicho servicio, pero los demandantes estiman que de esta manera se oculta y disfraza el arbitrario aumento de impuesto de matadero y que en realidad se hace oneroso el acarreo y descuartizamiento, según este pormenor:

Derecho de examen de carnes...	$ 0.80	
Impuesto de matadero...	0.50	
Cuota de acarreo y descuartizamiento..	1.00	$ 2.30

Nada de ilegal tendría por este aspecto la tasación global si se considerara que los beneficiados no harían nuevo desembolso por el último de los servicios ofrecidos y que es desconocido el monto de los factores aunados para la explotación del matadero.

Pero, como lo tiene resuelto el Consejo en sentencia de 16 de junio de 1935, "hecho el sacrificio de la res, autorizado y reglamentado el expendio de carnes, la acción del Estado no alcanza a tomar por su cuenta

obligada y exclusivamente el transporte del artículo del matadero al lugar de venta. Basta con inspecionar esta actividad. Porque el acarreo corresponde a los industriales, a los empresarios, a la iniciativa particular, con la cual sí puede, en verdad, competir el Municipio, cuya acción como empresario no puede destruir aquélla, ni tornarse obligatoria para los industriales. A menos que se llegase al extremo límite de monopolizar todos los movimientos del negocio desde el aporte y sacrificio de la res, hasta el expendio del producto y en este caso con finalidad del lucro que exhibiría al Municipio con un raro aspecto de codicioso empresario."

En tal situación se patentizaría la quiebra de los principios constitucionales y legales que garantizan la libertad de industria.

De esta crítica se liberta, sin embargo, la cláusula final estudiada, porque al hacer gratuito el servicio está diciendo que no es obligatorio, con lo cual permite el libre juego de la competencia particular.

Volviendo sobre el aparte *a*) demandado, es inaceptable la confusión que para obtener mayores entradas se hizo del impuesto de matadero y la tasa por el uso del mismo. Si existe el matadero y presta servicio al público, por su uso no pueden exigirse esas dos contribuciones. Los propios términos del acuerdo y la naturaleza de la operación están denunciando que se trata del arbitrio rentístico que los expositores de la ciencia fiscal denominan *tasas*, o sea la remuneración exigida por servicios que se prestan a la comunidad o a gremios determinados en las empresas municipales. Esas tasas envuelven siempre la idea de compensación, de retribución, como dijo el Tribunal *a quo*, y son de carácter voluntario, pues sólo se causan cuando se aprovecha el servicio.

Las nociones anteriores son las mismas que con más propiedad expone el tratadista Fritz Fleiner, en su obra *Instituciones de Derecho Administrativo*. (Párrafo 27, *Los Tributos públicos*), cuando dice:

"Los tributos públicos son prestaciones en dinero que el Estado o las otras corporaciones de derecho público exigen en forma unilateral, a los ciudadanos para cubrir las necesidades económicas. Un empréstito forzoso no cae, pues, bajo el concepto de contribución, porque presupone el reintegro de los créditos. El deber de contribuir no puede sustentarse en el Estado de Derecho sino en la ley, en el Estatuto en reglamento.

"En el derecho tributario moderno se reconocen tres clases de tributos públicos: impuestos, contribuciones y tasas. Poca importancia tiene para su caracterización jurídica el nombre que en la ley o en el reglamento o en el estatuto se ha dado a cada una de esas prestaciones.

"El impuesto consiste en la exacción pública exigida al ciudadano de una manera general y en virtud de la soberanía del Estado. El interesado contrae esa obligación incondicionalmente. El impuesto no es compensación de determinados beneficios. La competencia del Estado, del Departamento o del Municipio, para establecer impuestos o pagos de servicios derivan de la soberanía que ejercen sobre las personas o cosas de su territorio o sobre acontecimientos que tienen lugar en su territorio. El impuesto directo gradúa el importe contributivo del individuo según su capacidad. El impuesto directo refiere la obligación de contribuir a un acontecimiento de naturaleza jurídica o real sin considerar para nada la capacidad del interesado.

"Las tasas consisten en una remuneración de derecho público exigible unilateralmente al ciudadano por un servicio especial de la Administración pública o de un establecimiento público. Las tasas se subdi-

viden en tasas simplemente administrativas (legalización de firmas, licencias para edificación, etc.) y tasas de utilización (consumo de gas, de energía eléctrica, de agua). Del carácter remunerador de la tasa se sigue que no se debe si la administración pública no ha prestado ningún servicio. Así, por ejemplo, no se debe abonar tasa alguna o precio, si la administración no ha prestado ningún servicio. No se ha de pagar tasa alguna por una cámara frigorífera del matadero, puesta por el Ayuntamiento a disposición del usuario, si la cámara no produce frío; si se corta la conducción del agua, no se ha de pagar tasa por el servicio....."

La cuantía de la tasa está determinada por el costo de explotación del servicio, en primer término. Y como de los elementos que obran en el proceso no se llega a formar cabal juicio sobre esos constitutivos de la empresa oficial, es imposible decidir si la exigida en la norma acusada excede las proporciones económicas y fiscales de los factores en juego. Ya ha dicho el Consejo en otra sentencia que el Municipio no puede convertirse en empresario de actividades comerciales con exclusiva finalidad de lucro.

Bastan las precedentes consideraciones para concluir que los dos miembros del artículo acusado son nulos en cuanto por ellos se exige un impuesto de matadero conjuntamente con la tasa del servicio, que no está autorizado en la ley, y que son legales en cuanto estatuye las cuotas referentes a los servicios de examen de animales y carne y uso del matadero público. Así lo resuelve el Consejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal.

Queda en estos términos reformada la sentencia de primer grado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones — Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda — Guillermo Peñaranda Arenas — Ricardo Tirado Macías — Luis E. García V., Secretario.

Seguro mutuo

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Tanto el Código Civil como el Comercial consagran preceptos que regulan los contratos de seguros mutuos, pero sobre la base esencial de la reciprocidad de voluntades.

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

Por escrito fechado el 10 de agosto de 1936, el señor Angelino Silva S. acusó de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cali, el artículo 14 de la Ordenanza número 17 del 24 de abril de 1934, expedida por la Asamblea Departamental del Valle, y que dice:

"Cuando muere un maestro oficial, siempre que haya servido al menos un año en la educación pública del Departamento, todos los demás maestros dejarán, cada uno y por una sola vez en cada caso en poder del empleado pagador, deducido de su sueldo mensual, la cantidad de un peso ($ 1), si es maestro de escuela rural y dos pesos ($ 2) si es de escuela urbana, o colegio, entendiéndose que la deducción se hace del sueldo correspondiente al mes del fallecimiento del maestro.

"El total de las cantidades que se recauden en el Departamento por este concepto, se entregará a los herederos legítimos del finado en la forma que determine la Gobernación. La cuenta de cobro correspondiente irá acompañada de la partida de defunción y de un certificado de la Dirección de Educación Pública en que conste que el maestro desaparecido murió en ejercicio de sus funciones.

"Parágrafo. Cuando ocurra el caso de que mueran dos o más maestros en un mismo mes, sus herederos recibirán el mismo auxilio fijado en el presente artículo, pero por turno mensual y en orden cronológico de defunción."

El actor fundamenta en lo esencial así su demanda:

"La disposición ameritada la hemos venido cumpliendo estrictamente, no obstante de considerarla ilegal por cuanto así contribuimos a proteger las familias de los maestros desaparecidos; pero es el caso de que frecuentemente fallecen maestros, debiendo atender con nuestros exiguos sueldos al pago que por la disposición tántas veces nombrada se nos exige, sueldos que ni siquiera nos alcanzan para subvenir a nuestras imperiosas necesidades si se tiene en cuenta, además, que desde el mes de abril se nos deduce el 3 por 100 para la caja de ahorro obligatorio, conforme a la Ordenanza número 17 de 1936."

Cita como disposición especialmente violada el artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, en cuanto fija las atribuciones que las Asambleas tienen con respecto a los maestros de escuela, entre las cua-

les no existe la de exigir una contribución y un descuento a sus asignaciones para los fines que determina el artículo acusado.

Pidió también la suspensión del artículo denunciado, pero el Tribunal *a quo* la negó, en razón de lo prescrito en el artículo 1º de la Ley 80 de 1935, para el caso de que hayan vencido ciento veinte días después de la sanción de la ordenanza que se acuse.

En el curso del juicio, el señor Pedro Antonio Díaz, por medio de apoderado intervino para impugnar la demanda, por estimar que ella va contra los derechos adquiridos de los maestros que aspiran a beneficiarse con la gracia que el artículo acusado establece.

El Fiscal del Tribunal Superior acoge, en su dictamen de fondo, las razones del demandante, y estima la disposición demandada como violatoria no sólo de derechos adquiridos, sino de las disposiciones legales, en cuanto establece una verdadera contribución en beneficio particular.

En apoyo de su tesis, reproduce parte del concepto del señor Gobernador del Departamento, expuesto en la Resolución 117, del 27 de agosto de 1936, relativo a la distinción entre seguro colectivo y seguro mutuo, a propósito de la Ordenanza 43 de 1935, que establece una disposición análoga a la del artículo 14, de que se trata.

El Tribunal Administrativo, después de reproducir también el concepto ameritado y lo fundamental de la demanda, puso término a la litis, en sentencia del 3 de noviembre de 1936, que declara nulo el artículo acusado.

No conformes con este fallo, los impugnadores lo apelaron para ante esta Superioridad, y cumplido el trámite peculiar, se procede a resolver lo que sea legal.

En relación con los maestros de escuela y con sus asignaciones, y para el caso de fallecimiento, no existe precepto sustantivo alguno distinto del consagrado por la Ley 33 de 1925, que dispone que "en caso de que algún profesor, maestro o empleado del ramo falleciere durante las vacaciones reglamentarias, tendrán sus herederos derecho a percibir el sueldo correspondiente al resto de las vacaciones."

Entre las atribuciones que la Ley 4ª de 1913 confiere a las Asambleas, en su artículo 97, sólo existe la del ordinal 4º, que autoriza a las Asambleas Departamentales para decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras de escuelas oficiales, que hubieren servido por el tiempo que tales corporaciones determinen, que no será menor de quince años.

En cambio, los ordinales 2º y 4º del artículo 98 de la misma Ley, prohiben a las Asambleas "intervenir por medio de ordenanzas o resoluciones en asuntos que no sean de su incumbencia, y decretar a alguna persona, natural o jurídica, gracias o pensiones, salvo lo dispuesto en el artículo anterior."

Por su parte, el ordinal 1º del artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, sólo atribuye a las Asambleas Departamentales, en relación con la instrucción pública, primaria y secundaria, una simple facultad de reglamentación de los establecimientos, cuando fueren costeados con fondos departamentales, incluyendo, claro está, la de crear los empleos necesarios para el servicio del Departamento, determinar su duración y funciones, así como la de fijar los sueldos que sean de cargo del Tesoro Departamental (ordinales 16 y 25 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913); facultades incompatibles con cualquier acto de cercenamiento o disminución de los sueldos de los maestros, para los fines que determina el artículo acusado.

Lo anterior no quiere decir que los maestros de escuela no tengan libertad para crear instituciones o pertenecer a asociaciones de cooperación y mutuo auxilio, que provean a los casos de fallecimiento en relación con sus herederos, siempre que en todo ello no contravengan a las disposiciones legales o constitucionales, ni atenten contra el orden público o las buenas costumbres.

Una disposición como la acusada, indiscutiblemente entra en campo vedado por la Constitución y por la ley, ya que ella entraña una manera de confiscación de un derecho privado contra la voluntad de su dueño, de algo que constituye el patrimonio individual del maestro, a quien se le merma de sus asignaciones mensuales devengadas, las sumas que la disposición querellada establece en favor de los herederos de los maestros fallecidos.

Tanto el Código Civil como el Comercial consagran preceptos que regulan los contratos de seguros mutuos, pero sobre la base esencial de la reciprocidad de voluntades, y en ese sentido precisamente el Gobernador del Valle se pronunció, en Resolución número 117, del 27 de agosto de 1936, por medio de la cual se opuso al cumplimiento de la Ordenanza número 43 de 1935, que establecía una disposición análoga a la que se controvierte, Resolución que en lo sustancial dice así:

"Pero el seguro mutuo, dice, es un contrato para cuya validez se requiere indispensablemente el consentimiento de las partes, según lo enseñan los artículos 1502 y concordantes del Código Civil, y 643 y 685 y concordantes del Código de Comercio; de suerte que deducir obligatoriamente a los empelados y a los jubilados por el Departamento, una parte de su sueldo mensual, so pretexto de dedicar esas sumas al pago del seguro mutuo, equivale nada menos que a un acto confiscatorio, palmariamente inconstitucional, pues que se priva a dichas personas de parte de sus bienes, no por pena, o apremio, o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes, sino con el ilegal pretexto de forzarlas a celebrar un contrato para cuyo perfeccionamiento sería indispensable la voluntad expresa de los contribuyentes. Si la Ordenanza en su artículo 1º, antes transcrito, se hubiera limitado a dar reglas adjetivas para que los empleados departamentales, haciendo uso de su libertad de contratación, pudieran fácilmente establecer entre sí el seguro mutuo, sería un deber de la Gobernación, que cumpliría con especial agrado, propender porque todos sus subalternos se ligaran unos a otros por ese vínculo de solidaridad e interdependencia que, sin duda, es uno de los medios más eficaces para obtener una protección social más amplia de la que hasta el momento brinda la ley a la clase media....."

Planteado y definido así el asunto, las razones de los impugnadores de la demanda no tienen base legal alguna, y mucho menos si se estudia desde el punto de vista de los derechos adquiridos, donde han pretendido situar el debate, porque como lo expresa el Tribunal en la sentencia recurrida, el derecho que podría surgir del artículo 14 de la Ordenanza 17 de 1934, no sería efectivo sino desde la muerte del empleado, cuyos herederos deberían ser beneficiados con los descuentos a los maestros sobrevivientes, y que estuviesen en ejercicio de sus cargos; lo anterior sería una simple expectativa, que al tenor del artículo 17 de la Ley 153 de 1887, no constituye derecho alguno, y menos de los llamados adquiridos.

"El derecho adquirido, argumenta el Tribunal, es, pues, la apropiación individual de un objeto, susceptible de ser materia de una relación de derecho, apropiación que resulta a veces de la delación de la propia ley, y que en otras ocasiones se combina con la ejecución de

ciertos hechos, requeridos como condición del nacimiento o constitución del mismo derecho. Dentro de estos conceptos, que son los de la ciencia jurídica, hay que deducir que la contribución dada por los maestros, que aún gozan del beneficio de la vida, no constituye en su favor un derecho adquirido para recibir la cantidad que se ha dado a la familia de los maestros fallecidos; y tan cierto es esto, que el derecho a cobrar se pierde para el que muera, después de haber dejado de ser maestro, porque dispone el inciso 2º del artículo 14, que la cuenta de cobro ha de ir acompañada del certificado en que se haga constar que el maestro desaparecido murió en el ejercicio de sus funciones."

El artículo acusado, por tanto, a más de ilegal, es inconveniente, en cuanto no establece una justa y racional compensación entre lo que se da y lo que se espera recibir, es una concesión gratuita, que no tiene explicación justificada ni en la razón ni en la justicia, por más que tenga apariencias de un exceso de caridad, porque, en definitiva, quien aparece ejerciendo esa virtud es el Departamento por mano tercera y a costa del patrimonio ajeno, lo que le resta todo mérito.

Siendo, pues, manifiesta la oposición del artículo acusado con las normas superiores de la Constitución y de la ley, su nulidad se impone, al tenor del artículo 110 de la Ley 4ª de 1913 y los pertinentes de la Ley 130 del mismo año.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal, confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Asignaciones de los Alcaldes

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Pueden las Asambleas autorizar sobresueldos para los Alcaldes. Cosa muy diversa es arrebatar sistemáticamente a los Municipios la competencia que les corresponde para remunerar los administradores locales y fijar el monto de esa remuneración.

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

La Ordenanza número 30 de 1936, de la Asamblea del Tolima, preceptúa:

"Articulo 1º Desde agosto de 1936, los sueldos de los Alcaldes y sus Secretarios, serán pagados por el Departamento.

"Articulo 2º Destinase una suma hasta de cien mil pesos ($ 100,000) para que el Gobierno pague los sueldos de los Alcaldes Municipales y sus Secretarios, y para que constituya el fondo con que el Departamento ha de concurrir a la financiación de los acueductos y alcantarillados de los Municipios, de acuerdo con la ley.

"Parágrafo. El Gobierno fijará los sueldos, y podrá modificarlos, según las conveniencias de la Administración.

"Artículo 3º Los Municipios destinarán, en su presupuesto, las partidas con que actualmente pagan los sueldos de los Alcaldes y Secretarios, a concurrir a la formación del fondo para la construcción de los acueductos y alcantarillados municipales, según lo determina la ley.

"Parágrafo. De este fondo destinarán los Municipios el 40 por 100 para acueducto y alcantarillado público de los Corregimientos, que repartirá proporcionalmente entre ellos.

"Artículo 4º Esta Ordenanza regirá desde su promulgación."

Este acto administrativo fue acusado ante el Tribunal de Ibagué por Abundio López, quien obtuvo la previa suspensión.

La sentencia definitiva que lo anula está al estudio del Consejo por apelación del Fiscal.

Después de hacer mérito del sistema constitucional vigente, según el cual, dice el actor, el país se divide en Departamentos y Municipios, con autonomía y facultades propias, corporaciones de procedencia electiva que obran sobre la base fundamental de centralización política y descentralización administrativa, concreta así su acusación:

"El cargo de Alcalde Muicipal es de creación constitucional, así como el de Secretario es de creación legal (artículo 65 del Acto legislativo número 3 de 1910 y 87 del Código Político y Municipal), pero no dejan de ser empleados de la Administración Municipal. Es verdad que el Alcalde es agente inmediato del Gobernador, pero ello obedece a la forma

de gobierno que nos dieron los constituyentes: central en lo político y descentralista en lo administrativo, así el Alcalde es también Jefe de la Administración Municipal, y como tál sus funciones son municipales, sus servicios son prestados al Municipio, y éste debe atender al pago de sus sueldos. Esto ha sostenido uniforme y constantemente el Consejo de Estado, quien se pronuncia así en sentencia de 19 de abril de 1921:

'Es verdad que el empleo de Alcalde no es de creación de los Concejos, mas tampoco lo es de las Asambleas ni de la ley. Lo creó la Constitución, con un doble carácter: agente del Gobernador y Jefe de la Administración Municipal, función administrativa de auténtico empleado municipal (artículo 65 del Acto legislativo número 3 de 1910). Por esta faz los Alcaldes son empleados municipales, y es a los Concejos, por mandato legal, que corresponde fijarles el sueldo. Las asambleas no pueden, por tanto, entrometerse, ordenándoles a los Municipios que de su Tesoro les fijen la cuantía de sueldos y sobresueldos a dichos funcionarios.'

"En suma: los sueldos de Alcaldes y Corregidores no son de cargo de los Departamentos. Estos sólo pueden ordenar que dichos empleados sean o nó remunerados. Tal gasto corresponde, cuando sea el caso, al Tesoro Municipal, sin que en su fijación o cuantía tengan facultad de intervenir las Asambleas, según queda demostrado....."

Los dos hechos contemplados en el acto ordenanzal, a saber: la necesidad de levantar y uniformar las asignaciones de los Alcaldes, sustrayéndolas a los vaivenes de la política local, y la no menos urgente de incrementar el desarrollo urbano, mediante obras indispensables al funcionamiento de servicios públicos esenciales, exigen estudio separado, como que parecen ser los que inspiran el acto que se revisa.

Criticase en primer término esa incursión de la Ordenanza al campo de las actividades locales como un medio de arrebatar independencia administrativa y fiscal al Municipio. Así fue considerada en la sentencia que el actor transcribe.

El régimen municipal, en verdad, tiene sus fueros, y el Consejo insiste en destacarlos como invulnerables, a través de los varios regímenes constitucionales. Esos fueros se otorgan para encauzar la sactividades locales, dirigidas a mejorar el funcionamiento de los servicios públicos y la administración en general. Con las limitaciones legales, y dentro de la amplia zona que el constituyente ha demarcado, son los Municipios, por medio de sus Cabildos o Concejos, administradores autónomos de su patrimonio fiscal y económico; ellos, los únicos que pueden confeccionar la lista civil de sus funcionarios, y los únicos capaces de elaborar y ejecutar sus presupuestos y sus apropiaciones dentro del molde legal. Esta regla general afecta a todos los empleados y funcionarios que laboran en el Municipio y para él, sean de creación legal o local. Cuando de los Alcaldes se trata, y ellos son creación constitucional, su labor atañe tanto al Municipio, cuya administración gerencian, como a los Departamentos y a la Nación. Viene entonces la necesidad de sostenerlos en su rango y categoría, que están determinados por la importancia y desarrollo de la localidad, mediante una asignación adecuada, que en primer término compete servir al Tesoro Municipal. Cuando éste, por deficiencia comprobada o por mala administración, o por consideraciones de índole personal o política, no concúrre puntualmente a satisfacer este gasto, surge el interés general y público para que el Departamento intervenga con su ayuda, en forma de sobresueldo, según lo tiene también determinado el Consejo en respuesta a una consulta del Ministro de Gobierno sobre la materia: *Anales* número 192, página 361.

Argúyese que hay algunos Departamentos, como el de Antioquia, que tienen bien establecido el sistema que quiso introducir el Tolima para los Alcaldes, y funciona con buenos resultados.

Empero, la tendencia general y el espíritu de la Constitución Nacional tienden a asegurar la autonomía administrativa de los Municipios, cuya vida local es extraordinariamente importante para el Estado. Una larga experiencia histórica demuestra que el centralismo exagerado debilita los impulsos de progreso de los Municipios y detiene su desenvolvimiento; pues las necesidades de cada región no logran ser adecuadamente interpretadas sino por quienes están en contacto inmediato con esos mismos intereses.

En el caso concreto de los Alcaldes, la Carta Fundamental dispone que son a la vez agentes de los Gobernadores y Jefes de la Administración Municipal, fórmula intermedia, que ha sido celebrada por los comentadores de nuestro Derecho Público, y que resulta benéfica siempre que la influencia del poder central se mantenga dentro de sus justos límites y no perturbe la recta apreciación de los problemas locales. De ahí la serie de disposiciones legales que tienen por objeto mantener un equilibrio permanente entre las dos funciones cuya conciliación armónica se busca.

Ahora bien: todo lo que tienda a dislocar este equilibrio, a hacer prevalecer unos intereses sobre los otros, es nocivo y contrario a las bases mismas de la Constitución; y resulta tanto más perjudicial cuanto más directamente ponga en peligro el normal desarrollo de las aspiraciones del Municipio, que es la entidad débil frente al Departamento y a la Nación.

Las breves observaciones anteriores aclaran el problema jurídico planteado por la expedición de la ordenanza que se estudia. Este acto administrativo hace de cargo del Departamento, exclusivamente, el pago de los sueldos de los Alcaldes y de sus Secretarios, y como si esto no fuera bastante para asegurar el control departamental de los Municipios, pone en manos del Gobernador, sin limitación alguna, y sin señalarle pauta o norma que dirija su criterio, la fijación de las remuneraciones respectivas, autorizándolo a la vez para modificarlas.

Adoptado este procedimiento, es claro que los jefes de la administración municipal que frecuentemente son escogidos sin consultar los intereses locales, entre personas oriundas de otras regiones, se disvincularán cada día más del Municipio cuyas necesidades están llamados a atender, y se preocuparán tan sólo por hacerse gratos al Gobierno central, del cual van a depender completamente en materia económica, y a la vez el Municipio perderá toda posibilidad directa de hacer sentir su influencia sobre la persona del agente del Gobernador. Y no siendo raros los casos en que los intereses departamentales y los municipales no son concordantes o armónicos, se producirá un desequilibrio, inconveniente para la entidad más débil.

Ahora bien: estos reparos de orden general encuentran pleno apoyo en la ley, que, como ya se ha dicho, se esfuerza para garantizar a los Distritos su autonomía y sus propios fueros.

En efecto: el artículo 145 del Código de Régimen Político y Municipal, dispone que la "administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo." El artículo 169 del mismo Código, ordena a los Cabildos "formar el presupuesto de rentas y gastos para el servicio del Distrito." Y el artículo 5º de la Ley 5ª de 1918, desarrollando estos preceptos, de alcance general, ordena expresamente a los Municipios dividir su presupuesto en una serie de capítulos, el primero de los cuales es el de Gobierno, respecto del cual reza así dicha disposición: "En el Departamento de Gobierno se incluirán los gastos del Concejo, *de la Alcaldía,* de la Personería, de la Policía y sus análogos."

Resulta, por lo tanto, que los Municipios tienen la obligación de remunerar a los Alcaldes, y que sólo una ley podría quitarles esa carga, que por muchos aspectos es ventajosa para ellos.

Por el contrario, no hay disposición alguna que autorice a los Departamentos a asumir el pago total de los sueldos de las Alcaldías, suprimiendo así de un tajo la atribución que la ley ha concedido a los Concejos. Ya se sabe que las entidades de derecho público, a diferencia de las particulares, no pueden hacer sino aquello para lo cual tienen competencia legal. Fuera de que el numeral 25 del artículo 97 del Código Político y Municipal parece excluir la facultad de hacer ese gasto, puesto que limita en esta materia las actividades de las Asambleas a "fijar los sueldos de los empleados del Departamento, que sean de cargo del Tesoro Departamental." Y fuera de que el numeral 2º del artículo 98 del mismo Código prohibe a las Asambleas "intervenir por medio de ordenanzas o resoluciones en asuntos que no sean de su incumbencia."

Es notorio, de otro lado, el avance del derecho político en este particular. Bajo el Código de Régimen Político y Municipal de 1888, expedido en desarrollo de los mandamientos constitucionales de 1886, el artículo 167 allí, hacía de cargo de los Departamentos, exclusivamente, el pago de los sueldos del personal de las Alcaldías, y el nuevo régimen político del Municipio excluye y suprime esta función a los Departamentos y esta carga a sus respectivos Tesoros, precisamente porque la antigua práctica era nociva a la vida municipal.

Y no se diga que el artículo 198 de la citada obra permite aplicar "los bienes del Estado o del Departamento en beneficio de los Municipios," y que, por lo tanto, los artículos 1º y 2º de la Ordenanza número 30 de 1936, materia de la acusación, encajan dentro de aquella norma legal, puesto que tal disposición exige para ello la concurrencia de graves motivos de interés público, que no existen en el caso que se contempla.

Bien pueden las Asambleas en el evento de que un Distrito, por escasez de recursos no pueda atender decorosamente al sostenimiento de los empleados municipales, como ya se dijo, destinar una partida para ayudar a ese gasto, autorizando sobresueldos para los Alcaldes. Cosa muy diversa es arrebatar sistemáticamente y para siempre a los Municipios la competencia que les corresponde para remunerar los administradores locales y para fijar el monto de esa remuneración, aun cuando puedan holgadamente atender a ese gasto, como ocurre en la mayoría de los Distritos del Tolima, según se desprende del estudio de sus presupuestos. Y cosa en completa oposición con aquel artículo es obligar al mismo tiempo a los Municipios, como se hace en la Ordenanza acusada, a destinar los fondos, que aplicaban a sueldos de los Alcaldes, a ciertos gastos que se les imponen, con violación de otras disposiciones vigentes ya citadas.

De otra parte, nada demuestra que convenga realmente a los Departamentos una medida de este género, que si bien aumenta la influencia política del Gobernador, no justifica económicamente la erogación cuantiosa que sin razón justificativa se exige del Tesoro Departamental. Es verdad que en algunos casos, por lo demás no muy frecuentes, algunos Concejos poco serios o escrupulosos, buscan la caída de los Alcaldes por el camino de reducirles los sueldos hasta sumas irrisorias. Pero de una parte, los Gobernadores tienen la facultad de objetar los acuerdos y de acusarlos ante las autoridades administrativas por medio de los Fiscales; y, por otra parte, bien puede corregirse este mal por medio del sistema de sobresueldos, que sí es aceptable, y que no causaría al Departamento sino un egreso inmensamente menor que el que ahora se proyecta.

Por lo que hace a la arbitraria facultad concedida a los Gobernadores, con absoluta nitidez resalta su ilegalidad, pues aun en el supuesto de que las Asambleas pudieran fijar los sueldos, nada indica que estén autorizadas para delegar en forma tan amplia semejante atribución, que se sale de la esfera que la Constitución y la ley han señalado a las actividades del Organo Ejecutivo, encargado de proveer para los casos concre-

tos, pero no de tomar disposiciones de carácter general, propias del legislador. Desde hace siglos se sostiene en Derecho Constitucional la teoría de que las corporaciones representativas deliberan y el Gobierno ejecuta.

Conferir a los Gobernadores una función de esta magnitud, sería simplemente introducir la arbitrariedad y el favoritismo en la Administración Pública, y dar lugar a todo género de abusos, tanto en el orden político como en el administrativo. Por este medio podrían, mandatarios apasionados o incomprensivos, perjudicar a unos Municipios a expensas de los otros, fuera de que tal facultad, aun rectamente ejercida, refuerza en forma inusitada la autoridad del Gobernador, y consecuencialmente la de los poderes centrales, sobradamente reconocida y amparada por las instituciones vigentes.

Por lo que al segundo punto de la cuestión debatida atañe, es verdad que las Asambleas pueden determinar los gastos que son de cargo de los Municipios, pero siguiendo los sistemas trazados en la ley. Y es bien sabido que la 5ª de 1918 estatuyó para todo lo relacionado con las actividades fiscales referidas.

También pueden, en circunstancias especiales, decidir que un gasto que interesa a la localidad sea de su cargo, sea sufragado por el Tesoro Municipal, pero en la cuantía y oportunidad que el Concejo respectivo determine.

Es sensiblemente fácil aceptar que la construcción de acueductos y alcantarillados municipales es de cargo o debe ser de los Tesoros locales, sin que esto vede la influencia de los tesoros superiores, que pueden concurrir, tomando tales obras a su cargo o auxiliándolas.

Por la regla general primeramente enunciada, esos gastos municipales indispensables al desarrollo urbano, son de cargo del Tesoro Municipal, y a ellos debe atender constantemente en proporción a su capacidad o potencialidad fiscal.

Pero las Asambleas no pueden legalmente ordenar que los Municipios destinen determinadas partidas de sus rentas o impuestos, ni determinadas sumas anuales para esas obras, porque no tienen esa influencia sobre el ejercicio activo y pasivo de los presupuestos locales. Su labor está circunscrita, ya se dijo, a enumerar, cuando lo crea conveniente, por vía general de reglamentación de la Hacienda municipal, los gastos que son de cargo de esta entidad, pero no señalará como tales los que la ley haya impuesto a la Nación o al propio Departamento, y por ende, los que sean superfluos a las necesidades locales (artículo 199 del Código Político y Municipal).

La administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, dice el artículo 145 allí. Y por el artículo 169, deben los Concejos formar el presupuesto anual de rentas y gastos para el servicio local, cuya función comprende la determinación exacta de las partidas que se deben destinar a obras públicas locales, hayan sido ordenadas por el propio Concejo o por las Asambleas.

El artículo 3º y su parágrafo, de la Ordenanza en estudio, son, pues, contrarios a estos principios legales.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al señor Ministro de Gobierno, a la Asamblea y al señor Gobernador del Tolima, y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Con mi voto negativo, *Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Impuestos sobre muelles

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Es nula la disposición de un acuerdo municipal que establezca un gravamen global sobre los muelles particulares.

Consejo de Estado—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

En apelación interpuesta tanto por el Fiscal 2º Superior, como por el Personero Municipal de Cartagena, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de esa ciudad, que lleva fecha 26 de febrero último, ha venido a esta corporación el expediente sobre nulidad del artículo 8º del Acuerdo número 33, expedido por el Concejo Municipal con fecha 20 de noviembre de 1936, en el que es actor el doctor Héctor Gamarra Visbal.

Por la referida sentencia se decretó la nulidad del acto demandado, y como el asunto ha recibido ya en esta corporación la tramitación legal que le corresponde, se procede a resolverlo, para lo cual se considera:

El acto acusado es del siguiente tenor literal:

"ACUERDO NUMERO 33

. . . . . .

"Artículo 8º Establécese un gravamen mensual sobre los muelles particulares, así:

"De la 1ª clase. . . . . .$	500.00
"De la 2ª clase.	300.00
"De la 3ª clase.	250.00

"Este impuesto se cobrará directamente por la Tesorería, e ingresará a fondos comunes."

Como se afirma en la demanda, y lo sostiene la sentencia del Tribunal que se revisa, hay disposiciones, tales como la del artículo 3º de la Ley 56 de 1887 y la del artículo 144 de la Ley 110 de 1912, que prohiben gravar con impuesto las "oficinas, depósitos y muelles" pertenecientes a los directores y agentes de los buques que naveguen en las aguas que están bajo la jurisdicción del Gobierno, y disponen que el servicio de los muelles establecidos en los puertos nacionales, ya sea por el Gobierno o por los particulares, se pagará "por razón de los buques que atraquen a ellos," y no de una manera global, como lo establece el acto acusado.

Pero por sobre todas estas razones está la muy poderosa y suficiente, de que el artículo 62 del Acto legislativo número 3 de 1910 establece que los Concejos Municipales deben votar las contribuciones y gastos loca-

les de conformidad con la ley y las ordenanzas, y el numeral 9º del artículo 171 del Código Político y Municipal, prohibe terminantemente a los Cabildos gravar con nuevos impuestos los objetos que ya lo han sido por la Nación o por los Departamentos.

Hay constancia clara y terminante en el expediente, de que las embarcaciones que verifican el comercio de cabotaje y el costanero, pagan el impuesto de muelles a The Colombian Railways & Navigation Company Limited, de acuerdo con el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la citada Compañía, luego no puede establecerse por el Municipio un nuevo gravamen sobre el mismo objeto.

Por las solas razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con la opinión de su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia del Tribunal Administrativo de Cartagena, que había venido en apelación y de que se ha venido tratando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Francisco Samper Madrid—Ricardo Tirado Macías—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Desistimiento de la acción

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Cuando los actos administrativos son especiales y sólo afectan los intereses de una o más personas, únicamente encuentra cabida la acción privada.

Consejo de Estado—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

En la sesión que celebró el Consejo de Estado el día 28 de mayo del corriente año, se leyó el proyecto de fallo elaborado para poner término a este asunto, y quedó pendiente la discusión de él para continuarla en próxima ocasión.

Dos días antes había sido presentada en la Secretaría la petición de desistimiento, que personalmente hace la señorita Mercedes Romero T., de la acción que había intentado.

A causa de no haber llegado con la petición respectiva la tarjeta de identidad de la peticionaria, se demoró el asunto en llegar a la mesa del Consejero ponente, quien no lo conoció sino después del día 28 de mayo, ya citado.

Dijo la señorita Mercedes Romero T., en la demanda presentada ante el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Bogotá, que solicitaba la nulidad de las disposiciones de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social Municipal, de fecha 10 de julio de 1935, y de la Resolución de fecha 10 de septiembre del mismo año, y la número 305, de 18 de noviembre del mismo, por la cual se niega la revocatoria de la primera, en acción pública y privada. La primera, en relación con la disposición de 10 de julio de 1935, y la segunda, contra las otras dos resoluciones.

Para resolver lo que sea del caso respecto al desistimiento de la acción o acciones intentadas por la demandante, se considera:

Ha sido jurisprudencia constante del Consejo, que la acción con que procede el actor no es pública ni privada, o no se considera con esos caracteres, por el nombre o la determinación que el demandante le dé en su libelo, sino por la naturaleza misma de las cosas, o sea por la naturaleza de la acción en sí misma, tal como ella aparezca a la luz de las disposiciones legales aplicables. Es muy copiosa a este respecto y muy antigua la jurisprudencia sostenida por la corporación en este punto.

Las resoluciones que en el presente caso se dicen acusadas en acción pública, no afectan sino a un determinado y reducido grupo de personas, algunos maestros de escuelas públicas del Municipio de Bogotá, y por consiguiente sólo ellas, las personas que se pretenden lesionadas, han podido acusarlas con intención de que prosperaran las demandas respectivas, por considerar que tales actos administrativos eran violatorios de sus derechos civiles.

De donde se deduce, a juicio del Consejo, que la acción con que se intentó la demanda es una acción privada, no obstante que la demandante manifestó con claridad que intentaba la acción pública contra la primera de las resoluciones a que se ha aludido, y la acción privada contra las otras dos resoluciones de la misma autoridad, o sea la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social Municipal.

Es evidente, ha dicho el Consejo de Estado, que en toda acción privada, es decir, en todo caso de lesión de derechos civiles, hay una violación de la Constitución o de la ley, porque, precisamente, la violación de esos preceptos es la que ocasiona la violación del derecho particular, reconocido y amparado por aquellas leyes; pero como en tales casos se busca no el imperio de la Constitución o de la ley, por lo que éstas tienen de obligatorio en sí para todos los asociados, sino la suspensión de ciertos males o agravios causados a determinada persona concretamente con el acto administrativo, aquí no cabe la acción pública sino la privada, con todas sus consecuencias y efectos judiciales. (Sentencia de junio 9 de 1924, tomo XVII, página 235. *Anales* 139 y 140).

En otra parte dijo el Consejo: cuando los actos administrativos son especiales, y se refieren a una o más personas particularmente, y por lo mismo sólo afectan los intereses de esas personas, únicamente encuentra cabida la acción privada, porque solamente quien se cree agraviado es el llamado a intentar el juicio correspondiente de nulidad, según los términos de la ley. (Sentencia de julio 9 de 1924. Tomo XII, página 240. *Anales* 134 a 144).

De conformidad con el artículo 14 de la Ley 25 de 1928, en las acciones de carácter público no se permite el desistimiento de la acción que se hubiere intentado.

Por este motivo se hacen las consideraciones anteriores para demostrar que la acción con que procedió la demandante no tiene el carácter de pública, como ella lo manifestó, sino que es una acción puramente privada.

De consiguiente, el desistimiento presentado en este juicio, con fecha 26 de marzo del corriente año, debe prosperar, porque está ajustado a las disposiciones legales, y debe tener todas las consecuencias y efectos judiciales de que habla la sentencia del Consejo, arriba transcrita.

En consecuencia, admítese el desistimiento de la acción intentada por la señorita Mercedes Romero T., contra las resoluciones de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social Municipal de Bogotá, de fecha diez de julio de mil novecientos treinta y cinco y del diez y ocho de noviembre del mismo año, de la misma entidad, y la de diez de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, de que trata este expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Samper Madrid—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Suspensión provisional

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Cuando litigan dos entidades de derecho público, si se trata de decretar o nó la suspensión provisional, no puede tenerse en cuenta el perjuicio evidente de los intereses privados del demandante, ya que no es posible suponer que el legislador pueda con sus disposiciones causar perjuicio a los intereses de las entidades en conflicto.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

Con fecha 3 de noviembre del año pasado, el Consejo decretó la suspensión provisional de los artículos 1º y 3º de la Ordenanza número 32 de 1936, expedida por la Asamblea de Cundinamarca.

Tanto el señor Fiscal de la corporación, como el apoderado del Municipio de Albán, solicitaron, en tiempo oportuno, reposición de aquella providencia, y se fundaron en consideraciones de diversa índole, sin coincidir sino en la identidad de la solicitud de reposición del mencionado auto.

Dos consideraciones fundamentales hizo contra la providencia de que se trata, el apoderado del Municipio de Albán, a saber:

1ª El auto guarda silencio "sobre la extemporaneidad de la alzada, ya que lo extemporáneo anula la alzada misma;

2ª "Una serie de observaciones jurídicas acerca del auto que decretó, como ya se dijo, la suspensión de la Ordenanza materia del presente juicio."

Se dice que la forma de apelación de que trata el artículo 2º de la Ley 80 de 1935 para los autos de suspensión provisional, es de puro y simple efecto devolutivo, y se agrega que el auto de 24 de agosto, que la otorgó, le da expresamente esta calidad, y ordena la compulsa de las copias sin fijar término para ello, y que debe circunscribirse a lo preceptuado en el artículo 499 del Código Judicial.

Pero observa el Consejo que la apelación de que se trata es un recurso *sui generis,* que participa de ambos caracteres, el suspensivo y el devolutivo, y así lo tiene ya sentado en una jurisprudencia que es demasiado conocida por la frecuencia con que se ha aplicado.

Esto en cuanto lo puramente procedimental, ya que en las alegaciones hechas en contra de la providencia reclamada se insiste por una y otra parte, de modo especial, en el error en que incurrió, según ellas, el Tribunal Administrativo de Bogotá, al dictar el auto por virtud del cual vino al conocimiento del Consejo el presente negocio.

Esta Superioridad tiene establecido en dilatada jurisprudencia, que cuenta con asentimiento general, el principio de que son fenómenos

esncialmente distintos, el de la creación de Municipios, el de supresión de los mismos, el de agregación de un Municipio a otro, total o parcialmente, y el de segregación de uno para agregar a otro u otros parte de su territorio.

Desde el momento en que se diferencian los fenómenos jurídicos de esta manera, las normas aplicables tienen que ser forzosamente distintas, y así lo ha confirmado para cada caso especial esta Superioridad.

Tratándose ahora de mantener la providencia que decretó la suspensión provisional del acto acusado, o de reformarla o revocarla, es conveniente adelantar que la ley ha dejado a la prudente apreciación del juzgador la calificación o estimación de los perjuicios que deben evitarse con la suspensión provisional, teniendo en cuenta, desde luégo, las pruebas y documentos que se aduzcan, lo que quiere decir, en buena lógica, que para levantar la suspensión provisional ha de tener el juzgador la misma o parecida amplia facultad de apreciación de los hechos y de las pruebas que se presentaron, y que por cualquier motivo no fueron debidamente analizados, o lo fueron de una manera fragmentaria.

Tan amplia es la una facultad como la otra ante las prescripciones de la ley que concede al juzgador esa preciosa autorización, segura garantía, en la mayor parte de los casos, del derecho lesionado, real o aparentemente.

Es precisamente lo que acontece con las copias que obran en autos, visibles en el cuaderno primero, foja 1ª, de este expediente, expedidas al señor doctor Patiño Bernal, y las cuales se refieren a determinados documentos que tuvo a la vista la Asamblea de Cundinamarca para dictar la Ordenanza número 32 de 1936, arriba citada.

Tratándose, como ya se dijo, de la suspensión provisional del acto acusado, no puede entrar el Consejo a un estudio de fondo en la cuestión propuesta, pero para buscar fundamento a la resolución final que haya de dictarse ahora, si puede avanzar que no hay base sólida para deducir con certeza, como debe suceder en estos casos, que los documentos transcritos sean todos los que la Asamblea del Departamento tuvo a la vista, o mejor dicho, sean todos los que, de acuerdo con las leyes, debió tener de presente y en estudio para llegar a expedir la Ordenanza de que se viene hablando.

Por este aspecto, pues, la providencia del Consejo de Estado, cuya reconsideración se solicitó en tiempo, deja de presentar ahora mejor estudiados los hechos que la motivaron, y con más espacio y detenimiento, la consistencia que en un principio se le atribuyó por el Consejo.

Otro tanto puede decirse respecto de uno de los puntos de apoyo que tuvo la mencionada providencia, cual es el de la inspección ocular practicada con asistencia de peritos nombrados, con el fin de poner en claro algunas cuestiones de puro hecho, no de derecho.

Aparece establecido que la mencionada inspección se practicó con todos los caracteres de la prueba sumaria, esto es, sin la intervención de los representantes legales del Municipio de Albán, como era de rigor en el proceso.

Y siendo esto así, y lo es en efecto, la susodicha prueba está sometida a ser redargüida, toda vez que la inspección no se practicó dentro del término respectivo y en la amplitud del juicio, sino sumariamente, como se deja dicho.

La fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones, que se hagan, se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica, y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que des-

empeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes, y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen. (Artículo 723 del Código Judicial).

El perjuicio evidente de los intereses privados del demandante, que en otras ocasiones, cuando se trata de reales o pretendidas lesiones de derechos civiles, es preciso tener en cuenta para decretar o no decretar la suspensión provisional del acto acusado, no puede tenerse en cuenta en el caso presente, ya que litigan dos entidades de derecho público, y que no es posible suponer que el legislador pueda, con sus disposiciones de segregación de territorios municipales, causar perjuicio a los intereses públicos de las entidades en conflicto.

En el estado en que se encuentra esta causa no le es dado al Consejo anticipar otros conceptos, pues se trata simplemente de mantener o levantar la suspensión provisional del acto acusado, facultad que la ley deja con amplitud al recto criterio del juzgador, para cuando se le demuestre, por una parte violación patente de la Constitución o de la ley, y perjuicio notoriamente grave, sufrido por el querellante, con la vigencia del acto o de la disposición de que se queja.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado revoca su auto pronunciado en este negocio con fecha 3 de noviembre de 1936, y en su lugar confirma el del Tribunal Administrativo de Bogotá, de fecha 5 de agosto de 1936, objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Con salvamento de voto, *Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda*—Con salvamento de voto, *Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamènto de voto

Consejeros, doctores
PEDRO MARTIN QUIÑONES
y GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Es errónea la tesis de que los Municipios sólo tienen intereses públicos o sociales, pero nunca privados que la Constitución y la ley garantizan individualmente considerados.

Como resumen de las exposiciones hechas ante la Sala Plena del Consejo para sustentar el proyecto elaborado por los suscritos, y que niega la reposición de la providencia reclamada, y a manera de salvamento de voto que patentice total disentimiento con las teorías que consagra la precedente resolución de la mayoría del Consejo, extráctanse los siguientes apartes de dicho proyecto:

"Tanto el señor Fiscal como el apoderado del Municipio de Albán han solicitado en escritos anteriores, reposición de la providencia de tres de noviembre último, que decretó la suspensión provisional de algunos artículos de la Ordenanza número 32 de 1936, expedida por la Asamblea de Cundinamarca.

"Confiesa el señor Fiscal, en el memorial de reclamo, su 'íntimo convencimiento' de que con la providencia reclamada se va a ocasionar un perjuicio mayor al que se trata de evitar. Porque ya cumplida la forma de segregación de términos municipales que concreta la Ordenanza, el restablecimiento del *statu quo* produciría una grave turbación del orden público.

"No puede tenerse en cuenta tan singular observación, que coacciona visiblemente al señor Agente del Ministerio Público, porque este criterio de la peligrosidad de los fallos está totalmente descartado de la jurisprudencia; menguado sería el Tribunal que se abstuviese de administrar justicia por temores más o menos fundados. Este inveterado modo de dialogar ante los Jueces, cerró su ciclo de bonanza, cuando se aseguró en la organización constitucional del Estado la independencia de los Jueces, que es y ha sido orgullo de naciones cultas. De otro lado, el temor del señor Fiscal es suyo, y muy respetable; pero ha dicho el Consejo, precisamente en el auto reclamado, que no pueden contraponerse para valorarse los dos tipos de perjuicios: uno real y otro hipotético, futuro, probable.

Le sorprende al señor Fiscal, como inusitada, la doctrina del auto que reclama. Empero, ella es tan antigua, que se remonta a los orígenes mismos de la institución contencioso-administrativa en Colombia, a través de cuya jurisprudencia, y con alguna excepción, ha venido sosteniéndose la necesidad de respetar las situaciones concretas que el acto acusado tiende a modificar con evidente perjuicio para el demandante.

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo tiene entre nosotros dos finalidades principales: o repara el mal social ocasionado por la violación de parte de los poderes públicos de la Constitución o de la

ley, o el que con estos mismos actos sufran los intereses de los ciudadanos; aquéllo genera acción pública, y ésto acción privada. Unos y otros de dichos males o perjuicios deben ser, según los precisos términos de la ley, de naturaleza notoriamente grave, para que la suspensión sea procedente desde el momento de la iniciación de la demanda. Si se trata de acción pública, basta para poder decretar la suspensión, que la violación de la Constitución o de las leyes aparezca de manifiesto en el acto acusado. En el caso de la acción privada, se requiere la existencia conjunta de la violación legal y del perjuicio particular que con ello se infiera al ciudadano, y que todo ello aparezca con notoria gravedad, desde luégo que en el orden jurídico todo perjuicio implica necesariamente la violación del derecho. Allí, donde no hay derecho lesionado, no puede decirse que exista agravio para nadie.

"Los principios aquí enunciados dominan el ambiente jurídico que inspiró la providencia reclamada; a su revisión debe procederse sobre tal base, para verificar atentamente si han sido acatados o nó. Tales principios armonizan, lejos de crear incompatibilidades, con los que al final de su breve réplica transcribe el Fiscal; si aparece de manifiesto el quebranto jurídico inferido al derecho objetivo, o si es el caso de la protección del orden meramente subjetivo, es, *prima facie*, factible la nulidad, y a la suspensión se procede, siempre que no haya habido reserva de pruebas, una vez que la incursión al campo subjetivo debe guiarla el demandante con elementos fehacientes. La desarmonía en las varias tesis es simplemente imaginativa, y por lo menos, tanto como el Fiscal, se preocupan los suscritos por mantener el imperio de la doctrina, en cuanto ella tenga de perdurable.

"Considera el opositor, casi temeraria, la afirmación del auto reclamado, en cuanto dijo que la actividad funcional de las Asambleas es la misma cuando trata de crear un Municipio o cuando trata de segregar para agregar a otro porciones territoriales.

"Tal enunciado ha sido mal entendido y peor interpretado, y no debiera tomarse aisladamente para la crítica, puesto que adviene como prolongación de esta tesis contenida en el pasaje inmediatamente anterior. 'Todos los fenómenos relacionados con la integridad territorial de los Municipios, y que afecten o puedan afectar su propia existencia y su desarrollo, están gobernados por leyes que tienden a robustecer cada día más esa integridad....'"

Pues bien: esas leyes que avanzan en el predio de la reglamentación, para robustecer el Municipio y defenderlo de los embates de las Asambleas políticas, regulan una actividad funcional idéntica, que tiene teatro múltiple: ora cuando crea los Municipios, ora cuando los elimina, ya cuando cambia su cabecera o cuando les segrega porciones territoriales y rectifica sus términos o linderos. Claro y evidente como la luz meridiana es que el ejercicio del atributo de crear, producto de aquella actividad funcional, corre por cauce distinto al que conviene al acto de segregar y fijar límites dentro de la norma administrativa general. Cada una de esas manifestaciones de actividad tiene vías especiales, pero todas confluyen al ejercicio de una función idéntica, de una gran facultad, de un precioso acopio de competencia en las Asambleas, cuyas faces todas reflejan sobre la vida municipal.

Esto es incontestable, y no es incompatible con esotras teorías sobre leyes y estatutos especiales para cada atribución. Que se haya dicho que la Ley 49 de 1931 no se aplica en sus nimios detalles a la segregación, bien; pero la enunciación de la tesis que tánto ha sorprendido al Vocero de Albán, no es nueva; basta citar el fallo del 17 de mayo de 1933, publicado en la página 772 y siguientes del número 205 a 208 de los *Anales*. del cual se extracta lo siguiente:

"Un lento pero no menos definido avance del derecho colombiano, hace cada día más laboriosa esta faena.

"Para apreciar la relación que vincula estos dos fenómenos, basta tener en cuenta que tanto para dar vida a un nuevo ente, como para segregar y agregar territorios de uno y otro, deben respetarse los constitutivos jurídicos del Municipio o Municipios afectados, que en ningún caso pueden quedar en peor condición a la que la ley vigente determine como indispensable para su vida política y fiscal: población, presupuesto y territorio.

"Cualquiera desviación de este principio abriría la senda por donde fácilmente se dejaría sin efecto el estatuto orgánico de estos fenómenos.

"Para el caso en estudio exige, en primer término, el legislador, que de manera inequívoca se manifieste la voluntad de los Municipios a quienes pueda interesar el acto de segregación o agregación territorial, para que las Asambleas se hallen en actitud legal de producir el acto ordenanzal correspondiente. Esto, porque, en primer término, deben consultarse y tenerse en mira los intereses locales, según el propio texto de la ley; y también porque la conformación autónoma de los núcleos sociales requiere, por motivo fundamental, el consentimiento, ya que esa nueva situación jurídica establece obligaciones y derechos.

"El informe del Gobernador es esencial también, porque es él, como jefe supremo de la administración, en el sector afectado, quien mejor debe apreciar las exigencias locales, que deben reflejarse imparcialmente en su razonado concepto, guía principal de la labor de las Asambleas.

"Otro tanto podría decirse del estudio que sobre el terreno en disputa deben hacer los ingenieros, y la calificación técnica de la medida en embrión.

"Sin estas formalidades quedaría á merced del ritmo inarmónico del ambiente legislativo de los Departamentos la suerte de los Municipios, por cuya estabilidad y robustecimiento cada día se preocupa más el legislador nacional."

Lo que entonces se dijo, se repitió luégo en otro fallo sobre una ordenanza de Bolívar, que también corre publicado.

Penetrando al fondo de la cuestión debatida, ya se ha dicho y se repite que la noción de perjuicio notoriamente grave es esencial para adoptar la medida que impetra el demandante, porque en la acción ejercitada sobresale el carácter individual o singular.

Contra la presunción de legalidad protectora de este linaje de actos de la administración seccional, que se presentan al laboratorio jurídico con todos los peculiares atavíos, vale decir, formalmente aceptables, puede luchar la prueba convincente del hecho opuesto o contrario. Obvio es que los componentes de aquel medio de certeza deben preconstituirse, allegarse con la demanda, preparados antes de ella o simultáneamente con la petición de suspensión. Esa prueba previa excluye, pues, en su elaboración, el celo del presunto demandado o de quien venga posteriormente a intervenir en el juicio con interés particular.

¿De qué otra manera podría prepararse esa prueba? Si su emisión fuese resultado de un debate contradictorio, quedaría poco menos que eliminada la suspensión provisional, que comporta, es verdad, una calificación previa del acto acusado, siempre susceptible de rectificación a través del proceso. Esta calificación no tendría, en este evento, oportunidad distinta de la del fallo, y el acto de la administración que alterase situaciones concretas, más o menos respetables, continuaría en vigor hasta la sentencia. A este extremo conduce la singular dialéctica del Vocero de Albán.

Aceptado que la prueba del perjuicio se aduce simultáneamente con la petición de suspensión, y que en su factura no tiene parte persona o entidad alguna distinta del actor, procedió bien el Consejo, cuando calificó el mérito de los hechos que computan el quebranto jurídico alegado, a través de las probanzas preconstituidas ante el Tribunal *a quo*, entre las cuales sobresale la de la inspección ocular, complementada con la certificación de la Secretaría de Hacienda, Sección de Catastro; del Colector de Rentas de Guayabal, de la Contraloría Departamental, etc.

La ley ha dejado al prudente juicio del juzgador la calificación o estimación de perjuicio, que la suspensión provisional está destinada a evitar, calificación que se opera sobre los elementos suministrados por el beneficiario presunto de tal medida.

En el caso actual, esos elementos convencen en primer término de que algunos constitutivos de la entidad municipal interesada en la suspensión, se presentan gravemente afectados, hasta el punto de ser difícil y casi imposible la supervivencia de tal entidad a tono con la última ley sobre Municipios.

El dictamen acorde de los tres peritos que asesoraron al Tribunal en la inspeción ocular referida, deduce que la ordenanza demanda priva al Municipio de Guayabal de un 23 por 100 de su extensión territorial antigua; de un 26 por 100 de su población; de un 21 por 100 de su riqueza general (propiedad inmueble); de un 32 por 100 de su presupuesto y de un 27 por 100 de su riqueza rural.

No es que el Consejo, como malamente lo ha entendido el apoderado de Albán, tome como base la reducción de un porcientaje cualquiera en la extensión territorial o en el rentístico, para deducir el perjuicio. Esa situación se aprecia deduciéndola de sus antecedentes naturales.

La ley no fija la cabida mínima ni máxima territorial de los Municipios, pero sí determina la población mínima, la renta indispensable, elementos éstos relacionados con su vitalidad y pujanza efectivas. En el último censo aprobado por el Congreso (Ley 8ª de 1921), el Municipio de Guayabal de Síquima aparece con 8,492 habitantes; dice uno de los certificados mencionados que en el censo de 1928, esa cifra se elevó a 12,526, y que la población de las secciones territoriales segregadas por la Ordenanza 32, es de 3,894 habitantes, o sea el porcientaje que los peritos indican sobre el censo general del Municipio; hay también elementos para verificar la aseveración de los peritos en cuanto a la merma que por tal Ordenanza soporta en su capacidad fiscal, y estos dos hechos sustanciales no han sido redargüidos convenientemente en las réplicas que se analizan.

Habida consideración del puesto, muy secundario, que por su población y riqueza ocupa en el concierto municipal el llamado Guayabal de Síquima, no hay duda de que la merma de una cuarta parte de su población y de una cuarta parte de sus entradas, como entidad fiscal, lo reduce a ínfima categoría, causándole un evidente perjuicio. Quedaría por debajo de la línea mínima que para crear Municipios establece la última ley, y podría llegarse a decretar su eliminación.

Para el recurrente, este perjuicio no es capaz de producir la suspensión, sino cuando amenaza gravemente la supervivencia legal de la célula municipal. Puede ser éste el criterio predominante a la época de calificar la conveniencia y legalidad de la Ordenanza, pero cuantificado el perjuicio en un porcientaje que por lo menos significa una cuarta parte de la unidad, y, se repite, teniendo en cuenta la precaria existencia anterior de Guayabal, dedúcese un notorio y grave quebranto a su idoneidad social, política y fiscal.

Es errónea la tesis de que los Municipios sólo tienen intereses públicos o sociales, pero nunca privados, que la Constitución y la ley garantizan, individualmente considerados. Bastaria detener la atención sobre el texto claro del artículo 50 del Acto 3 de 1910. El expositor de aquella teoria avanza demasiado en el desconocimiento de los principios sobre propiedad y sobre constitución de las entidades de derecho.

Finalmente, y para satisfacer la curiosidad del memorialista, se detendrá el Consejo en el desarrollo de la cláusula considerativa del auto reclamado, que transcribe al folio 4 de su dilatado escrito, de la cual deduce que la providencia reclamada se dictó sobre circunstancias dudosas. Anótese allí la circunstancia de no aparecer bien claro el acatamiento a una de las condiciones exigidas por la ley. No estaba el Consejo obligado a determinarla, porque con lo anterior, sobre quebranto jurídico, consideraba suficientemente sólido el fundamento de la suspensión. Se agrega ahora que revisados los antecedentes de la Ordenanza, exhibidos por el actor, con la demanda se echa de menos el acatamiento fiel de la última de las formalidades determinadas en el artículo 7º de la Ley 71 de 1916, pues no aparecen aquí completas sendas peticiones razonadas y suscritas por 500 ciudadanos, vecinos de cada uno de los Municipios afectados, positiva o negativamente con la segregación y agregación; petición o peticiones que debieron elevarse directamente a la Asamblea de 1936, autora de la Ordenanza, y no a otra u otras anteriores, porque las circunstancias y el personal de una y otras es susceptible de apreciable variación de un período a otro.

No es necesario avanzar más en este análisis, ni lo dicho significa que durante el proceso regular a que viene sometida la Ordenanza, no se puedan allegar los elementos que aquí aparecen deficientes, pero cuya actual ausencia sugiere un principio de ilegalidad.

Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Competencia

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Contra las providencias que tienen su origen en tratos celebrados en nombre del Estado, sólo son viables las acciones que se ejerciten ante la justicia ordinaria.

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

El doctor Aníbal del Castillo, por medio de apoderado, y con fecha 5 de mayo último, solicitó de esta corporación declarara nula la Resolución número 17, de 3 de diciembre del año pasado, originaria del Ministerio de Industrias y Trabajo. Apoya su solicitud en el capítulo III del Título V del Código de lo Contencioso Administrativo, y en las Leyes 75 de 1921, 51 de 1926 y otras.

Como el asunto ha recibido ya la tramitación legal que le corresponde, sin que se observe vicio en el procedimiento, se procede a resolver lo que sea pertinente, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El origen de la citada Resolución fue éste: el Presidente de la Junta de Valorización y Desecación del valle de Sogamoso, en virtud de autorizaciones conferidas por la Ley 25 de 1921, celebró un contrato con el ingeniero Del Castillo para el estudio y el levantamiento de planos, a fin de llevar a cabo dichas obras, que debían pagarse con el producto del impuesto de valorización, creado para las propiedades que quedaran beneficiadas.

Se afirma que el contratista cumplió lo estipulado por su parte, pero como la recaudación del referido impuesto se hizo difícil por varias circunstancias, no fue posible cubrirle el total de honorarios convenidos. Con este motivo el Presidente de la Junta de Valorización y Desecación le firmó unos pagarés por la cantidad de $ 500, como saldo de honorarios, documentos que fueron presentados al Ministerio para el reconocimiento de la deuda y cobro de su principal e intereses, hasta el día de su pago, porque la Ley 51 de 1926 sustituyó, en el Gobierno Nacional, las funciones de dichas juntas.

Por la Resolución acusada, el Ministerio se negó a verificar tal pago, pues, en su concepto, la referida deuda está ya prescrita, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2542 del Código Civil, por tratarse de honorarios profesionales que tienen más de tres años de causados, y declaró, por consiguiente, a la Nación, libre de la obligación civil de cubrirlos.

Efectivamente: en el cuaderno de antecedentes de la Resolución acusada, del Ministerio de Industrias y Trabajo, hecho venir a los autos a petición del señor Fiscal, figura, entre otros documentos, un pagaré por el cual el señor Luis J. Alarcón, como Presidente de la Junta de Valorización y Desecación de terrenos inundables de los valles de Tundama y Sugamuxi, se compromete a pagar al ingeniero Aníbal del Castillo la

cantidad de $ 400 como saldo de honorarios, con sus intereses, al 1 por 100 mensual, y al 1½ en caso de mora; documento que se halla extendido en papel competente, firmado por las partes, ante testigos, y con las estampillas de timbre correspondientes, debidamente anuladas, y que es el que ahora se pretende cobrar, junto con las otras cartas y papeles que allí figuran.

Como lo dice el señor Fiscal de la corporación, basta la anterior relación de los antecedentes de la Resolución ministerial de que se trata, para ver que, aun cuando fue acusada por la vía contencioso-administrativa, tiene su origen en contratos celebrados en nombre del Estado, y, por consiguiente, las acciones que se ejerciten contra ella sólo son viables ante la justicia ordinaria, como se deduce de lo dispuesto en el ordinal *i)* del artículo 18 de la Ley 130 de 1913. Esta entidad carece, pues, de jurisdicción para abocar el conocimiento de esta clase de providencias.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se inhibe de conocer del asunto que ha sido materia de este juicio, y ordena la devolución al Ministerio de su origen de los antecedentes de la Resolución acusada, que fueron enviados al juicio con carácter devolutivo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Nulidad de elecciones

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Cuando el actor se limita a comparecer para presentar la demanda y para apelar de sentencia que la negó, la acción así instaurada debe declararse temeraria.

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

En apelación interpuesta por el actor, señor Miguel Zuluaga, contra la sentencia de fecha 20 de marzo del presente año, del Tribunal Administrativo de Manizales, ha venido a esta corporación el expediente contentivo del juicio de nulidad de las elecciones verificadas el 4 de abril último para Representantes al Congreso Nacional y Diputados a la Asamblea del Departamento de Caldas.

Por la sentencia referida se resolvió que no es el caso de declarar la nulidad de los actos acusados.

En el Consejo el asunto ha recibido ya la tramitación legal que le corresponde, por lo cual se procede a ponerle término, teniendo en cuenta lo siguiente:

Con fecha 8 de abril del presente año, presentó el actor su libelo, en el cual hizo las siguientes solicitudes:

"Por los hechos hasta aquí enumerados, pido a ese Tribunal que declare la anulación de la lista encabezada por el doctor José Miguel Arango, para Representantes a la Cámara, y de la lista para Diputados a la Asamblea Departamental, encabezada por Federico Drews, y como consecuencia, pido también que se declare la anulación de los votos emitidos por las listas encabezadas por el doctor José Miguel Arango, para Representantes a la Cámara, y también los votos emitidos por la lista encabezada por Federico Drews, para Diputados a la Asamblea Departamental.

"En subsidio, pido que se declare la nulidad de los siguientes renglones de candidatos para Representantes a la Cámara, de la lista encabezada por el doctor José Miguel Arango: el segundo renglón, encabezado por don Jesús A. Cardona, con sus respectivos suplentes; el tercer renglón, encabezado por el doctor Herman Gartner, con sus suplentes; el quinto renglón, encabezado por el doctor Ramón Londoño Peláez, con sus suplentes, y el séptimo renglón, encabezado por el doctor Carlos Eastman, con sus suplentes."

Como ni en la demanda, ni durante la ejecutoria del auto que la admitió, pidió el actor que se abriera el asunto a prueba, se dio traslado al Fiscal, quien conceptuó en contra de las pretensiones del demandante, por carencia absoluta de pruebas de lo que afirma, y así lo resolvió también, como se dijo, el Tribunal de la primera instancia.

Examinado con detención el expediente, resulta que, efectivamente, el actor se limitó en el juicio a comparecer para presentar su demanda

y para apelar de la sentencia que la negó. Su dicho se halla, por tanto, completamente escueto y desprovisto de toda clase de pruebas; sus afirmaciones son gratuitas y carecen en absoluto de apoyo legal.

Conocido es el principio universal de derecho, consignado también en nuestra legislación, de que quien afirma un hecho está en el deber de probarlo, o sea que la carga de la prueba incumbe al actor. Mas acontece en el caso presente, que durante la litis no se demostró que las listas a que hace referencia el demandante fueran realmente inscritas en la Alcaldía de Manizales; que por ellas hubieran sufragado en su mayoría, como se afirma, los ciudadanos del Departamento de Caldas, ni que los renglones tachados de nulidad en tales listas estuvieran formados por personas que legalmente no podían ser elegidas al tiempo de verificarse las votaciones, hechos todos fundamentales para una decisión favorable a las pretensiones del actor.

Dice la sentencia que se examina, en uno de sus pasos, que se acoge:

"Siendo, pues, las pruebas llevadas al juicio el fundamento básico de toda sentencia, sin las cuales no puede el juzgador formar criterio sobre la justicia de los postulados de la demanda, por sustracción de materia, en el presente caso la ausencia de elementos probatorios, que no se trajeron al juicio, no permite al Tribunal resolver de conformidad con las pretensiones de la demanda."

Y no se diga que el negocio no se abrió a prueba por el Tribunal, *motu proprio;* pues el término probatorio en los juicios electorales no se fija oficiosamente, sino sólo en virtud de petición de parte, como lo establece de manera terminante el artículo 17 de la Ley 96 de 1920, especialmente aplicable al caso por mandato del artículo 5º de la Ley 80 de 1922.

Resta declarar, en vista de lo que se deja expuesto, que la acción instaurada por el demandante ante el Tribunal Administrativo de Manizales debe declararse temeraria, y darse, por tanto, aplicación a lo dispuesto en el artículo 190 del Código Electoral, en su parágrafo 2º, para estos casos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia del Tribunal Administrativo de Manizales, que se revisa por apelación, y la adiciona en el sentido de imponer, como lo hace, una multa de veinticinco pesos ($ 25) al actor, señor Miguel Zuluaga.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

JURISPRUDENCIA

A

Páginas.

Acción contencioso administrativa—Entre una acción de nulidad contencioso administrativa y otra acción electoral, no puede aceptarse diversidad sustancial. En el fondo no existe sino una sola acción pública contencioso administrativa de nulidad. Toda elección implica un proceso administrativo, y elecciones como las que hacen las Asambleas Departamentales, de ternas de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, pertenecen a la categoría general de actos de las Asambleas, acusables ante los Tribunales Administrativos. Si el legislador no hubiera otorgado expresamente el derecho que consagra el artículo 190 de la Ley 85 de 1916, siempre podría demandarse la nulidad de esta clase de elecciones, a virtud de la acción consagrada en el artículo 52 de la Ley 130 de 1913. Si con el objeto de simplificar el trámite y de atender a ciertas necesidades propias de los asuntos electorales, el legislador señaló un procedimiento especial para esta clase de juicios, ello no quiere decir que haya creado una acción diferente. Lo que ocurre es que la ha dotado de una tramitación peculiar en un caso concreto. Y este hecho no puede compararse de ninguna manera con el de las dos acciones reivindicatoria y posesoria, por ejemplo, que sí pertenecen a dos categorías jurídicas diferentes. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937) 684

Acción mixta—La acción mixta sólo es procedente cuando se trata de un acto de carácter general y obligatorio para todos los asociados, acto que por su naturaleza quebranta el orden jurídico de la comunidad, pero lesiona igualmente el derecho individualizado del demandante. En tales casos, coexistirán la acción pública y la privada: la primera, en cuanto se trata de un acto de carácter general irregular que demanda imperio de las disposiciones constitucionales y legales violadas; y la segunda, cuando tal norma objetiva lesiona los intereses de una o varias personas interesadas. (Sentencia de 3 de agosto de 1937) 784

Acción privada—Cuando los actos administrativos son especiales y se refieren a una o más personas particularmente, y por lo mismo sólo afectan los intereses de esas personas, únicamente encuentra cabida la acción privada, porque solamente quien se cree agraviado es el llamado a intentar el juicio correspondiente de nulidad. (Sentencia de 29 de julio de 1937) 812

Acción pública o privada—El ordinal e) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913 contempla las cuestiones que se susciten entre los particulares y los Municipios de su respectiva jurisdicción sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos municipales. La norma del ordinal e) citado guarda estrecha conexión con el artículo 90 de la misma Ley 130. Si la voz "particulares" del referido ordinal se toma como sinónima de "interesados" —individuos o compañías—, y la competencia que en él se atribuye a los Tribunales Administrativos abarca aún los casos en que todavía, por efecto de determinada providencia, el monto, la distribución o la asignación de un impuesto no ha recaído sobre determinada persona, procede la acción pública. Si, por el contrario, se entiende que esa palabra dice relación a los individuos o compañías **como tales**, y, por razón de la materia —impuestos—, se considera que dicho ordinal sólo prevé situaciones individuales y concretas, procede la acción privada. (Sentencia de 9 de julio de 1937).... 699

Acción pública—Las acciones públicas administrativas persiguen finalidades diferentes y responden a necesidades sociales diversas de las civiles. El Estado no tiene interés alguno en que se consoliden situaciones violatorias de la ley, puesto que el respeto de las normas jurídicas es esencial para la buena marcha de la comunidad. Por eso el procedimiento en esta clase de juicios es mucho más amplio y tolerante. Dentro de ese criterio, el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente la doctrina de que puede decretar la nulidad de un acto acusado ante él en acción pública, a virtud de normas diferentes a las invocadas por el actor, cuando llega a la convicción de que el acto es ilegal. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937) 684

Páginas.

Alcaldes (funciones de los)—Entre las funciones taxativamente señaladas a los Alcaldes, no se encuentra la que los autorice para cancelar o dar por terminados, por sí y ante sí, unilateralmente, los contratos celebrados con el Municipio respectivo. Al dar por terminado un contrato, el Alcalde incurre en usurpación de funciones y viola los preceptos que dan a otra autoridad aptitud para declararlo terminado, especialmente cuando el motivo es ajeno al contrato mismo. (Sentencia de 16 de septiembre de 1937) 705

Apelación (recurso de)—No habiendo una norma precisa de la manera como deba concederse un recurso de apelación, no puede admitirse la falta de jurisdicción en el superior, la cual no podría proceder sino de una apelación otorgada contra ley expresa. Desde el momento en que exista una duda muy fundada acerca de la voluntad del legislador respecto del efecto en que debe concederse un recurso, no puede decretarse una nulidad de lo actuado en la segunda instancia, nulidad que implica una perturbación en el proceso y un perjuicio para las partes, con mayor razón aún en los casos en que es indiferente, o produce los mismos resultados prácticos la concesión de la apelación en cualquiera de los dos efectos previstos por las leyes. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937) 684

Asambleas (facultades de las)—El numeral 16 del artículo 97 del Código Político y Municipal autoriza a las Asambleas para crear los empleos necesarios para el servicio del Departamento, y determinar su duración y sus funciones. Es indudable que si las Asambleas pueden señalar los sueldos de los empleados departamentales, pueden también disminuírlos o aumentarlos, sin que dicho acto contraríe ninguna disposición legal. (Sentencia de 15 de julio de 1937) 719

Asambleas (facultades de las)—Bien pueden las Asambleas, en desarrollo de la norma legal que consagra el artículo 198 del Código de Régimen Político y Municipal, en el evento de que un Distrito, por escasez de recursos, no pueda atender decorosamente al sostenimiento de los empleados municipales, destinar una partida para ayudar a ese gasto, autorizando sobresueldos para los Alcaldes. Cosa muy diversa es arrebatar sistemáticamente y para siempre a los Municipios la competencia que les corresponde para remunerar los administradores locales y para fijar el monto de esa remuneración. Cosa en completa oposición con el artículo citado es obligar a los Municipios a destinar los fondos que aplicaban a sueldos de los Alcaldes, a ciertos gastos que se les imponen con violación de disposiciones legales. (Sentencia de 29 de septiembre de 1937) 805

C

Competencia—Había admitido el Consejo de Estado que las providencias sobre expulsión de **extranjeros** constituyen actos discrecionales del Ejecutivo, no susceptibles de revisión por la jurisdicción contencioso administrativa. Pero cuando la demanda funda la solicitud de nulidad de una de dichas providencias en el concepto de haberse resuelto la expulsión de individuos como extranjeros, no obstante su calidad de **nacionales colombianos,** no procede el examen del negocio por el aspecto de si es o nó discrecional la resolución acusada. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 710

Competencia—No es el Consejo de Estado la entidad llamada a declarar, implícita o explícitamente, que determinado individuo ha adquirido o nó la nacionalidad colombiana. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 710

Competencia—Aunque los Gobernadores son empleados departamentales, entre otras razones por virtud de lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 4ª de 1913, los decretos, actos o resoluciones de dichos funcionarios están sujetos al recurso contencioso administrativo, no por razón de lo establecido en el ordinal g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, sino porque así lo estatuye, de manera especial, y por lo mismo preferente, el artículo 111 de la citada Ley 130, y los juicios correspondientes tienen entonces dos instancias: una ante el respectivo Tribunal y otra ante el Consejo de Estado, porque se deben tramitar como los juicios sobre acusación de ordenanzas. (Sentencia de 15 de julio de 1937).... 722

Páginas

Competencia—Estima el Consejo de Estado que lo que se propuso el legislador, al expedir la Ley 99 de 1919, fue excluír del recurso contencioso administrativo todas las resoluciones o sentencias dictadas en juicios de policía de naturaleza penal o civil, y en los juicios seguidos por fraude a las rentas departamentales o municipales, cualquiera que fuera la autoridad que las dictara, quedando excluídas también de él las que dicten los Gobernadores, porque el recurso contencioso administrativo no se ha establecido para revisar asuntos de carácter penal, y porque las actuaciones de la Policía en asuntos civiles se limitan y deben limitarse a conservar el **statu quo**, mientras el Organo Judicial resuelve lo definitivo. (Sentencia de 15 de julio de 1937) 722

Competencia—La providencia de un Gobernador, por la cual se niega el carácter de oculto a un bien, denunciado como tál en desarrollo de un contrato suscrito anteriormente con el mismo Gobernador, no queda comprendida dentro de los actos de los empleados departamentales que se originen en un contrato celebrado en nombre de una entidad política distinta del Estado, y a los que se refiere la excepción establecida por el numeral g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, según el cual esos actos están excluídos de la jurisdicción de los Tribunales Administrativos. El contrato celebrado entre los particulares y las entidades públicas, aunque constituye un antecedente muy común de las resoluciones administrativas de esta índole, no determina su origen, puesto que el acto del Ministro o del Gobernador recae sobre el denuncio de un bien como oculto, no sobre el contrato anterior, que tiene por objeto principal resguardar los derechos del interesado. Tan cierto es esto, que bien puede hacerse un denuncio de esta naturaleza sin contrato previo. Es, pues, de la competencia contencioso administrativa conocer del negocio. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 671

Competencia—La competencia en asuntos electorales la tiene el Consejo de Estado por disposición y dentro de los precisos límites señalados por las leyes (artículos 189 y 199 de la Ley 85 de 1916, 11 de la 25 de 1928, 5º de la 70 de 1930 y 1º de la Ley 70 de 1917), y en ninguna de ellas se le otorga la atribución de conocer de las demandas de las elecciones que verifiquen los Concejos Municipales. Tampoco a los Tribunales de lo Contencioso les está atribuída esa competencia. Todo ello implica —indudablemente—, una anomalía muy grave, desde luégo que actos de tan singular importancia como éstos quedan fuera del alcance de la protección jurisdiccional. (Sentencia de 26 de agosto de 1937) 757

Condición resolutoria (de los baldíos)—No puede el Gobierno revocar por sí mismo, es decir, por la propia vía administrativa, una resolución dictada por él, a virtud de la cual declaró extinguida la condición resolutoria como consecuencia del cumplimiento de los deberes inherentes a un adjudicatario de baldíos. Una resolución administrativa de esta naturaleza, definitiva y aclaratoria de un derecho, tiene toda la virtud suficiente para **causar estado**, lo que equivale a decir, que una vez dictada cesa la competencia de la autoridad que la dicta y la Administración ya no puede volver sobre sus propios actos, toda vez que éstos confieren **derechos** a terceros. El Gobierno en su función administrativa no puede modificar sus actos por resoluciones posteriores, cuando ellos han definido una situación jurídica concreta, personal y 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 de la **res judicata**, garantiza la tranquilidad y seguridad públicas contra la inestabilidad de los actos del Poder estatal que confieren derechos. (Sentencia de 14 de septiembre de 1937) 770

Contratos (del Ministerio de Guerra)—En aquellos cuyo valor exceda de tres mil pesos ($ 3.000), la aprobación ejecutiva carece de valor, mientras no se haya sometido el contrato al estudio del Consejo de Ministros, en armonía con el artículo 2º de la Ley 13 de 1935. Ni vale argüir que en ciertos casos basta la aprobación ejecutiva de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 12 de 1932. Tal artículo tuvo un carácter esencialmente transitorio, de única aplicación en la época del conflicto con el Perú. De suerte que

Páginas.

al establecer el mencionado artículo 6º que los contratos y pedidos que deban hacerse para proveer de elementos al Ejército, sólo requieren la intervención del Ministerio de Guerra y la aprobación del Presidente de la República, debió entenderse naturalmente que ello sólo sería de aplicación durante la época del conflicto, y en manera alguna que con tal norma se hubiera querido prescindir para siempre de las garantías y formalidades del Código Fiscal, en relación con los contratos celebrados en nombre del Estado con personas naturales o jurídicas. (Dictamen de 15 de julio de 1937) 768

Contribuciones municipales—No se infringe el artículo 62 del Acto legislativo número 3 de 1910 —195 de la Codificación—, cuando se exige una contribución que se funda en un acuerdo municipal cuya legalidad no se discute. A dicho acuerdo lo ampara la presunción de hallarse acorde con la Constitución, la ley y las ordenanzas, mientras no se demuestre lo contrario en juicio que con tal fin se promueva, y en el cual se planteen las cuestiones de derecho que corresponden. (Sentencia de 9 de julio de 1937) 702

D

Demandas (de carácter administrativo)—El demandante no está obligado a citar en las demandas de carácter administrativo la disposición que lo autoriza para introducirlas. Lo que la ley quiere es que mencione los preceptos violados y las normas que sostienen su pedimento de nulidad. De manera que el error cometido en una parte innecesaria del libelo, no lo afecta en el fondo. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937) 684

Derechos civiles—Las prerrogativas o facultades administrativas que surgen como consecuencia del ejercicio de empleos en servicio del Estado —y por ende de los Departamentos y Municipios—, no pueden estimarse como derechos civiles, pues ellas no resultan de una relación contractual de derecho privado entre aquellas entidades y quien desempeña el cargo, sino de normas reguladoras de derecho público. (Sentencia de 16 de julio de 1937)..... 741

Desistimiento—En las acciones públicas el desistimiento es inadmisible, por mandato terminante del artículo 14 de la Ley 25 de 1928, disposición que, según antecedentes de esta Ley, adoptó el Congreso para corregir los abusos que se presentaban en los pleitos electorales. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937) 684

Domicilio—Las normas propias del elemento domicilio en materia de nacionalidad, pertenecen ostensiblemente al derecho público, que rige la organización de los Organos del Poder Público y las relaciones de quienes lo ejercen con los particulares, en interés general de la sociedad, en contraposición al derecho privado, que atañe a las relaciones de los particulares y resuelve los conflictos de los intereses individuales. De ahí la inaplicabilidad de los artículos del Código Civil sobre domicilio civil o vecindad, en este campo, ante las disposiciones expresas de nuestro derecho público. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 710

E

Espectáculos (impuesto de)—Habiendo la Ley 12 de 1932 gravado los espectáculos públicos a favor de la Nación, ya no pueden ser ellos materia propia de impuestos departamentales o municipales posteriores, como lo preceptúa el ordinal 3º del artículo 97 del Código Político y Municipal. (Sentencia de 3 de agosto de 1937) 784

Estado civil (pruebas supletorias del)—No es el caso de recurrir a la autoridad eclesiástica cuando se trata de suplir, mediante el procedimiento propio de la ley canónica, la omisión consistente en no haberse extendido oportunamente las partidas de estado civil. De los artículos 377, 381 y 407 del Código Civil, en concordancia con el 22 de la Ley 57 de 1887, se desprende que el procedimiento indicado, si se trata de suplir la prueba principal, en forma que produzca efectos civiles, es otro muy distinto. Aquellas disposiciones preceptúan que la autoridad civil es la única a que puede recurrirse en ese caso. Si se admitiera que las autoridades eclesiásticas pueden prescribir normas distintas de las que sobre materias especiales se hallan expresamente consignadas en el Código Civil, se sentaría que la legislación canónica puede derogar la legislación civil o prevalecer sobre ella. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 710

G

Páginas.

Gobernadores (facultades de los)—Es necesario tener en cuenta que si un Gobernador quiere reglamentar una ordenanza, debe estar expresamente autorizado por ella para poderlo hacer. El Consejo de Estado, en diferentes fallos, se ha expresado en el sentido de que los Gobernadores, respecto de las ordenanzas, no tienen la facultad reglamentaria que acerca de las leyes concede al Presidente de la República el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución. (Sentencia de 20 de agosto de 1937) 725

Gobernadores (facultades de los)—Aun en el supuesto de que las Asambleas pudieren fijar los sueldos de los Alcaldes, nada indica que estén autorizadas para delegar en los Gobernadores semejante atribución, que se sale de la esfera que la Constitución y la ley han señalado a las actividades del Organo Ejecutivo, encargado de proveer para los casos concretos, pero no de tomar disposiciones de carácter general. (Sentencia de 29 de septiembre de 1937) 805

I

Impedimentos—El artículo 183 de la Ley 85 de 1916 dispone que "son nulos los votos dados a favor de candidatos que, conforme a la Constitución o la ley, tengan algún impedimento para ser elegidos," y "nula la elección declarada a favor de tales candidatos." Ahora bien: cuando la Constitución exige al que ha de ser elegido cierta calidad o condición, prohibe tácitamente al que no la tiene el acceso a ese cargo, puesto que el alcance de una norma jurídica no depende de la forma positiva o negativa empleada para expresar la idea, sino del contenido intrínseco de la idea misma. Al disponer imperativamente el legislador o el constituyente que deben reunir determinados requisitos los que aspiren a ingresar a una corporación dada, se separa, se aparta del ejercicio de las funciones respectivas a quienes no llenen esos requisitos, se les **impide** obtener el cargo, se interpone un obstáculo entre la voluntad de ser miembro de esa corporación y la posibilidad de llegar a serlo. No puede haber duda alguna acerca del espíritu que manifiesta el artículo 153 de la Constitución en armonía con el 183 de la Ley 85 de 1916, y que es el de impedir terminantemente, rígidamente, que personas desprovistas de los requisitos necesarios lleguen a ser Magistrados. De suerte que, en casos tales, viene a ser lo mismo tener un impedimento que carecer de un requisito. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937).. 684

Impuestos adicionales—El aumento del monto de un impuesto, por el establecimiento de uno adicional, no es ni técnica ni legalmente creación de impuesto nuevo. Para darle completo relieve a este concepto, que aparece claro por sí mismo, basta invertir los términos del hecho y suponer que la tasa del impuesto hubiera sido disminuida. Desde luego, la contribución subsistirá idéntica dentro de su tipo respectivo. La intensidad, el valor o la importancia de un hecho o acto no son capaces de cambiarle su naturaleza ni de transmutarlo en un hecho o acto diverso. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 665

Impuesto de degüello—El impuesto de degüello es departamental; trátase de un impuesto indirecto que repercute sobre el consumidor y no afecta ni al productor ni al industrial que beneficia la res. Los Municipios no pueden gravar ese consumo en sí; ninguna ley los faculta para crear impuestos que con esa actividad se relacionen. Los Municipios no pueden gravar objetos ya gravados por los Departamentos o la Nación. (Sentencia de 27 de septiembre de 1937) 795

Inspectores de cedulación—Si es verdad que la ley no determinó de manera expresa el tiempo durante el cual los Inspectores Nacionales de Cedulación debieran ejercer sus funciones, también lo es que dejó esta atribución al Organo Ejecutivo, cuando dispuso en el inciso 4º del artículo 3º de la Ley 187 de 1936 que "el decreto reglamentario de esta Ley señalará las asignaciones de los Inspectores, la duración **de sus funciones**....." La ley ha querido conceder cierta elasticidad en lo relacionado con el funcionamiento de los Inspectores Electorales, y por ello atribuye al Organo Ejecutivo la facultad de fijar la duración de sus funciones. El Gobierno puede prorrogar los trabajos de tales funcionarios o suspender las labores de los mismos. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 780

Páginas.

Instancia (segunda)—El Superior, el órgano de la segunda instancia, tiene circunscrito y bien delimitado su campo de acción por las cuestiones tratadas en el auto recurrido. Debe confirmarlo, o revocarlo. No puede proveer sobre hechos no sometidos al recurso, ni enmendar, con base en hechos nuevos, la decisión del inferior. (Sentencia de 23 de septiembre de 1937) 787

L

Loterías—El inciso 2º del artículo 1º de la Ley 133 de 1936 faculta a las Asambleas Departamentales "para gravar hasta con un diez por ciento (10%) del valor nominal de cada billete, y con destino exclusivo a la asistencia pública, la venta de billetes de loterías de otros Departamentos"; y el artículo 2º de la misma Ley las faculta para que prohiban "en su territorio la circulación y venta de loterías extranjeras, o para permitirlas mediante el pago del 10% del valor nominal de cada billete, con destino exclusivo a la asistencia pública." Se ve claramente que son las Asambleas Departamentales las autorizadas para reglamentar los impuestos a las loterías nacionales o extranjeras, y sólo ellas pueden establecer la manera como tal impuesto debe hacerse efectivo. No es el Gobernador el llamado a ello por medio de decretos. (Sentencia de 20 de agosto de 1937) 725

M

Maestros (inamovilidad de los)—El numeral 24 del artículo 127 del Código Político y Municipal confiere a los maestros de escuela el derecho de no ser removidos sino por causa de mala conducta o de incompetencia comprobada, y previa la tramitación establecida en las disposiciones vigentes sobre instrucción pública. Tal disposición fue reglamentada por el Poder Ejecutivo, en uso de sus atribuciones constitucionales, por medio del Decreto número 1070 de 1918, cuyo artículo 1º establece que sólo se entenderán por maestros de escuela los que habiendo sido graduados en las Escuelas Normales de la República, hayan recibido nombramiento en propiedad, hecho por la autoridad competente. Para acogerse, pues, a la inamovilidad a que se refiere la ley, es preciso tener el título de maestro otorgado en la forma preceptuada en el Decreto número 1070 citado. El que no tiene tal título, carece del derecho para exigir la inamovilidad, y por ende no puede prosperar su acción contra un decreto en que se le haya destituído. El derecho adquirido lo funda la capacidad, el tecnicismo y la preparación del maestro, no el nombramiento. (Sentencia de 16 de julio de 1937) 741

Magistrados (de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial)—El constituyente, para garantizar en la medida de lo posible, no sólo la honorabilidad y competencia del Organo Judicial del Poder Público, sino la eficacia del sistema según el cual los Magistrados no deben depender exclusivamente de ningún otro de los Organos del mismo Poder, exigió, por una parte, determinados requisitos para ejercer esos cargos, y de otra parte, quiso que en los nombramientos a que hubiera lugar intervinieran la respectiva Asamblea Departamental y la Corte, de suerte que para proveer cada plaza pudiera esta última entidad escoger libremente entre tres nombres postulados por aquélla. (Artículos 153 y 155 de la Constitución Nacional, antes 154 de la de 1886, y 38 del Acto legislativo número 3 de 1910). Para que esos fines, esenciales dentro de un genuino sistema democrático, puedan realizarse, y para que no se desatienda el contenido moral de esas disposiciones, es indispensable interpretarlas en el sentido de que no pueden incluírse en las ternas sino personas dotadas de las condiciones exigidas para ser Magistrado, porque de lo contrario, o se impediría que la Corte pudiera hacer la escogencia en la forma en que el constituyente lo quiso, en busca de la autoridad e independencia del Organo Judicial, o llegaría a ser Magistrado un individuo que no reuniera los requisitos necesarios. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937) 684

Minas—Sólo el Poder Judicial es competente para conocer de los juicios sobre cuestiones relacionadas con la posesión, la propiedad y los demás derechos constituídos sobre las minas, al tenor de lo dispuesto expresamente en el artículo 384 del Código de Minas.

Páginas.

Hallándose el título expedido en forma legal, no es competente la autoridad administrativa para fallar sobre su validez o nulidad. Para la autoridad administrativa, mientras el Organo Judicial no resuelva otra cosa, el título tiene un valor legal que no es posible desconocer de plano. (Sentencia de 20 de agosto de 1937) 728

Minas—El Consejo se reafirma en la doctrina, sentada en sentencia de 21 de octubre de 1936, de que el impuesto de estaca, para la redención de las minas, es el correspondiente a las veinte anualidades que fijó el artículo 45 de la Ley 292 de 1875. (Sentencia de 20 de agosto de 1937) 728

Muelles particulares (impuesto sobre los)—Hay disposiciones, tales como la del artículo 3º de la Ley 56 de 1887 y la del artículo 144 de la Ley 110 de 1912, que prohiben gravar con impuestos las "oficinas, depósitos y muelles" pertenecientes a los directores y agentes de los buques que naveguen en las aguas que están bajo la jurisdicción del Gobierno, y disponen que el servicio de los muelles establecidos en los puertos nacionales, ya sea por el Gobierno o por los particulares, se pagará "por razón de los buques que atraquen a ellos." Es nula la disposición de un acuerdo municipal que establezca un gravamen global sobre los muelles particulares. (Sentencia de 29 de julio de 1937) 810

Municipios (supresión de los)—El artículo 199 del Código Político y Municipal atribuye a las Asambleas la determinación de los gastos de cargo de los Municipios; luego si aquellas corporaciones suprimen una entidad municipal porque consideran que no está capacitada para formar y cumplir los presupuestos en la forma señalada por el artículo 5º de la Ley 5ª de 1918, tal ordenanza tiene en su favor una presunción de legalidad. (Sentencia de 21 de septiembre de 1937) 782

N

Nacionalidad—Sometido el hecho de domiciliarse los extranjeros, que lo son en todo momento los que se hallen en el caso del artículo 1º de la Ley 45 de 1888, a condiciones especiales, es lógico que para que ellos adquieran la nacionalidad colombiana debe preceder la manifestación expresa de su voluntad. Sería anómalo, cuando menos, que la naturalización se obtuviese automáticamente, puesto que, a falta de la prueba documental pertinente, con igual derecho podrían Grecia y Colombia, por ejemplo, reclamar del hijo de griegos **—jus sanguinis—**, nacido en Colombia **—jus solis—**, el cumplimiento de los deberes para con el Estado respectivo, y el de los derechos para con el presunto súbdito, inherentes a la nacionalidad. Repugnan a nuestra legislación las situaciones indefinidas. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 710

O

Obligaciones (fuentes de las)—El caso de una ordenanza, por la cual se manda recibir Vales departamentales del Tesoro en pago de las contribuciones, encaja con toda exactitud dentro de la doctrina de la obligación procedente del acto unilateral, que está consagrada en nuestra legislación a virtud del artículo 1494 del Código Civil, y que la Corte Suprema de Justicia ha expuesto en recientes fallos. Podría resolverse el problema apelando a la doctrina del contrato implícito que bien pudo formarse a virtud de la oferta que implicaba el acto de la Asamblea, ya sea por el silencio de los tenedores de los Vales, ya por la aceptación de hecho consistente en presentarlos para el pago de los impuestos. Pero en realidad la obligación del Departamento nace por la sola virtud de la expedición de la ordenanza. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 665

Oficina General del Trabajo—Los artículos 2º y 11 de la Ley 73 de 1927 dieron a la Oficina General del Trabajo cierto aspecto compulsivo y autoritario, con determinada jurisdicción para decidir cuestiones adscritas antes a otros órganos del Estado; otorgaron a las resoluciones de dicha Oficina virtualidad propia de fallos obligatorios, eso sí, cuando previamente se le habían determinado por escrito los puntos de la contienda. Cuando fue ampliada la zona de influencia de las atribuciones de la Oficina General del

Páginas.

Trabajo, cuando se le dio el carácter de autoridad con determinada jurisdicción preventiva sobre ciertos conflictos sociales, y a sus fallos la calidad obligatoria de las sentencias, como acontece desde la vigencia de los mentados artículos 2º y 11 de la indicada Ley 73 de 1927, todas sus actuaciones son las de un agente investido de competencia regular para prescribir sobre materias determinadas y dentro de ciertas y precisas normas jurídicas, ora sustantivas, ora procedimentales, que denuncian claramente una actividad funcional reglada. Una resolución de la Oficina General del Trabajo no es, pues, forzosamente un acto discrecional, no sometido a la jurisdicción contenciosa, y que reclame la inhibitoria del Consejo de Estado para decidir del negocio. (Sentencia de 23 de septiembre de 1937) 787

Oficina General del Trabajo—Una orden de la Oficina General del Trabajo, o del Ministerio de Industrias, que la jerarquiza, tendiente, por ejemplo, a obligar a los querellantes a efectuar por medio del peritaje un nuevo avalúo de las estancias y mejoras, es acto de la administración. Cumplido este acto, toda otra actuación posterior que se desenvuelva para ensanchar la contienda, no tiene origen contractual. Es obra de la administración, que vincula a los litigantes. Ese acto de autoridad dictado en presencia de las partes, y con el asentimiento expreso de éstas, no puede surtir los efectos legales de un contrato. Sus cláusulas son decisión de la autoridad, que impuso la aplicación de los preceptos civiles concernientes. Este acto del Poder Público es revisable dentro de las normas del Derecho Administrativo colombiano. (Sentencia de 23 de septiembre de 1937) 787

P

Perjuicio—Tanto en la acción pública como en la privada, el perjuicio con la calidad de notoriamente grave que exige la ley, se cumple siempre como consecuencia de la oposición o choque manifiesto entre el acto censurado de nulo y la norma superior que lo determina y tutela. De aquí resulta, como conclusión jurídica necesaria, que no puede el órgano contencioso administrativo, para decidir la cuestión incidental de la suspensión, contrapesar o enfrentar los dos órdenes de perjuicios que puedan sobrevenir con el mantenimiento del acto o con su suspensión. En otros términos: el perjuicio inmediato y evidente que surge cuando se lastima u ofende por un acto de la administración el orden jurídico del Estado o los derechos de los particulares, no es susceptible de contraponerse al perjuicio potencial y futuro que pueda surgir de la suspensión provisoria. (Sentencia de 29 de septiembre de 1937) 765

R

Responsabilidad (del Estado)—En el caso de pérdida de los valores confiados a su custodia, puede afirmarse con toda certeza que existe la responsabilidad del Estado como director del servicio público monopolizado de correos y telégrafos, de acuerdo con las reglas pertinentes del Código Civil y los principios generales de derecho, puesto que todo el que por su culpa ocasiona a otro un daño o perjuicio está obligado a indemnizarlo, y puesto que para este efecto las personas morales responden por los actos de sus agentes o representantes. En numerosas sentencias esta corporación, sosteniendo doctrina análoga a la del Consejo de Estado francés, ha dicho que respecto de las entidades públicas se siguen en materia de responsabilidad civil por los delitos y las culpas, las mismas normas que entre particulares. (Sentencia de 21 de septiembre de 1937) 678

S

Seguro colectivo obligatorio—Como el personal de nómina o administrativo que trabaja en las oficinas de un Ministerio nada tiene que ver con los trabajos materiales de las empresas que dependen del mismo, conforme a la ley no tiene derecho a ser asegurado, porque está integrado por empleados del Gobierno en la Administración Pública regular, y así el seguro sólo debe efectuarse en favor de los empleados y obreros de las **empresas.** No lo tienen empleados u obreros que se ocupen en actividades que no se refieran a la construcción de una obra, en tratándose, por ejemplo, del Ministerio de Obras Públicas. (Sentencia de 15 de septiembre de 1937) 732

Páginas.

Subvenciones—De la aplicación del artículo 8º del Decreto número 919 de 1929, resulta que en ningún caso podrá un Departamento cobrar a la Nación, de una parte, las sumas invertidas en determinado trayecto de vía pública, dentro del concepto de haber considerado algunas leyes esa vía como camino nacional, y a la vez las cantidades exigibles a título de subvención por el mismo trayecto, dentro del concepto de haber considerado otras leyes tal ruta como obra departamental. Pagar dos veces la misma entidad un solo eslabón, una sola arteria de comunicaciones, es cosa que notoriamente repugna a los principios generales del derecho. Dispone perentoriamente el artículo 8º del Decreto número 919 de 1929 que, al hacerse el pago de las subvenciones señaladas a las vías que hayan recibido auxilios nacionales, fuera de dicha subvención, se descuente del total de ésta el valor de los auxilios. Aunque el Decreto, al indicar las partidas que deben descontarse, emplea la palabra **auxilios,** no hay dificultad alguna, dentro de una sana hermenéutica, en considerar como verdaderos auxilios los reembolsos hechos a los Departamentos por razón de obras públicas que, si bien se declaran nacionales, tienen por objeto esencial y por principal finalidad beneficiar a determinada sección de la República. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 671

Suspensión provisional—Es siempre procedente la suspensión provisional cuando, mediante la acción privada, se trata de evitar un perjuicio notoriamente grave al actor y aparece, además, que el acto administrativo que se acusa quebranta una norma superior. Si la acción pública es la instaurada, basta entonces que aparezca flagrante la violación de aquellas normas. (Sentencia de 29 de septiembre de 1937) 765

Suspensión provisional—El perjuicio evidente de los intereses privados del demandante que, cuando se trata de reales o pretendidas lesiones de derechos civiles, es preciso tener en cuenta, para decretar o no decretar la suspensión provisional del acto acusado, no puede tenerse en cuenta cuando litigan dos entidades de derecho público, como un Departamento y un Municipio, ya que no es posible suponer que el legislador pueda con sus disposiciones, las referentes a segregación de territorios municipales, por ejemplo, causar perjuicio a los intereses públicos de las entidades en conflicto. (Sentencia de 24 de agosto de 1937) 814

T

Tasas municipales—El sacrificio de la res, su beneficio y consumo son fenómenos locales. Los Municipios, obligados a establecer los servicios públicos que con tales operaciones se relacionen, han creado y sostienen en primer término el de inspección e higiene, que vigila y examina la calidad del artículo producido, de donde se justifica la tasa por examen de carnes y animales; luego el llamado matadero comporta también labor de higiene y salubridad públicas, cuando agrupa en un local dado, con todos los medios y elementos de asepsia, el ganado que se va a dar al consumo, lo sacrifica, descuartiza, clasifica y prepara allí para el expendio y aun en algunos lugares establece como anexo el servicio de conducción del artículo así preparado a las plazas de mercado o lugares de venta. Entra aquí la entidad municipal como empresaria de un servicio público que tiene o debe tener adscrito un patrimonio indispensable para su explotación, y que demanda gastos, cuya retribución por los expendedores constituye el pago de una tasa o derecho que no tiene ni puede tener las características del impuesto, puesto que no es ni general, ni obligatorio, ni coactivo. Procede de ignorancia de las normas administrativas indolentemente consentida a través de la rutina, ese vicio de los presupuestos municipales que agrupan, con los impuestos propiamente dichos, aquellos derechos y tales cuotas que sólo pueden hacerse efectivos a manera de tasas por la prestación de determinados servicios oficialmente explotados. (Sentencia de 27 de septiembre de 1937) 795

Ternas (de Magistrados de los Tribunales Superiores)—Cuando una elección se verifica en dos etapas, a virtud de un procedimiento que se desenvuelve dentro de una unidad de intención y de obje-

Páginas.

tos claramente definidos, la primera fase de esa operación compleja no puede superarse sin reunir las calidades que se exigen para cerrar la última fase o etapa, pues de lo contrario la operación misma carece de sentido, ya que no pueden llegar al punto final sino únicamente quienes han pasado por el punto de partida. Si no pueden ser Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial sino quienes tengan ciertas calidades, y tiene que hacerse el nombramiento de Magistrados exclusivamente de entre las personas designadas por las Asambleas en las ternas, tales personas forzosamente han de reunir aquellas calidades, porque de otra manera el nombramiento sería imposible o no habría terna. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937) 684

V

Vales (departamentales de Tesorería)—Aun admitiendo que una ordenanza posterior hubiera creado impuestos nuevos, de ninguna manera rige la conclusión de que están exceptuados del imperio de la norma expedida en ordenanza anterior, que admitía, en pago de todas las rentas y contribuciones departamentales, determinado porcentaje en vales departamentales de Tesorería. En efecto: es característico de la ley que sus efectos se desarrollen y cumplan en el futuro. Es precisamente para regular los actos y las relaciones jurídicas del porvenir para lo que se dictan las leyes, que sólo muy rara vez pueden regir los hechos del pasado, y que, limitadas a la órbita del presente, carecerían de contenido y de eficacia. Por eso, salvo excepción expresa, cuando un precepto abarca una categoría de fenómenos designándolos en general, tal precepto cobija indistintamente a los ya existentes y a los que surjan en el porvenir, siempre que pertenezcan sin ninguna duda a la misma categoría. (Sentencia de 20 de septiembre de 1937) 665

INDICE

Págs.

Cundinamarca. Ordenanza número 32 de 1936. Auto por el cual se revoca el pronunciado por el Consejo de Estado con fecha 3 de noviembre de 1936 y se confirma el del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 5 de agosto de 1936. Actor, Municipio de Albán. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías.. 814

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Pedro Martín Quiñones y Guillermo Peñaranda Arenas.. 817

Huila. Ordenanza número 30 de 1936. Sentencia por la cual se revoca la del Tribunal Administrativo de Neiva, de 16 de noviembre de 1936, y en su lugar se declara que no es nulo el artículo 1º de la mencionada Ordenanza. Actor, doctor Rafael Leiva Ch. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas.. 782

Tolima. Ordenanza número 30 de 1936. Sentencia por la cual se confirma en todas sus partes la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Ibagué. Actor, Abundio López. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones.. 805

Valle. Ordenanza número 17, de 24 de abril de 1934. Sentencia por la cual se confirma en todas sus partes la del Tribunal Administrativo de Cali, de 3 de noviembre de 1936. Actor, Angelino Silva S. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones.. 801

RESOLUCIONES MINISTERIALES

Ministerio de Gobierno. Resolución número 27, de 29 de octubre de 1936. Sentencia por la cual se niegan las peticiones de la demanda y se levanta la suspensión provisional de la providencia acusada. Actor, doctor Leandro Medina. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa.. 710

Salvamento de voto al fallo anterior del Consejero doctor Pedro Martín Quiñones 717

Ministerio de Industrias y Trabajo. Resoluciones dictadas con fecha 28 de abril de 1936. Sentencia por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, doctor Jorge Orozco Valencia. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 728

Ministerio de Industrias y Trabajo. Resoluciones números 194 y 255, de 5 de agosto y 8 de octubre de 1936, respectivamente. Sentencia por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, Carlina Pulido v. de Bernal. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda.. 732

Salvamento de voto al fallo anterior del Consejero doctor Elías Abad Mesa.. 738

Ministerio de Industrias y Trabajo. Resolución número 55, de 14 de agosto de 1936. Sentencia por la cual se declara nula la Resolución acusada. Actor, doctor Víctor Cock. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas.. 770

Ministerio de Industrias y Trabajo. Resoluciones números 68 y 119, de 18 de marzo y 29 de mayo de 1936, respectivamente. Sentencia por la cual se declaran nulas las dos Resoluciones acusadas. Actor, doctor Camilo Bernal. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones.. 787

Ministerio de Industrias y Trabajo. Resolución número 17, de 3 de noviembre de 1936. Auto por el cual el Consejo de Estado se inhibe de conocer del asunto. Actor, doctor Aníbal del Castillo. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías.. 822

Ministerio de Correos y Telégrafos. Resolución número 1091 bis, de 4 de mayo de 1936. Sentencia por la cual se declara nula dicha providencia. Actor, Joaquín E. Valcárcel. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano.. 678

Jurisprudencia.. 829

ESTUDIOS JURIDICOS

Derecho y **Jurisprudencia,** por el doctor José Antonio Archila.. 841

Pruebas supletorias del estado civil, por el doctor Eduardo Zuleta Angel.. 846

El Consejo de Estado falla como juez de interpretación, por el doctor Carlos H. Pareja.. 851

Inviolabilidad de las situaciones jurídicas individuales, por el doctor Bernardo Uribe Holguín 856

La inexequibilidad de la Ley 21 de 1937.. 859

Maurice Hauriou. La institución y el derecho estatutario Traducción de Carlos Valencia Estrada.. 868

BIBLIOGRAFIA

Nota bibliográfica, por el doctor César Julio Rodríguez.. 893

Derecho y Jurisprudencia

Por el doctor
JOSE ANTONIO ARCHILA

Anhela el doctor Carlos Lozano y Lozano, digno Presidente del Consejo de Estado, revestir la misión de la entidad de toda la importancia que está llamada a cumplir en la vida jurídica del país, y a tal efecto ha invitado a la crítica y análisis de los fallos de la entidad, recogiendo esas opiniones en esta misma Revista. Idea plausible ésta, e indicadora de que bajo la acción directiva de este distinguido y joven Magistrado, las labores de la institución se enrumben hacia las prácticas y costumbres que han hecho de ella en los países de Europa, principalmente en Francia, un verdadero laboratorio de doctrinas y principios de administración pública. Formada la firme estructura mental del doctor Lozano en ambientes de seria y verdadera cultura jurídica, cuya asimilación no le ha sido difícil, atendidos sus claros dones naturales de inteligencia, ponderación y juicio, quiere él, a su paso por la primera corporación del Gobierno colombiano, implantar allí lo que vio, sintió y aprendió, que se hace en otras latitudes, en la delicada función de aplicar la ley en vía de juridicidad, y para derivar de ella reglas directivas de los intereses generales que dirige el poder administrador del Estado. Es, pues, un fin eminentemente patriótico el que guía la iniciativa, y a ella deben responder todos los abogados de la capital y del país, que tomen interés en estas cuestiones.

Destinada la autoridad de lo contencioso-administrativo a mantener el control de legalidad entre los asociados y el poder administrador del Estado, se comprende fácilmente que esa función jurisdiccional participa de la naturaleza jurídica de la rama de donde emanan los actos revisables, esto es, el derecho administrativo, vario y cambiante en las materias que reglamenta, como son varias y cambiantes las actividades jurídicas del mismo Estado. La peculiaridad de todas estas condiciones reviste también de caracteres especiales y variados la función del Juez, llamado a interpretar las leyes administrativas que, por su complejidad y extensión, no pueden ser susceptibles de una codificación rígida, como si sucede con el Derecho Civil y materias similares. Todo lo cual indica que, allí en donde no existe un derecho administrativo, doctrinal o científico, como acontece en Colombia, sus fuentes únicas habrán de ser la ley y la jurisprudencia, siempre que ésta sea constructiva, de normas precisas y orientadas hacia principios definidos; ya que si bien la jurisprudencia no tiene, como la ley y el reglamento, un carácter de obligatoriedad, ella viene, sin embargo, en ciertos casos, a llenar la función de éstos, en cuanto sus reglas interpretativas resuelven muchas cuestiones de diaria ocurrencia. Por donde se ve la importancia de las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa como origen de doctrina en ausencia de textos claros y expresos, que sirvan de clave directa a la solución de los problemas diarios de la administración, auxiliada, naturalmente, de los principios constitucionales, que todavía afirman en Colombia la realidad de un Estado de derecho. Hablo de principios cons-

titucionales como auxiliar de una recta jurisprudencia, porque dentro de la unidad de fines en las funciones de todo Estado organizado sobre un supuesto jurídico, Constitución y Administración son dos expresiones diversificadas de aquella unidad, y una jurisprudencia que se construya únicamente sobre ideologías económico-sociales, quebrantando las garantías jurisdiccionales de los derechos públicos subjetivos, que hoy sólo se desconocen en Rusia, jamás podría asumir la forma de un derecho apto para ser incorporado en las corrientes científicas sobre la materia. Obsérvese, en efecto, cómo bien apreciada la importancia de la jurisprudencia, ella ofrece ciertos caracteres de universalidad, de que carece la ley misma, lo que hace que ella se aplique, cuando ofrece todos los dictados de doctrina jurídica, en distintos países, tal como sucede con la jurisprudencia francesa en Alemania, y viceversa, y con la conformidad de los tratadistas de uno y otro país en reconocer la necesidad de que el derecho se integre con la práctica, y que la jurisprudencia produzca, en los casos de silencio de los Códigos, un derecho nuevo para las nuevas necesidades del mundo, constituyéndose así "una garantía que debe conciliar el pasado con el presente, el rigor de la lógica con la voz de la utilidad social, y, en una palabra, un derecho *uso exigente et humanis necessitantibus*" (1). Y adviértase, por último, que esta universalidad de la jurisprudencia científica ya se ha estado haciendo sentir en los fallos de nuestra Corte Suprema, respecto de doctrinas como la de la previsión, desarrollada por los Tribunales franceses, y expuesta por autorizados comentadores, como Josserand.

Expuestas las anteriores ideas por vía de consideración general, sobre la importancia de la iniciativa del señor Presidente del Consejo de Estado, ensayaré ahora un breve comentario acerca de uno de los muy importantes fallos de esta entidad en los últimos días, y cuya redacción ha correspondido al señor doctor Lozano y Lozano.

—

Reducido el problema que resuelve el fallo a términos sintéticos, consiste en averiguar si es lícito a una Asamblea Departamental, por la fórmula del aumento de la tasa de impuestos afectos al pago de un empréstito, excluir el derecho de los acreedores a participar en los productos o rendimientos de la sobretasa, como renta también obligada al servicio de la deuda. El Consejo de Estado ha negado la licitud y legalidad de tal procedimiento, como hecho contrario a las reglas que rigen las obligaciones contractuales, y desarrolla al respecto, entre otras, las importantes teorías de los contratos implícitos o tácitos, la de la unilateralidad de las declaraciones de la voluntad como fuente de obligaciones, y la de que, en el campo fiscal-administrativo, el aumento de un impuesto no significa el implantamiento de un tributo nuevo. Tomaré como objeto de análisis las cuestiones más salientes de los fundamentos del fallo, remitiendo a quien desee conocer éste en su integridad, a la página 665 de esta misma Revista (2).

La invocación que el fallo hace de principios de la ley civil para desatar un litigio de carácter público-administrativo, en el acto o medida que lo origina, invita al comentario por la doble faz importante que ofrece doctrinalmente, esto es, la legislación que se ha de aplicar al caso, y la construcción de una teoría fundada justamente en los fines a que debe responder toda jurisprudencia creadora de normas jurídicas. Examinemos brevemente estos dos aspectos.

(1) Covian.

(2) El presente estudio analiza las doctrinas sentadas en sentencia de 20 de septiembre de 1937, de la cual es Consejero ponente el doctor Carlos Lozano y Lozano, publicada en las páginas 665 y siguientes de esta entrega de los *Anales*.

Dado el carácter supletorio del derecho común, no puede desconocerse la necesidad de utilizar sus reglas en todo evento en que falten preceptos especiales, pues aun admitida la delimitación jurisdiccional de las materias civil y administrativa, esos dos derechos siempre habrán de estar confundidos en sus principios fundamentales, mucho más tratándose de la materia contractual y de objetos económico-pecuniarios, en que la entidad pública siempre ha de obrar, asumiendo un carácter de persona privada, sujeta a las reglas de la legislación civil, según ocurre en el caso de análisis. Aquí se controvierte la licitud o ilicitud de que una entidad oficial altere por sí misma relaciones de carácter contractual, con lo cual se plantea una pugna entre esa medida y las reglas que rigen el orden civil de las convenciones, luego es preciso buscar en las bases mismas de la organización jurídica del Estado principios de apoyo para resolver convenientemente el problema judicial, y esas bases se ofrecen espontáneamente ante la sola consideración de que el derecho público del Estado protege en su sistema orgánico y jurisdiccional todo ese conjunto de instituciones que forman la noción del derecho privado, desde que en la ley fundamental manda por modo terminante y enfático incorporar al derecho común todas las declaraciones de garantía que forman la materia de los derechos civiles y las garantías sociales. No toda actividad de la Administración Pública es una misma en su forma, para que el principio de los derechos individuales pueda ser excluído. El Estado siempre habrá de estar sometido a la ley civil en todo evento en que obre bajo un motivo de orden económico, desde que ahí resaltará una relación de derecho, semejante a las que emanan del concepto de los derechos de familia, personales o de sucesión.

Por lo demás, es preciso admitir que, no existiendo un derecho público-administrativo específico en sus reglas, sin el auxilio de la doctrina civil, el Consejo de Estado no hubiera podido resolver el problema en cuestión.

Veamos ahora otro aspecto no menos interesante del fallo.

¿Cónio derivar de la declaración unilateral de un acto público las consecuencias jurídicas, que sólo pueden darse en el fenómeno de los contratos, merced al concurso plural de voluntades? Aquí el auxilio de la doctrina científica y la jurisprudencia de carácter universal, según lo que dejamos expuesto en otro lugar de este escrito. Casos hay en que la declaración de una voluntad aislada genera obligaciones exigibles; así lo reconoce el Consejo con apoyo en principios de legislación positiva y en la doctrina científica europea, sobre contratos tácitos o implícitos, expuesta por Saleylles y Josserand. Se trata, pues, de una jurisprudencia fruto de investigación y estudio concienzudo, muy distinta a otras de la misma entidad, expuestas a la ligera, sin generalización, ni examen de las consecuencias prácticas que siempre deben revaluar las decisiones judiciales.

El fallo en esta parte bien podría servir de materia a un detenido análisis, por sus diversos aspectos, todos fecundos a las conclusiones de sentido doctrinal, pero el limitadísimo tiempo de que disponemos nos impide ahondar en el punto. Veamos, sin embargo, a la ligera, algunos de los efectos principales que habrá de producir esa decisión.

El Consejo reconoce que se trata de un verdadero contrato, desde que le aplica las disposiciones de la ley civil en punto de las declaraciones de voluntad; pero en esta vez, orientado hacia conclusiones distintas a las que hemos conocido de la misma entidad en situaciones semejantes, en vez de declarar la inhibitoria para conocer del asunto, aplicando al caso una prevención de la ley orgánica del poder contencioso, ha entrado a resolver el negocio en el fondo, con lo cual se reconoce el hecho real y jurídico de que en estos contratos, de carácter público-adminis-

trativo, concurren elementos de orden civil y administrativos que es necesario diferenciar por aplicación de un criterio certero, desde que sólo así puede fijarse la competencia del Juez administrativo para llenar la función revisora de los actos que el constituyente y el legislador le atribuyen, en guarda del derecho individual. Es que no es admisible, en verdad, que por el solo hecho de estar de por medio un contrato emanado de la actividad administrativa, el control jurisdiccional contencioso-administrativo haya de desaparecer, siquiera se trate de medidas que la entidad pública profiere con el ánimo de alterar unilateralmente las relaciones que se derivan de ese contrato, utilizando al efecto su posición privilegiada de poder público, y bajo el pretexto de ejercer facultades que en el caso no le competen. Tenemos, pues, un paso de orientación hacia la competencia de los Jueces administrativos para entender en controversias originadas en contratos administrativos, medida ésta que es necesaria y que es científica, puesto que se trata únicamente de dar Jueces propios a las materias que los exigen.

Desde otro punto de vista, el fallo es plausible, en cuanto resuelve una cuestión tan importante como es la relativa al modo de obrar en estos negocios contractuales la Administración. Se reputan contratos administrativos o de derecho público todos los que la Administración Pública celebra con otra entidad pública o privada, física o jurídica, y que tengan por objeto una prestación de *utilidad pública,* ateniéndonos al parecer de los expositores. En estos contratos, la Administración fija unilateralmente el objeto, modo y condiciones de la prestación; pero como contratos que son, al igual de los del derecho privado, deben reunir todos los elementos comunes a éstos: capacidad, causa lícita y consentimiento. Este último elemento, en eventos como el del litigio, es cierto que sólo ha concurrido con posterioridad al perfeccionamiento del acto, pero esta circunstancia no desnaturaliza el aspecto jurídico de la figura que representa el contrato, si se aceptan como exactas las teorías científicas que sirven de base al fallo. Que en un caso tal, lo real, lo visible sea la concurrencia de dos voluntades diversas, imperante la una y subordinada la otra, tampoco puede ser óbice para reconocer el hecho de que allí existe una verdadera fuente de obligaciones recíprocas y de derechos correlativos: el individuo que se liga voluntariamente a lo que promete el acto administrativo, obra dentro de la esfera de la libertad civil, que es también un principio jurídico, reconocido y protegido por el Estado, del cual es apenas un agente la entidad o empleado promitente. El Estado, o mejor dicho, la entidad o empleado, puede imponer a los que entran en relaciones con él, sus condiciones, dentro del libre juego de concurrencia, y aun independientemente de toda coacción física o jurídica, pero siempre elevándose a la idea de que va a contraer una obligación en la cual el consentimiento se encuentra declarado en forma antelada e indubitable. Obtenido el objeto propuesto—en el caso, el dinero del empréstito—un principio de suprema equidad y de derecho universal y positivo exige que la obligación nacida unilateralmente adquiera todos los caracteres de la exigibilidad que ostentan aun las meras obligaciones naturales en todos aquellos casos en que las leyes positivas les dan valor de relaciones jurídicas.

En resumen: la decisión del Consejo de Estado, por el aspecto que vengo estudiando, da nacimiento a una jurisprudencia constructiva, y que sistematizada en el orden de la materia sobre que se desarrolla, echa las bases de un derecho propio y peculiar al régimen administrativo, sin ser una teoría revolucionaria, antes bien, realiza el pensamiento del insigne escritor Guillermo Ferrero, de que "los hombres no marchan hacia el porvenir sino con los ojos vueltos al pasado," pensamiento éste que, aplicado a la obra de la jurisprudencia, bien pudiera expresarse diciendo que el derecho sólo se perfecciona examinando la obra

de las generaciones que nos han antecedido, para utilizarla en todo momento. ¿Qué significa en realidad, hoy, la teoría del daño moral como origen de reparaciones pecuniarias? La evolución, por la exégesis de una jurisprudencia generalizadora y científica de la institución de la culpa aquiliana o extracontractual, y que hoy sirve de clave a la solución de importantes problemas en las relaciones humanas.

Siga, pues, el Consejo de Estado en esta vía de construcciones nuevas, en punto de fórmulas adecuadas para resolver litigios como el que motiva el fallo, y su labor estará destinada al noble fin de crear un derecho nuevo, sin perturbaciones sociales.

Pruebas supletorias del Estado Civil

Por el doctor
EDUARDO ZULETA ANGEL

En la magnífica sentencia dictada por el Consejo de Estado el 20 de septiembre último, sobre nulidad de la Resolución número 72, de la Dirección General de la Policía, relativa a la expulsión de los señores Vladimiro Tebens Tan y Miguel Carlos Cristo, esa alta corporación sentó, a propósito de una materia que ha sido muy controvertida, una interesante, y en nuestro sentir, acertadísima doctrina sobre pruebas supletorias del estado civil de origen eclesiástico (1).

Los mencionados señores, para acreditar su situación jurídica de naturales colombianos, acudieron a las autoridades eclesiásticas, de conformidad con lo establecido en una resolución que la Conferencia Episcopal dictó en 1927, a fin de obtener que la Curia ordenara que se inscribieran partidas de bautismo de dichos señores.

El Consejo de Estado, con mucha razón, estimó que las partidas inscritas como resultado de ese procedimiento no tenían efectos civiles, y fundándose en esto, principalmente, negó las peticiones de la demanda.

"Hay que entender, dice la sentencia, que la Resolución de la Conferencia Episcopal de 1927, y las demás disposiciones de carácter eclesiástico que señalan la manera de suplir las omisiones o enmendar los errores en las actas del estado civil, obran sólo para fines propios de la esfera dentro de la cual actúa la Iglesia en Colombia.

"De los artículos 377, 381 y 407 del Código Civil, en concordancia con el 22 de la Ley citada (número 57 de 1887)—agrega la sentencia—se desprende que el procedimiento indicado, si se trata de suplir la prueba principal en forma que produzca efectos civiles, es muy distinto del adoptado por los demandantes, que emplearon el señalado por la citada Resolución de la Conferencia Episcopal, para suplir las omisiones en los libros parroquiales de registro."

En apoyo de la magnífica sentencia del Consejo de Estado, pueden aducirse los siguientes incontrovertibles fundamentos jurídicos:

El origen de los registros del estado civil se debe, en el mundo, al clero católico, que desde tiempos muy remotos tuvo la costumbre de llevar libros en que se inscribían los acontecimientos que se relacionaban con la vida religiosa de los feligreses, y en que se anotaban las sumas de dinero recibidas con ocasión de tales acontecimientos, o sea con ocasión de los bautismos, de los matrimonios y de los entierros.

Reglamentados por el Concilio de Trento esos registros, vinieron a desempeñar en la vida civil un papel importantísimo, porque los Estados aprovecharon la existencia de ellos para descartar en esas materias la prueba testimonial, antes admitida, y que era causa de enorme incertidumbre en cuanto a los hechos atinentes al estado civil.

---

(1) El presente estudio analiza algunas de las doctrinas sentadas en sentencia que se publica en la página 710 de esta Revista, de la cual es Consejero ponente el doctor Elías Abad Mesa.

Pero el sistema creado por la utilización que el Poder Público hizo de los registros eclesiásticos, tenía un inconveniente: era un sistema cuyo funcionamiento estaba restringido a los que profesaran la religión católica. Este inconveniente se hizo sentir especialmente a fines del siglo XVI, después del Edicto de Nantes, que le reconoció a los protestantes libertad para su culto, y se agravó después de la revocación de dicho Edicto, porque entonces los protestantes quedaban colocados en la alternativa de abjurar de su religión o de carecer de estado civil.

Todo ello dio origen a que la Revolución Francesa—considerando insuficiente el sistema intermedio, organizado por Luis XVI, que encargó a los oficiales de justicia de llevar las actas del estado civil de los no católicos—realizara en esa materia una reforma capital: la *secularización de los registros del estado civil,* en la forma en que después fue acogida por el Código de Napoleón, y sobre la base de que "los actos de la vida civil no pueden ser constatados sino por personas puramente civiles, y por consiguientes neutras en las cuestiones de dogma y de culto, ante las cuales puedan todos indistintamente acudir, sin perjuicio de hacer cada cual, en seguida lo que su religión le prescriba.

Nuestro Código Civil, que en esta materia se separó fundamentalmente del chileno, consagró, con tanta claridad y nitidez como el legislador francés en 1792, el sistema extremo de secularización de los registros, en que vino a culminar el largo proceso a que acabo de referirme.

Al efecto, sentó como principios fundamentales: *a)* El de que el estado civil debe constar en el registro respectivo, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado (artículo 347); *b)* El de que las actas deben extenderse el mismo día en que se dé el aviso o se tenga noticia del acontecimiento (artículo 372), es decir, a más tardar ocho días después del nacimiento, si de éste se trata (artículo 350); dentro de los treinta días siguientes a la muerte, si se trata de actas de defunción (artículo 346), e inmediatamente después de que el matrimonio se celebre, si el acta es de matrimonio (artículos 137 y 364); y *c)* El de que son los notarios públicos los encargados de llevar el estado civil de las personas (artículo 348).

Organizado sobre esas bases el sistema de la prueba del estado civil, sistema con respecto al cual podría decirse lo que dice Josserand a propósito del francés: "La prueba por los registros adquiere allí el valor de una verdadera solemnidad," nuestro Código tenia que prever, y previó, en efecto, pero en una forma distinta de la empleada por el Código de Napoleón y por el Código chileno, tanto lo atinente a los casos de omisión de alguna partida en los libros existentes (artículos 377 y 381), como lo concerniente a los casos de inexistencia o pérdida de los registros, a los cuales se asimilan los casos de registros llevados negligentemente o con intermitencias, así como los casos de registros mutilados (artículo 395).

El Código francés, una vez reglamentado el modo normal de extender las actas del estado civil, sólo se ocupó, en su artículo 46, de los casos de inexistencia de los registros o de pérdida de éstos. La doctrina y la jurisprudencia hicieron extensivo ese texto a los casos de omisión de una partida en los registros existentes.

Nuestro Código reglamentó por separado la omisión de alguna partida en los registros y la inexistencia o pérdidas de éstos, pero sin que dejaran de tener un carácter subsidiario los sistemas empleados para uno y otro caso. Tanto en el caso de omisión, como en el caso de inexistencia o pérdida de los registros, es necesaria la intervención del Juez. La decisión de éste viene a suplir la falta de la partida, normalmente asentada en los libros de registro.

En otros términos: nuestro Código distinguió perfectamente, como era lo natural, en materia de pruebas del estado civil, dos clases perfectamente distintas:

a) Los instrumentos auténticos denominados actas del estado civil, que se extienden en los libros respectivos sin necesidad de ninguna decisión judicial previa, y a *su debido tiempo,* que son las pruebas *principales,* cuya fuerza probatoria fue determinada por los artículos 392 y 394, sobre la base de que contienen dos clases de afirmaciones de valor desigual, a saber: las que emanan del funcionario público, que son tenidas por exactas, dada la necesidad de creer en la palabra de éste, y las que emanan, no del funcionario—que no ha hecho más que producirlas sin apropiárselas—sino de los particulares, las cuales admiten prueba en contrario, de acuerdo con el derecho común, siendo de advertir, por lo que respecta a estas últimas, que "cuando de matrimonios se trate, como lo que constituye el contrato es la declaración de ambos esposos, en el sentido de que recíprocamente se aceptan como tales, la declaración hecha ante el Juez hace plena fe para comprobar el matrimonio, y ya se sabe que el notario no hace otra cosa que reproducir el acta sentada por el Juez ante quien se celebró el contrato"; y

b) Las decisiones judiciales, que se hacen indispensables cuando faltan las actas, normal y oportunamente extendidas; decisiones en virtud de las cuales se llevan o se pueden llevar a los libros de registro del estado civil, en una época posterior al acontecimiento que se trata de registrar, las respectivas atestaciones supletorias, sin que haya diferencia fundamental, aun cuando nuestro Código los contemple por separado entre los casos de *omisión* de una partida en los libros existentes y los casos de inexistencia o pérdida de los registros. En una y otra hipótesis se trata, no ya de una prueba principal, normalmente producida, sino de una prueba supletoria, que requiere una previa decisión judicial, salvo el caso excepcional contemplado por el artículo 377. Así, en el caso de omisión de una partida en los registros existentes, lo que ha hecho el legislador es venir en ayuda de aquellos a quienes les falta la prueba normal de su estado civil, para permitirles procurársela por medios excepcionales, por modos subsidiarios, sin que tenga importancia ninguna el hecho de que en el caso del artículo 381, la ley ordena poner un acta en el lugar correspondiente a la fecha en que se extiende, anotando su referencia a la margen del lugar en que fue omitida, y de que en el caso del artículo 395 no ordene lo propio.

En uno y otro caso se trata de decisiones judiciales, declarativas de hechos del estado civil que, en concepto de expositores tan autorizados como Josserand, no tienen autoridad de cosa juzgada, sino en cuanto a las partes que figuraron en el proceso, de acuerdo con el principio de la relatividad de la cosa juzgada.

El sistema de la absoluta secularización de los registros del estado civil, adoptado por el Código, fue parcialmente reformado por el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, mejor dicho, al principio general, según el cual el estado civil de cada persona debe constar en el registro llevado por los notarios públicos o los funcionarios llamados a sustituirlos, el mencionado texto le introdujo una excepción, concebida en estos términos:

"Se tendrán y admitirán como pruebas *principales* del estado civil, respecto de nacimientos y matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. Tales pruebas quedan sujetas a ser rechazadas o redargüidas y *suplidas* en los mismos casos y términos que aquellas a que se contrae este título, a las cuales se las asimila....."

Es muy fácil señalar el alcance y el sentido de esta reforma, mediante los siguientes elementos científicos de interpretación:

a) La finalidad del texto. Es obvio que el artículo 22 de la Ley 57 tuvo por objeto satisfacer una necesidad social apremiante: establecido el sistema de secularización de los registros del estado civil, la mayor parte de los colombianos, por sus arraigadas creencias católicas, así como por motivos de tradición y de costumbre, lo mismo que por deficiencia en la organización de los servicios concernientes al registro del estado civil por parte de los funcionarios civiles, se limitaban en materia de estado civil a suministrarles a los párrocos, en los casos de bautismos, matrimonios y defunciones, los datos que éstos pedían para asentar las respectivas partidas con ocasión de su intervención en tales casos. Como no era posible dejar sin pruebas del estado civil a todas esas personas, el legislador de 1887 le introdujo una excepción al principio de la secularización. Pero una excepción limitada a la satisfacción de esa necesidad social: una excepción, según la cual, las actas o partidas normalmente extendidas en los libros parroquiales quedaron asimiladas a las pruebas principales del estado civil, es decir, una excepción que se limitó, porque ello era bastante para llenar la finalidad que se perseguía, a las pruebas principales del estado civil. Claro está que respecto de las pruebas accesorias ni era necesario ni era procedente hacer la misma asimilación.

b) El carácter de excepción que tiene la disposición. El principio establecido por el Código era el de la secularización completa y absoluta del registro civil. A ese principio se le introdujo una excepción, y toda excepción es de interpretación restrictiva.

c) El texto mismo de la disposición. Obsérvese en efecto que el referido artículo 22 comienza diciendo que se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil..... Obsérvese asimismo que al tenor de la referida disposición, tales pruebas pueden ser suplidas en los mismos casos y términos que aquellas a que se contrae el respectivo título del Código Civil.

Y si todo lo anterior no fuera suficiente para dejar perfectamente establecido que dicho texto sólo se refiere a las pruebas principales del estado civil, y que la asimilación que él hace es entre las pruebas principales de origen civil y las pruebas principales de origen eclesiástico, el artículo 79 de la Ley 153 de 1887, por lo que respecta a matrimonios, despejaría toda duda: "respecto de matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, y que deban surtir efectos civiles conforme a la presente Ley y a la 57 de 1887—dice el texto citado—se tendrán como pruebas principales las de origen eclesiástico, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22 de la misma Ley 57."

d) El fundamento de la disposición. El legislador tenía que considerar, y consideró, que no había ningún inconveniente en darles a los párrocos el mismo crédito que a los funcionarios llamados a llevar el registro del estado civil. Ya se vio que la fuerza probatoria de las actas del estado civil depende, por lo que respecta a las afirmaciones que emanan del funcionario, de la necesidad de creer en la palabra de éste. No implicaba ni remotamente una concesión injustificada a la autoridad eclesiástica, al colocar la palabra del párroco de cada población al nivel de la palabra del notario. Pero cosa muy distinta habría sido la de asimilar las decisiones de los tribunales eclesiásticos sobre cuestiones atinentes al estado civil, a las decisiones de los tribunales civiles. Esta asimilación no habría tenido los mismos fundamentos que aquella otra, no porque los tribunales eclesiásticos sean menos respetables que los civiles, sino porque tanto sus procedimientos como las normas de carácter sustantivo a que tienen que atender son diferentes de los de los tribunales

civiles. Estos atienden a necesidades temporales, a tiempo que los otros funcionan en razón de consideraciones de orden espiritual.

El único considerando del Decreto de 28 de octubre de 1927, sobre "subsanación de errores u omisiones en los registros parroquiales," es del tenor siguiente: "que es preciso determinar de manera práctica y segura el modo de levantar la prueba *supletoria* en caso de omisión o yerro, en los libros parroquiales, del asiento de partidas de bautismo, matrimonio, etc."

Sobra advertir que basta ese considerando para dejar perfectamente establecido que las partidas a que el decreto se refiere o que en virtud de él pueden inscribirse en los registros parroquiales, no son partidas que tengan el carácter de pruebas principales, sino que obviamente, por lo que el mismo preámbulo del decreto establece, y por lo que la naturaleza de las cosas impone, pertenecen a la categoría de pruebas *supletorias*.

Pero hay más: de conformidad con los artículos 2º y 3º del Decreto, la omisión de la partida no se repara por medio de la redacción de otra partida, extendida en la forma normal (atestación del párroco que ha presenciado la celebración del matrimonio, si de éste se trata), sino mediante la inscripción de la sentencia judicial en el lugar correspondiente a la fecha en que se comunica la copia de tal sentencia.

De tal manera que aun por este aspecto hay una diferencial fundamental entre las partidas comunes y corrientes y las inscripciones, que se hacen como resultado del procedimiento establecido en el Decreto en cuestión, sobre todo cuando se trata de matrimonios, porque la partida normal constituye una afirmación oficial, hecha en determinada forma, del sacerdote que recibe las declaraciones constitutivas del vínculo conyugal, sobre el hecho presenciado por él, de haberse ellas emitido con los ritos del caso, a tiempo que las inscripciones a que se refieren los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto son apenas constancias sobre el hecho de que la respectiva autoridad eclesiástica encontró suficientes las pruebas supletorias que le fueron presentadas.

El Consejo de Estado falla como juez de interpretación

Un caso nuevo en nuestra justicia administrativa.

Asunto: Compañía Colombiana de Tabaco con el Departamento de Bolívar.

Por el doctor
CARLOS H. PAREJA
Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad Libre

A medida que el Estado se hace intervencionista, manifiéstase con más fuerza la utilidad de la justicia administrativa. La historia contemporánea revela que ninguna dictadura puede convivir con el Consejo de Estado, si éste es lo que debe ser. Aquí mismo en Colombia tenemos un ejemplo claro: la única época en que no tuvimos Consejo de Estado, a partir de su creación, fue aquella de la dictadura de Reyes, de 1905 a 1910. El primer acto ostensible del Dictador fue suprimir una institución que debió serle molesta. Dictadura y Consejo de Estado son términos incompatibles.

De allí que el primer deber de la democracia sea fortalecer el Consejo de Estado, como un instrumento necesario para controlar los abusos de la administración y sus funcionarios. Entre nosotros la jurisdicción contencioso-administrativa, en parte por la vaguedad y deficiencias de la ley orgánica, y en parte por timidez de los Jueces administrativos, no ha logrado todavía su cabal desarrollo. Sin embargo, se ha avanzado bastante, sobre todo en los últimos años, en el camino de hacer del Consejo de Estado lo que debe ser en el campo de los servicios públicos, es decir, un juez tan amplio como lo es la Corte Suprema de Justicia en el campo de los intereses particulares.

La idea del señor Presidente del Consejo de Estado, encaminada a hacer de los *Anales del Consejo* una tribuna de discusión de los fallos, va a ayudar mucho en la tarea de definir las posibilidades de nuestra justicia administrativa y de fijarle el derrotero de que, a nuestro juicio, ha carecido. Podrán así los Jueces ver qué se piensa de sus fallos; y podrá el pueblo, por intermedio de los comentaristas, ejercer alguna influencia en la formación de la doctrina.

—

La jurisdicción contencioso-administrativa puede, por su naturaleza, servir de tres modos distintos:

1º Decidiendo en el fondo los litigios provenientes de una cualquiera actividad administrativa, violatoria de derechos, especialmente por razón del funcionamiento de los servicios públicos;

2º Anulando las actuaciones de los funcionarios que exceden o desvían el poder de la ley, u omiten aplicarla; y

3º Interpretando el sentido de los actos administrativos.

La primera forma de actividad constituye el contencioso de fondo o de plena jurisdicción; la segunda, el contencioso de anulación; la tercera, el contencioso de interpretación.

El contencioso de fondo asimila el Consejo de Estado y Tribunales Seccionales a la Corte y Tribunales civiles, porque los hace Jueces de hecho y de derecho. Bajo su jurisdicción cae todo acto administrativo, unilateral y contractual, que vulnera un derecho protegido por la ley. Por esta vía se actúa en *acción privada.* En el antiguo Derecho nuestro, cuando el Consejo de Estado actuaba en esta forma, se limitaba a decir si un acto administrativo debía o nó sostenerse; la Ley 80. de 1935 amplió esa atribución, dándole facultades para determinar cómo debe restablecerse el derecho violado. Cuando el Consejo decreta pensiones; cuando sostiene, modifica u ordena el reintegro de un impuesto; cuando determina el monto de las indemnizaciones en casos de expropiación; cuando revisa una carta de naturaleza; cuando falla pleitos electorales (no obstante las ventajas del procedimiento), etc., está fallando en el fondo, como Juez de plena jurisdicción. No importa que, de paso, anule el acto administrativo que motivó la controversia; lo esencial es que el fallo se dirija a subsanar la ofensa hecha al derecho.

El *contencioso de anulación* tiene por objeto controlar a los funcionarios, no desde el punto de vista de la violación de derechos de los particulares, sino para defender la ley o el reglamento de los servicios públicos. El fallo del Consejo, por la vía del contencioso de anulación, no declara derechos; constata simplemente si ha habido o nó ofensa a la ley o al reglamento del servicio público, violando así *intereses,* no derechos patrimoniales de los ciudadanos. Bien puede suceder que el acto administrativo ilegal o irreglamentario perjudique a alguien indeterminado en sus derechos, pero lo que se busca con el contencioso de anulación, en que se actúa en *acción pública,* es la defensa de la ley o del reglamento del servicio. Entre nosotros, los Jueces han sido tímidos, no admitiendo la acción pública sino solamente para los casos de violación de la Constitución o de la ley, negándola a quienes alegan simplemente la violación de un interés respaldado por el reglamento de un servicio público. El conocido recurso por exceso de poder y el recurso por omisión de las autoridades a actuar, debiendo hacerlo, caben en este contencioso de anulación. El recurso por silencio de las autoridades, no se ha reconocido aún entre nosotros, sino en un caso excepcional, pero bien pronto lo consagrará la ley.

El *contencioso de interpretación* es más limitado en sus alcances, pero no menos importante y decisivo. Por esta vía se pide al Juez administrativo que diga el sentido recto de un acto administrativo cualquiera, que, siendo él capaz de juzgar, es también capaz de interpretar. Si el acto no es de los que el Juez administrativo puede juzgar directamente, entonces la interpretación se pedirá a la autoridad competente, pero el acto de esta autoridad es un acto administrativo, que el Juez administrativo podrá juzgar *por vía de interpretación.* La interpretación no es *erga omnes,* pero si el acto administrativo se anula en acción pública, esa anulación producirá efectos *erga omnes.* Sin embargo, esa interpretación no liga al Consejo de Estado indefinidamente. Como en el caso de la Corte con sus doctrinas, la cosa juzgada sólo ocurre entre las partes, si la acción es la misma y por la misma causa (1).

(1) Es muy fragmentaria y poco explícita la descripción que hacemos de los modos de actuar la jurisdicción contencioso-administrativa; esa parquedad era inevitable en un trabajo, como éste, forzosamente breve y destinado a comentar otro asunto. Para mayores detalles, véase Berthélemy, *Droit Adm.,* página 992 y siguientes, de quien tomamos la esencia de estos datos.

Tal es, a nuestro juicio, el caso del fallo que vamos a comentar. Se trata de un fallo en que el Consejo de Estado, admitiendo por error la acción privada, anula por vía de interpretación una resolución del Gobernador de Bolívar, que interpretó erróneamente una disposición de la Ordenanza número 10 de 1935. El Consejo de Estado interpreta justamente esa Ordenanza, y de paso anula la resolución del Gobernador: su interpretación, por la fuerza misma de los hechos, y a pesar del error del actor al proceder en acción privada, tendrá efectos *erga omnes*, demostrándose así que debió actuarse en acción pública.

—

Estamos de acuerdo con la conclusión a que llegó el Consejo, porque era la decisión que se imponía, pero disentimos, en su mayor parte, de los motivos fundamentales del fallo. Nos abstendremos de hacer su historia, desde luégo que él aparece inserto en este mismo número de los *Anales*. Tampoco podremos, por falta de espacio, extendernos demasiado, dejando a los entendidos la tarea de suplir las deficiencias de nuestro comentario (1).

No se trató aquí, repetimos, como erradamente lo creyó el actor y lo admitió el Consejo, de un caso de acción privada. Nunca llegó a violarse derecho alguno de la Compañía demandante, puesto que nunca llegó ella a ejercitar ese derecho. La acción provino de una consulta o solicitud de interpretación que la Compañía hizo al Gobernador de Bolívar para que le dijera en qué sentido debía entenderse la disposición del artículo 11 de la Ordenanza número 10 de 1935, en concordancia con el artículo 5º de la Ordenanza número 26 de 1932. Esta última disposición había ordenado que en pago de todas las rentas departamentales se admitiese un 10 por 100 en vales del Tesoro. La primera Ordenanza simplemente aumentó o adicionó ciertos impuestos. ¿Era aplicable a éstos aquella disposición de la Ordenanza de 1932? El Gobernador interpretó que nó. El Consejo de Estado interpreta que sí, anulando la resolución gubernamental. Ningún derecho patrimonial de la Compañía violó el acto del Gobernador. Pero este acto se anula porque interpreta mal otro acto administrativo sometido a la jurisdicción del Consejo. Por esta razón no podía el actor invocar la acción privada, sino demostrar el interés que tenía en anular la resolución acusada, y siendo ella violatoria del *recto sentido* de la Ordenanza de 1935, acusarla en acción pública.

Es claro que todo acto ilegal, y por lo mismo acusable en acción pública, es generalmente violatorio de derechos particulares, pero el contencioso de anulación no procede en vista de este último aspecto del acto acusable, sino para defender la integridad de la ley. De allí la diferencia de los efectos de su fallo: la acción privada produce una nulidad relativa; la acción pública, una nulidad absoluta, o *erga omnes*, si así puede decirse.

—

La decisión tomada por el Consejo fue, pues, estrictamente justa, pero debió fundarse en ese motivo, en el motivo de la violación de la Ordenanza, por mala interpretación de sus alcances respecto a otra ordenanza anterior. Veamos ahora los fundamentos del fallo y las razones por las cuales nosotros disentimos.

Aceptamos, desde luégo, que la Ordenanza número 10 de 1935 no creó nuevos impuestos, sino que aumentó o adicionó los ya existentes; de

(1) El presente estudio se refiere a la sentencia de fecha 20 de septiembre de 1937, publicada en la página 665 de esta Revista, de la cual es Consejero ponente el doctor Carlos Lozano y Lozano.

modo que siendo general la garantía que la Ordenanza de 1932 quiso dar a los contribuyentes, de pagar esos impuestos con un 10 por 100 en vales, esta garantía produce todos sus efectos en el tiempo y en el espacio, mientras no se modifique o se derogue. Admitimos igualmente que, aun suponiendo que los impuestos aumentados o adicionados por la Ordenanza de 1935 fueran impuestos nuevos, tampoco podrían exceptuarse de la garantía de ser pagados con un 10 por 100 en vales, porque la disposición de 1932 es sustantiva y de carácter general, y debía aplicarse precisamente en el futuro. Como muy acertadamente lo establece el Consejo: "es característico de la ley que sus efectos se desarrollen y cumplan en el futuro."

—

Pero de ninguna manera aceptamos, porque la creemos errada y peligrosa, la tesis del Consejo, que da a la disposición de la Ordenanza de 1932 el carácter de acto "creador de obligaciones contractuales" entre el Departamento y sus contribuyentes. La Ordenanza de 1932 no creó obligaciones de carácter contractual para el Departamento, como lo entiende el Consejo. Tales obligaciones no nacieron para el Departamento ni en virtud de la teoría de los contratos tácitos o implícitos, ni de ninguna otra de origen contractual. Porque si hay algo opuesto a la idea de contrato, es la idea de impuesto. El contrato es un fenómeno jurídico que se nutre y vive de la voluntad humana; el impuesto es un acto político, el más unilateral de todos los que el Estado puede realizar, que se *impone* a los contribuyentes todos, en fuerza de la necesidad de fondos que tiene el Estado para subvenir al lleno de las necesidades públicas. De allí que no son pertinentes las citas que trae el fallo, de Josserand, de algunos fallos de la Corte sobre "la declaración unilateral de la voluntad como fuente de obligaciones," y del Código Civil. Tan evidente es ese carácter del impuesto, que él grava, no sólo a los ciudadanos, sino a todo habitante del territorio, nacional o extranjero, capaz o incapaz. La causa del impuesto es la ley, y más que la ley, esa superobligación social de todo individuo, de contribuir a los gastos generales del Estado.

El contrato, en términos generales, se funda precisamente en una idea de prestaciones mutuas: *do ut des*. La característica del impuesto es precisamente la contraria: la de que no envuelve ninguna obligación por parte del Estado de contraprestar. Por eso las tasas, o sea el precio de los servicios públicos, no tiene el carácter de impuestos propiamente dichos. El fundamento de la tasa es la contraprestación; verbigracia, en el servicio de telégrafos se paga a condición de que nuestros mensajes se remitan a su destino; lo mismo en correos. En el impuesto de renta, ninguna compensación recibe del Estado quien lo paga, fuera de los beneficios indirectos que traen las escuelas, las buenas vías, el orden, etc., que se sostienen con los impuestos.

Ahora bien: el impuesto es obligatorio; el contrato, voluntario. Nada más opuesto a lo voluntario que lo obligatorio.

—

Pero hay algo más decisivo para demostrar que fue una *gracia* la que hizo el Departamento a sus contribuyentes, al aceptarles en pago de las contribuciones una parte en vales, y es precisamente que el Departamento puede, cuando le plazca, derogar impunemente ese gracia. Y esa derogación produce efectos inmediatos, sin que puedan los contribuyentes morosos alegar derechos adquiridos para pagar con un 10 por 100 en vales los impuestos causados antes de la derogación. La consecuencia inevitable de todo contrato es crear derechos, que son derechos adquiridos, si se ven en el pasado. El impuesto no crea derecho alguno: es una obligación sin compensación.

La Ordenanza número 26 de 1932 valdrá y producirá efectos únicamente mientras no se derogue. Nada importa que el Departamento sea deudor de los tenedores de los vales del Tesoro, pues este carácter de deudor no es el que ha inspirado la Ordenanza. Los tenedores o acreedores del Departamento podrán exigirle el pago de su deuda por todos los medios legales, menos por el de exigirle, una vez derogada la Ordenanza, que admita esos vales en pago de contribuciones pasadas, o presentes o futuras. Mientras no se derogue, obliga como toda ley.

Si se admitiera, como tesis general, la del Consejo de Estado en este fallo, según la cual los organismos públicos se "obligan contractualmente" con sus contribuyentes o acreedores cuando resuelven disminuir sus deudas, recibiendo parte de éstas en compensación de las contribuciones, en virtud de un acto tácito de su voluntad o de un contrato implícito, o de un hecho que, conforme al artículo 1494 del Código Civil citado por el Consejo, crea obligaciones a cargo del Estado impositor, se desvirtuaría la esencia misma del impuesto, se establecería una nueva fuente de obligaciones a cargo del Estado, que sólo la ley podría crear, y se sentaría un mal precedente: el de que siendo "contractual" aquella disposición, y no simplemente graciosa, el Estado no podría modificarla contra la voluntad de sus *cocontratantes*.

Inviolabilidad de las situaciones jurídicas individuales

Por el doctor
BERNARDO URIBE HOLGUIN

En sentencia de 14 de septiembre de 1937, el Consejo de Estado sostiene, con gran razón, la inviolabilidad de las situaciones jurídicas individuales (1).

El recurso en anulación contra las providencias administrativas proviene de dos causas principales: violación de la ley, es decir, la infracción de una norma general de derecho, situada en el mismo grado o en un grado superior a la jerarquía de la autoridad que profiere la providencia objeto del recurso, violación de una norma no ya general, sino constitutiva de una situación jurídica individual. Se entiende, naturalmente, que al violar la administración una norma de esta clase, infringe al mismo tiempo reglas generales de derecho, y en último análisis, el texto constitucional sobre derechos adquiridos.

En cierto sentido estos dos casos corresponden a la distinción que hace la ley entre la acción pública y la acción privada.

Algunas personas han tratado de asimilar los dos recursos que contra las providencias administrativas da la Ley 130 a la conocida división francesa de acciones en anulación y de acciones de plena jurisdicción. Sin embargo, cualquier raciocinio que se haga para sustentar esta opinión no puede resistir al análisis. Sin querer rebatir detalladamente los diversos argumentos que se pueden traer en apoyo de esta concepción, se puede decir, que el recurso clásico de anulación francés, el de exceso de poder, requiere siempre que el que lo invoca tenga un interés subjetivo para pedir la invalidación del acto regular. Aunque el Consejo de Estado francés se muestra en numerosas ocasiones muy liberal en la apreciación del interés subjetivo del recurrente, y concede el recurso no solamente cuando hay violación de intereses materiales, sino también de intereses morales, exige siempre que la persona que intenta la acción tenga un derecho personal, directo y legítimo. No se conoce, pues, en Francia, la acción ciudadana, sino únicamente una semejante a la acción privada, que reconoce nuestra legislación. En la mayoría de los casos en que se recurre en la última forma anotada, no se hace otra cosa que invocar un recurso análogo al del exceso de poder. El de plena jurisdicción está todavía en embrión en nuestro derecho. Para que adquiriera un debido desarrollo se necesitaría una jurisprudencia un poco más audaz del Tribunal Administrativo. A un movimiento en este sentido se prestaría admirablemente el artículo 4º de la Ley 80 de 1935.

Lo que sí se puede afirmar es que nuestras dos acciones corresponden: la pública, a la anulación de una disposición reglamentaria; la privada,

(1) La sentencia a que se refiere el presente estudio, de la cual es Consejero ponente el doctor Guillermo Peñaranda Arenas, aparece publicada en la página 770 de esta Revista.

casi siempre, a la invalidación de una providencia individual. La acción mixta, que admite el Consejo de Estado, consiste en la anulación de una disposición reglamentaría, que a fuer de ser irregular, amenaza acarrear perjuicio a un derecho subjetivo del recurrente.

El problema que estudia la sentencia a que nos referimos consiste en saber de qué manera una autoridad puede modificar, retirar o suplantar un acto jurídico, dictando una segunda providencia contraria a la primera. Se entiende que el primer acto es regular, pues si fuera nulo, el caso sería distinto. Habría que entrar a considerar detenidamente: la clase de nulidad que lo afecta; si ha habido inexistencia, nulidad absoluta o simplemente relativa; qué efectos puede producir el acto irregular; si se ha creado o nó un interés digno de consideración, pues si éste existe, difícilmente se podrá modificar un acto por medio de una providencia posterior. En efecto: del estudio detenido de los hechos en cada caso concreto, se puede llegar a la conclusión de que el interés social bien entendido requiere más bien el mantenimiento de un acto irregular, que la declaración de nulidad del mismo. Cuando se han creado de buena fe situaciones legítimas, que pueden adolecer, no obstante, de cierta irregularidad, es de elemental política el mantenerlas, no introducir nulidades más o menos ficticias, vicio desgraciadamente harto común entre nosotros. Por otra parte, hay que considerar si el término de noventa días que establece el artículo 81 de la Ley orgánica de la jurisdicción administrativa, está vencido o nó. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en numerosas decisiones establece que ni aun los actos viciados de nulidad pueden ser retirados o modificados una vez vencido el término dado para recurrir ante el Juez administrativo.

Expirado el término para atacar una providencia, ésta queda en firme. Por consiguiente, en la sentencia comentada, el Consejo hizo muy bien, aunque sin decirlo, en no admitir el raciocinio que se hacia en la resolución recurrida, tendiente a establecer la nulidad de la primera resolución. Este principio no es tampoco absoluto; si vencidos los noventa dias, un acto queda en firme, y no se puede atacar directamente, esto no quiere decir que en determinados casos concretos, y sobre todo cuando se trata de un procedimiento complejo, compuesto de una serie de actos sucesivos, no se pueda a veces discutir indirectamente la legalidad de los actos cuyo término para recurrir ha expirado, con ocasión de un recurso jurisdiccional contra una providencia posterior del mismo procedimiento. Es decir, se aplica con limitaciones en Derecho Administrativo el aforismo *"quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum."* Hay que hacer notar que en Colombia, a diferencia del Derecho francés, los actos del derecho público que generalmente contienen disposiciones reglamentarias; las leyes, las ordenanzas y los acuerdos municipales, pueden ser atacados en todo momento ante la jurisdicción competente. Por esta razón se puede sostener que contra esta clase de actos no cabría recurso alguno por vía de excepción, raciocinio que se puede apoyar también en el artículo 111 del Código Político y Municipal, y en el artículo 6º de la Ley 71 de 1916.

Los actos administrativos, prescindiendo de la categoría de los actos condiciones, pueden, en consideración a su objeto, dividirse en dos categorías:

1. Actos reglamentarios. Por su misma naturaleza son modificables en todo momento por la autoridad competente, no crean situaciones individuales, por consiguiente, será perfectamente regular un segundo acto que cambie o modifique el anterior, estando este segundo dentro de las normas de forma, capacidad y objeto, previstas por la norma superior de la pirámide jurídica. Esto no quiere decir que la disposición que se abroga no haya producido efectos en el pasado; desconocer esto sería

absurdo; durante la vigencia de la primera providencia, numerosos intereses pueden haberse creado regularmente, se puede estar en presencia de verdaderos derechos adquiridos y del complejo problema de la retroactividad de la ley. Para reparar los efectos producidos en el pasado por un acto reglamentario, habría que proceder a numerosas operaciones, que se resuelven en último análisis en la expropiación por causa de utilidad pública.

2. Actos creadores de situaciones individuales. Una vez formada y ejecutoriada una providencia que crea una situación de esta clase, se forma un derecho subjetivo que, como tál, entra generalmente a formar parte del patrimonio del titular, el acto se torna en irrevocable, como lo dice muy bien la sentencia en referencia, la autoridad que dictó el mismo pierde su jurisdicción sobre la materia, se puede decir que el derecho se ha cristalizado en la situación individual. No se concebiría, dada la actual mentalidad, que con doctrinas innovadoras se introdujera el desorden en el edificio armónico del derecho, desconociendo los derechos subjetivos.

Los actos de las autoridades que tienden a invalidar el derecho fijado en una situación individual, como ya se dijo, son ilegales. Dentro de la concepción de la formación del derecho por grados, este fenómeno resalta con mayor fuerza. No todo el derecho positivo está encerrado en las disposiciones de carácter general. La positividad de una norma no se mide por su mayor o menor campo de aplicación. Admitiendo fundadas objeciones que se hacen contra el positivismo jurídico, no se puede negar que los autores que siguen este sistema han contribuido a aclarar y a explicar muchos puntos oscuros del derecho público.

La inexequibilidad de la Ley 21 de 1937

por la cual se decretó la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares.

La Corte Suprema de Justicia, en providencia fechada el 18 de octubre de 1937, declaró inexequibles las disposiciones esenciales de esta Ley, según la cual todos los juicios sobre sueldos de retiro, pensiones, recompensas, etc., del personal que dependa o haya dependido del Ministerio de Guerra, debían revisarse por el Consejo de Estado.

A consecuencia del fallo de la Corte, vino a quedar sin efecto el Acuerdo número 3, de 20 de abril de 1937, relativo a la tramitación de esos juicios, que el Consejo de Estado dictó en cumplimiento del artículo 2º de la citada Ley 21 de 1937.

En este asunto de inconstitucionalidad, seguido en virtud de acusación presentada contra la Ley 21 por el doctor Francisco de P. Pérez, fue ponente el Magistrado doctor Pedro Alejo Rodríguez, antiguo Consejero de Estado, cuyo proyecto mereció la aprobación unánime de los señores Magistrados de la Corte en Sala Plena.

Por tratarse de cuestiones que se rozan con las actividades del Consejo, y confrontar el estudio de la Corte puntos relacionados con pensiones militares, recompensas, sueldos de retiro, etc., se insertan a continuación varios pasajes del indicado fallo.

Después de transcribir el memorial del doctor Pérez, la vista del señor Procurador General de la Nación, quien estuvo en desacuerdo con las pretensiones del acusador, y los proveídos de la Corte Plena, de fechas 10 de diciembre de 1915, 6 de junio de 1916 y 28 de julio de 1932, dice la sentencia:

Revisión ordenada por la Ley 72 de 1917.

En la Ley 72 de 1917 se incluyó la revisión de las pensiones militares. Tal resulta de los términos de su artículo 7º, numeral 4º, en donde se señala como uno de los objetos de la revisión el que verse 'sobre si la invalidez del militar, si fuere el caso, le impida trabajar, o ganarse la vida al agraciado.'

Y de ese modo lo estimó la Corte en la providencia de 28 de julio de 1932, al contestar el cargo que se hizo a los artículos 6º y 7º de la referida Ley de 1917, a la faz del artículo 169 de la Constitución de 1886 (igual número en la de hoy), sobre grados, honores y pensiones de los miembros del Ejército.

Pero indispensable es tener en cuenta, a fin de valorar el alcance de aquel proveído de la Corte en 1932, que al margen de la revisión contemplada en la Ley de 1917, quedaron las siguientes prestaciones en favor de los militares:

a) Las recompensas, que son las sumas de dinero que se conceden por una sola vez a los miembros del Ejército y de la Armada de la República, o a sus deudos, como premio de actos ejecutados en servicio de la Patria (Ley 149 de 1896, artículos 1º y 7º);

La Ley de 1917 habló únicamente de pensiones, cosa distinta de las recompensas, pues las primeras consisten en cantidades que se suministran de por vida y periódicamente a la misma clase de personas (artículos 1º y 4º, Leyes 149 de 1896 y 21 de 1904);

b) Los sueldos de retiro, institución creada para los Oficiales del Ejército por la Ley 75 de 1925, y para los Suboficiales en la Ley 104 de 1927;

c) El artículo 2º de la Ley 116 de 1928, primer parágrafo, determinó expresamente que no quedaban sujetas a revisión 'las pensiones de los maestros de escuela ni las decretadas por leyes especiales o por sentencias de la Corte Suprema de Justicia'; y

d) Las pensiones concedidas después del 23 de noviembre de 1927, día en que comenzó a regir la Ley 102 de ese año, por virtud de su sanción. El citado artículo 2º de la Ley 116 de 1928, al ampliar el plazo para presentar las demandas de revisión, sólo mencionó las pensiones decretadas hasta que entró en vigencia la Ley 102 de 1927.

Con base en estas exclusiones es como debe entenderse la providencia de la Corte de 28 de julio de 1932, arriba transcrita, y en lo referente a pensiones militares.

La revisión ordenada por la Ley 21 de 1937.

Puesto que esta Ley establece la revisión para todas las prestaciones otorgadas en favor de los miembros del Ejército, esa formalidad abarca lo siguiente: las recompensas, los sueldos de retiro, las pensiones decretadas en sentencias de la Corte, y las concedidas antes y después del 23 de noviembre de 1927.

Y en lo que toca con las pensiones decretadas por leyes especiales, a pesar de que la Ley en estudio habla de revisión de los juicios, y en esas pensiones no hay tramitación propiamente dicha que anteceda a su otorgamiento, dado que el legislador de 1928 consideró necesario excluirlas de la revisión prescrita en la Ley 72 de 1917, podría pensarse que también ellas quedaron incluidas en el estatuto de 1937.

Estima la Corte que debe analizarse por separado el contenido de la Ley 21 de 1937, en relación con cada uno de los grupos indicados.

Recompensas.

La trajinada discusión acerca de si las pensiones son o nó derechos adquiridos de los que se mencionan en el artículo 26 de la Constitución (31 de la de 1886), cobra un aspecto muy distinto en materia de recompensas, las cuales, según atrás se vio, son cantidades de dinero concedidas por una sola vez a los militares o a miembros de sus familias, en premio de ciertos actos meritorios.

Estas sumas, ya se considere que tienen su origen en leyes de naturaleza civil, en leyes administrativas o de cualquiera otra índole, tan pronto como se otorgan, entran al patrimonio particular de la persona favorecida, y en ese patrimonio se incorporan.

Ahora bien: según el artículo 22 de la Constitución actual (26 de la Carta de 1886), disposición citada por el acusador, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio."

La Corte, en sentencias antiguas y recientes, de la Sala de Casación en negocios civiles, ha admitido la universalidad de este principio, y su repercusión en materias que no pertenecen al ramo penal.

En el fallo de casación, pronunciado el 15 de diciembre de 1900, en el juicio civil ordinario de Férgusson, Noguera & Co., contra los herederos del General Antonio B. Cuervo, por suma de pesos, corren los apartes que siguen:

'Y la violación se hace consistir en que 'la sentencia no consideró, en cuanto a los demandados, señores Angel y Rufino Cuervo, si existe o nó, y si se extinguió o nó la obligación que se les demanda, limitándose a declarar, en la parte motiva, que la sentencia no les aprovecha ni les perjudica, y decidiendo en la parte resolutiva que quedan absueltos de la demanda.'

"Esta Superioridad no acepta la teoría en que apoyan los recurrentes la infracción de los artículos copiados, según la cual, toda absolución implica el reconocimiento de que las obligaciones del demandado se extinguieron, y que si la absolución se decreta sin que en autos se haya demostrado que las obligaciones se extinguieron, el fallo es contrario a los mencionados artículos 1494 y 1625; y no la acepta, porque aun existiendo las obligaciones en el demandado, éste no puede ser condenado a cumplirlas si no ha sido oído y vencido en juicio, conforme a leyes preexistentes al hecho materia de la obligación, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio." *(Gaceta Judicial* números 748 y 749, página 128).

Por sentencia fechada el 9 de octubre de 1935, la Corte invalidó el fallo del Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Bensmann & Linzen & Compañía, S. A. (después el Banco de Londres y América del Sud), contra el señor Miguel Angel Muñoz, y la Sala de Casación Civil, en uno de sus considerandos, dijo:

'Establece el artículo 26 de la Constitución Nacional, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En vista de que no incluye el caso el artículo 381 del Código Judicial, siendo la doctrina constitucional, en su caso, norma para interpretar las leyes, y disponiendo el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, en este caso concreto la Corte considera que debe procederse conforme al artículo 540 del Código Judicial, a fin de que las partes tengan oportunidad de obtener sentencia sobre lo principal del pleito, para lo cual se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de su origen, entidad a la cual incumbe resolver lo que haya lugar sobre el fallo de primera instancia, de acuerdo con la doctrina expresada por la Corte, y decidir, además, sobre lo principal del pleito.' *(Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 369).

A la luz del precepto constitucional transcrito, resulta obvio que si en determinada circunstancia, cuando se otorga una prestación de la clase de la recompensa militar, ocurre algún vicio que afecte la concesión, como error, fuerza, dolo, las acciones del Estado para recuperar lo indebidamente pagado—tomando la palabra acción en el sentido de derecho de exigir alguna cosa—no pueden ser otras que las civiles ordinarias o las de naturaleza penal, preexistentes a la adquisición del beneficio.

La Ley 21 de 1937 no se limita a crear un simple procedimiento o ritualidad para ejercitar aquellas acciones, sino que invirtiendo normas universales sobre libertad civil, carga de la prueba, etc., y mudando la índole propia del recurso ordinario de revisión, puede llegar hasta afectar patrimonios particulares por encima de resoluciones judiciales o administrativas todavía vigentes.

Importa recordar que el legislador tiene potestad para organizar los distintos trámites que por razón de la naturaleza de los juicios deban seguirse en orden a obtener el fin del proceso; regular el modo como han de ventilarse y resolverse los asuntos cuyo conocimiento corresponde al Organo Judicial del Poder y a otras dependencias encargadas también de administrar justicia; pero tal poderío no lo autoriza para obrar soberanamente en la fijación de las normas de cada juicio.

Esas formas deben ser las *propias,* o sea las que hagan efectivos los derechos y garantías que la Constitución protege dentro de ciertos cánones incontestables en ciencia procesal y en lógica probatoria, ajustando sus reglas de procedimiento a los principios fundamentales y al espíritu que los informa.

Así podría pensarse, por ejemplo, en la inconstitucionalidad de una ley que eliminara de los juicios el derecho de defensa.

La Ley 21 de 1937 impone al beneficiario de una recompensa la obligación de demandar contra su propio interés jurídico y económico; invierte los términos de la presunción de inocencia o buena fe, y delega en una entidad administrativa, como el Consejo de Estado, la facultad de señalar los trámites de la llamada revisión.

Se ha dicho, y se repite, que el Estado puede promover acciones civiles y penales contra quienes hayan cobrado indebidamente recompensas, con infracción de las leyes o al margen de la ley; pero es claro que el ejercicio de esas acciones debe surtirse en un todo con arreglo a derecho.

En lo concerniente a este punto constitucional, relacionado con la observancia de las formas propias de cada juicio, oportuno es transcribir el siguiente pasaje de la providencia dictada por la Corte Plena en la acusación contra la Ley 45 de 1923, "sobre establecimientos bancarios," y que lleva fecha 12 de diciembre de 1925:

"En el grupo de las disposiciones últimamente mencionadas figura el artículo 73, el cual, en su inciso 2º establece que las resoluciones del Superintendente son en determinados casos apelables ante la Junta de Revisión, pero que si ésta no falla el recurso dentro 'de los diez días siguientes a la fecha de la apelación, se entenderá que la resolución del Superintendente ha sido aprobada,' y se hará efectiva.

"El demandante califica esta disposición de absurda y de opuesta al artículo 26 de la Constitución, que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"La palabra *propias,* de que hace uso el texto constitucional transcrito, significa, según los Diccionarios de la Lengua, no sólo *pertenecientes,* sino también *convenientes, aptas* para un fin determinado.

"La Corte encuentra fundado el cargo, porque reconocida por la ley misma la conveniencia de que las resoluciones del Superintendente sean revisadas por la Junta creada al efecto, lo cual se encuentra, por otra parte, ajustado a las normas jurídicas, las cuales exigen como garantía del derecho que las decisiones de las autoridades tengan algún recurso, la solución adoptada para ponerle fin a la apelación en caso de que la Junta no profiera su decisión en el perentorio término de diez días, lejos de ser una fórmula propia para el fin que se persigue con la apelación, que es la salvaguardia de los derechos de los bancos contra las decisiones ilegales del Superintendente, constituye una verdadera arbitrariedad, puesto que la simple demora de la Junta en proferir su decisión, sacrifica el derecho del recurrente." *(Gaceta Judicial,* tomo XXXII, página 172).

Bastan estas reflexiones para concluir que la Ley 21 de 1937 es inexequible, por violación del artículo 22 de la Carta, en cuanto se refiere a la revisión de los juicios sobre recompensas en favor de los miembros de la institución armada.

Sueldos de retiro.

Esta prestación, que consiste en mesadas pagaderas a los Oficiales y Suboficiales del Ejército, fue creada por las Leyes 75 de 1925 para los Oficiales, y 104 de 1927, para los Suboficiales.

El sueldo de retiro de los Oficiales, en virtud del artículo 10 de la Ley 75 de 1925, se decretaba por la Corte Suprema de Justicia, hasta que entró en vigencia la Ley 115 de 1928, que en su artículo 9º adscribió esa facultad al Consejo de Estado; y el de los Suboficiales se reconoce por la Comisión de Sueldos de Retiro de Oficiales, conforme al artículo 22 de la Ley 104 de 1927.

De las Leyes mencionadas, es del caso copiar las disposiciones siguientes:

Ley 75 de 1925:

"Artículo 7º Todo Oficial en servicio activo pagará mensualmente una prima igual al tres por ciento de su sueldo, prima que será descontada por la Tesorería General al efectuar los pagos a los respectivos Contadores.

. . . . . .

"Artículo 8º Para atender al pago de los fondos de los sueldos de retiro, constitúyese una caja especial y particular, que se formará así: 1º Con las sumas pagadas por los Oficiales; 2º Con una subvención de ochenta mil pesos ($ 80,000) anuales, que durante diez años dará la Nación a dicha Caja, y que será pagada antes del 31 de diciembre de cada año, incorporándola por el Gobierno en la Ley de Apropiaciones de la vigencia correspondiente; 3º Por cualesquiera otras donaciones o prestaciones que se le hagan; y 4º Por los intereses que devenguen todas estas sumas.

"Parágrafo. Por ningún motivo este fondo especial podrá destinarse a fines distintos de los previstos en la presente Ley, y será depositado siempre en el Banco de la República.

"Artículo 9º Para el manejo de la Caja se constituye una comisión de cinco miembros, compuesta por el Ministro de Guerra, que será su Presidente; el Comandante de la división que esté de guarnición en la capital de la República; el Intendente del Ejército; el Jefe del Servicio de Sueldos de Retiro, y un Oficial superior de la guarnición de Bogotá, elegido por la mayoría de los Oficiales de la misma guarnición. La misión militar extranjera que hubiere en el país, o uno de sus miembros, tendrá voz en las deliberaciones de la Junta, cuando ésta lo solicite.

. . . . . .

Ley 104 de 1927:

"Artículo 19. Para el pago de sueldo de retiro, de que trata el artículo anterior, destínase anualmente, durante cinco años consecutivos, la cantidad de treinta mil pesos ($ 30,000) que serán pagados por el Tesoro Nacional, con ingreso a la Caja de Sueldos de Retiro de los Suboficiales del Ejército.

"Artículo 20. A partir del mes de enero de 1928, todos los Suboficiales en servicio activo dejarán de su sueldo mensual, y a favor de la Caja de Retiro de Suboficiales, el dos por ciento (2 por 100), el cual será girado a favor de la Caja por los Contadores e institutos del Ejército."

Si, pues, los sueldos de retiro de los militares emanan de cooperativas o cajas de ahorro para los miembros del Ejército, o sea de fondos especiales destinados a tal objeto, los mismos razonamientos que atrás se adujeron sobre la violación del artículo 22 de la Carta, en tratándose de recompensas, obran respecto de las prestaciones de esta clase, ya reconocidas, al pretender someterlas a un insólito proceso de revisión administrativa, como el que fija la Ley de 1937.

A lo expuesto se agrega que hasta el 1º de enero de 1929, día en que comenzó a regir la Ley 115 de 1928, correspondió a la Corte Suprema decretar los sueldos de retiro de los Oficiales, asunto que se relaciona con otro motivo de inconstitucionalidad de la Ley 21 de 1937, como se verá adelante.

Pensiones decretadas por ley o en sentencias de la Corte.

Respecto de las primeras, y en el supuesto de que estén comprendidas en la revisión preceptuada por la Ley 21 de 1937, es flagrante la violación del artículo 69, numeral 1º, de la Carta.

En esta Ley se confiere al Consejo de Estado la facultad de suspender el pago de pensiones como consecuencia de un fallo de revisión, lo que sin duda equivale a derogar el mandato legal respectivo, cuando la pensión se ha decretado en ley especial, es decir, en favor de persona determinada; y es atribución propia del Congreso, al tenor de aquella disposición constitucional, derogar las leyes.

En cuanto a las segundas, las decretadas por la Corte Suprema de Justicia, ésta halla muy pertinentes los argumentos que sobre el particular formula el señor acusador.

Las providencias de la Corte Suprema son emanaciones de uno de los tres poderes del Estado, hoy Organos del Poder Público, que según el artículo 52 de la Constitución, son limitados y tienen funciones separadas.

No puede el legislador, sin quebrantar el espíritu en que se informa este principio tutelar de las instituciones del país, someter los pronunciamientos de la Corte a la revisión de otras dependencias del Estado; y ello es tan notorio, que la capacidad de las entidades de la rama contencioso-administrativa para conocer de cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias del Ejecutivo no se origina en la ley sino en el Estatuto constitucional, a través de los artículos 164 de la Carta de 1886, 42 del Acto legislativo número 3 de 1910, 6º (numeral 3º) de la reforma de 1914, y 164 de la Constitución actual.

Y en relación con la Corte, corrobora lo dicho que el propio legislador, al proferir la Ley 130 de 1913, sobre jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en desarrollo del artículo 42 del Acto número 3 de 1910, puso de presente que en caso de competencia entre el Tribunal Supremo de lo Contencioso—hoy Consejo de Estado—y la Corte, la insistencia de la última prevalece.

La tesis en cuestión no alcanza a desvirtuarse con el argumento del señor Procurador, de que las providencias de la Corte Suprema de Justicia, en materias como la de que se trata, son simples actuaciones de carácter administrativo. La Ley 21 de 1937 no consagró al respecto distinción alguna; y es lo cierto que de esta corporación han dimanado también pensiones a cargo del Tesoro Público, reclamadas por la vía judicial y en juicio controvertido—primera instancia en los Tribunales Superiores y segunda ante la Corte—en fuerza de la prohibición sobre reconocimiento administrativo de pensiones, consignada en el artículo 7º de la Ley 80 de 1916.

Pensiones anteriores y posteriores al 23 de noviembre de 1927.

Según atrás se dijo, el artículo 2º de la Ley 116 de 1928, que amplió el plazo para presentar las demandas de revisión en armonía con la Ley 72 de 1917, además de excluir las pensiones concedidas por leyes especiales o en sentencias de la Corte, circunscribió ese requisito a las pensiones decretadas con anterioridad al 23 de noviembre de 1927, día en que entró a regir la Ley 102 de ese año.

En obedecimiento a la Ley de 1917, el Consejo de Estado revisó todas las pensiones militares, otorgadas por él mismo antes de la fecha que acaba de mencionarse, las decretadas por la Sección de Justicia y Recompensas del Ministerio de Guerra, y por la Comisión de Suministros, Empréstitos y Expropiaciones del Ministerio del Tesoro, con la aprobación posterior del Ministro.

Respecto de estas pensiones, la Ley 21 de 1937 establece, pues, una segunda revisión.

Del 23 de noviembre de 1927 para acá se han decretado pensiones militares por la Corte Suprema de Justicia, al tenor de las Leyes 149 de 1896 y 71 de 1915, y por el Consejo de Estado, corporación a la cual el artículo 7º de la Ley 11 de 1931 asignó todo lo relativo a este asunto.

Estudiado ya el problema referente a la inexequibilidad de la Ley 21 de 1937, con relación a las pensiones decretadas por la Corte, queda por analizar el contenido de esta Ley en cuanto a aquellas pensiones revisadas y a las concedidas por el Consejo de Estado después del 23 de noviembre de 1927.

No obstante que al primer golpe de vista se advierte algo como de injurídico o peregrino en eso de la doble revisión, atentatorio de la estabilidad que debe rodear las determinaciones provenientes de los poderes del Estado, el reparo no alcanza por sí solo a convertirse en un motivo para declarar la inconstitucionalidad de la ley que en tal sentido preceptúa.

Pero es que en concepto de la Corte, y sin que esto se relacione con la tesis de los derechos adquiridos, para todas las pensiones que comprende este capítulo vale también el argumento expuesto, cuando se habló de la inexequibilidad de la Ley 21 de 1937 enfrente de las recompensas militares, sobre violación del artículo 22 de la Constitución.

Según el referido mandato de la Corte, en ningún proceso tendiente a la imposición de sanciones puede darse cabida a ley sustancial que no sea preexistente al acto que se impute; y así, de tratarse de la cesación del beneficio, acaecimiento de una de esas circunstancias que a manera de condición resolutoria fijan las leyes, son éstas y no otras las que deben aplicarse.

Y si es que en ocasiones determinadas, igual que en las recompensas, existieren serias sospechas acerca de algún vicio que afecte la concesión en punto de su otorgamiento, el Estado encuentra en las leyes preexistentes los recursos civiles o de índole penal para perseguir ese fraude a sus intereses.

De idéntica manera, el legislador tendría facultad para fijar nuevos sistemas procedimentales, tendientes a la averiguación de tales fraudes, pero sin desatender, como arriba se vio, los cánones de la ciencia procesal y lógica probatoria; en una palabra: sus mandatos han de acomodarse a las formas propias de cada juicio.

Aspecto general de la cuestión.

Para la Corte no es válido el argumento del señor Procurador, de que esta revisión, ordenada por la Ley 21 de 1937 para las prestaciones del Estado, respecto de los militares, equivale al recurso común de revisión

de las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema y de los Tribunales Superiorese, estatuida por las leyes de procedimiento.

Basta confrontar las causales que tanto en el antiguo como en el nuevo Código Judicial se establecen para la revisión ordinaria con los puntos sobre los cuales debe versar la revisión especial, de que habla la Ley de 1937, para llegar a la conclusión de que difieren sustancialmente.

El primero es un *recurso* que se otórga al perjudicado por una sentencia, con término fijo que lo extingue, para los casos concretos en que hayan ocurrido circunstancias de carácter extrínseco, capaces de minar por su base el fallo pronunciado, verbigracia, piezas detenidas por fuerza mayor u obra de la parte favorecida, documentos falsos, declaraciones que motivaron condenación por perjurio, injusticia de la sentencia en virtud de cohecho, violencia o fraude.

La revisión consignada en el articulo 1º de la Ley 21 de 1937 constituye una formalidad ulterior—obligatoria y general—a que se sujeta el goce de la prestación ya decretada, con un plazo fatal, que lejos de consolidar el derecho, deja sin valor el del beneficiado con ella, incidente en donde tiene cabida, entre otras cosas, el análisis "sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia," es decir, la concesión queda al arbitrio de nuevos puntos de vista en la interpretación de las leyes.

En el sistema de la ley que se comenta, la revisión debe demandarse por el agraciado con la providencia que ha de ser objeto del recurso, lo cual resulta no sólo extraordinario, sino que hace pensar en alguna repercusión sobre el articulo 21 de la Carta, a cuyo tenor, en materia penal, nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo. Con la circunstancia de que según los antecedentes de la Ley de 1937, citados por el señor Procurador, el origen de esta medida no fue otro que el "haber sido descubiertos en el Ministerio de Guerra verdaderos hechos criminosos que sirvieron de base para obtener algunas pensiones o sueldos de retiro."

Precisamente que otros habrían sido los conceptos de la Corte, si se tratara de un verdadero proceso de impugnación de las providencias relativas a prestaciones en favor de los militares, cuya iniciación corriera a cargo del Estado por medio de los agentes del Ministerio Público, y en los casos de duda acerca del derecho del favorecido; pero sin exponer ese derecho a nuevos criterios interpretativos, ni menoscabar la autonomía de los órganos estatales. En una palabra, la revisión para esta clase de beneficios, a semejanza de la que consagran las leyes de procedimiento en relación con los intereses entre particulares y atendida su naturaleza.

Las varias providencias de la Corte.

Quiere la Corte hacer notar que no hay contraposición alguna entre su pronunciamiento de hoy y los anteriores, de que se ha hecho mérito.

La presente decisión ha puesto de lado, en materia de prestaciones a favor de los militares, todo lo relativo a la tesis pura y simple de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, base única en que se informó el proveído de 10 de diciembre de 1915.

El argumento que sirvió a la Corte en su providencia de 6 de junio de 1916, para rechazar el cargo formulado contra los artículos 4º y 5º de la Ley 87 de 1915, sobre rebaja de pensiones, por violatorios del artículo 26 de la Constitución de 1886 (22 de la actual), refuerza los considerandos de hoy, acerca del proceso de revisión a la faz de ese mandato. Allí dijo la Corte que el Congreso, al decretar directamente y en forma general aquella rebaja, ejercitó funciones que le son propias, sin constituirse en tribunal, ni dictar sentencia contra determinada persona.

También expresó la Corte, en la providencia de 1916, que es sólo mediante el concurso de todas las circunstancias previstas en las leyes, en donde se enumeran los motivos que acarrean la pérdida de una pensión, como los militares pueden ser privados de las suyas.

Y si en el proveído de 28 de julio de 1932 se admitió como exequible el proceso de revisión, necesario es tener en cuenta lo que atrás se dijo respecto de las prestaciones, que en ese trámite no quedaron incluidas, y que la Corte hubo de circunscribirse entonces a la confrontación de preceptos constitucionales distintos de los que ahora le fueron señalados.

Por otra parte, para esa época imperaba en la Corte la teoría de que en las acusaciones contra leyes y decretos, de modo análogo a lo que ocurre en casación civil, acerca de los artículos legales que el recurrente cita como infringidos, ella debía ceñirse estrictamente a los textos constitucionales que se le anotaran como violados; en tanto que la doctrina actual de la Corte es la de que al ejercitar la función que le asigna el artículo 149 de la Constitución, sobre actos de la naturaleza expresada, sus facultades no se hallan ya reducidas a los aspectos de inconstitucionalidad que indique el acusador. En esa doctrina se inspiró la Ley 96 de 1936 (artículo 2º).

La declaratoria de inexequibilidad.

En algunas de las disposiciones de la Ley 21 de 1937, impugnadas por el acusador, hay pasajes cuyo contenido—considerado aisladamente—no entraña incompatibilidad directa con los principios de la Constitución: verbigracia, los ordinales *b)* y *c)* del artículo 3º, sobre autenticidad de documentos y efectividad de la invalidez del militar; el artículo 4º, en cuanto prescribe que el Consejo de Estado dará aviso a los Ministerios de Hacienda y de Guerra de los fallos que dicte, y el artículo 5º, en la parte que determina pasar copias de lo conducente, cuando sea del caso, a las autoridades del crimen.

Pero su declaratoria de inexequibilidad—lo que vale decir que no pueden llevarse a efecto—se impone por la necesaria subordinación de esos mandatos al ordenamiento principal de la ley acusada, que si es opuesto a las normas constitucionales: el que establece un proceso de revisión de la índole, forma y términos del que se ha estudiado en la presente providencia.

Y porque sería impracticable aislar las locuciones contrarias a la Constitución, que se encuentran en varios de aquellos lugares de la ley, dejando subsistentes las otras, sin alterar el sentido de los conceptos allí expresados; lo cual no obsta para que los pasajes no contrarios a la Carta Fundamental pudieran incorporarse por el legislador en una ley sobre revisión, técnicamente elaborada.

Con respecto a los dos parágrafos del artículo 3º y al artículo 6º, que hablan de la clase de papel para las demandas de revisión, de la oportunidad en que ha de pronunciarse el fallo por el Consejo de Estado, y de la vigencia de la Ley 21 de 1937, a pesar de que por virtud de la inexequibilidad que se profiere sobre el resto de la ley, esos textos quedan inoperantes, la Corte no considera que deban declararse inexequibles, desde el momento en que no fueron atacados en forma expresa por el acusador.

Conclusión.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de las funciones constitucionales que le señala el artículo 149 de la Carta Fundamental de la República, y previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, declara inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º (ordinales marcados con las letras *a), b)* y *c*), 4º y 5º de la Ley 21 de 1937, "por la cual se decreta la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares."

MAURICE HAURIOU
Decano de la Facultad de Derecho de Tolosa

La Institución y el Derecho Estatutario

Traducción de
CARLOS VALENCIA ESTRADA
Relator del Consejo de Estado

En la sexta edición de mi *Compendio de Derecho Administrativo,* expuse una teoría de Derecho Público, fundada en la Institución, teoría muy incompleta, sobre todo en lo que se refiere al derecho estatutario. Anuncié que colmaría esa laguna en *Recueil de Législation,* en el volumen correspondiente a 1906. Voy a procurar hacerlo sin ningún aparato de erudición ni esmero en la redacción, simplemente a título de indicaciones o de anotaciones, mientras llega el momento de elaborar un trabajo más completo.

No puedo reproducir aquí las cuarenta páginas que dediqué en mi *Compendio* a la noción jurídica de la Institución; resumiré su alcance en las siguientes proposiciones:

1ª El Derecho Público de los pueblos contemporáneos gira alrededor de tres ideas fundamentales: la de la soberanía o de los derechos de dominio; la de la ley; la de las instituciones. Doctrinariamente la noción dominante es la de la soberanía, y se ha pretendido subordinar a ella las otras dos. La idea de soberanía o de imperio tiene la ventaja de llevar directamente al concepto jurídico del Estado y a su personificación, porque los derechos son esencialmente poderes, y es elemental considerar los poderes de la soberanía como derechos de dominio, que pertenecen a la persona jurídica Estado. Sin embargo, esa teoría se ha revelado tiránica y exclusivista. A fuerza de querer considerar todas las relaciones de derecho público dentro de la perspectiva de la soberanía, y, por consiguiente, desde el punto de vista de la personalidad subjetiva del Estado, se han desconocido realidades esenciales. Críticas muy vivas y muy fundadas se le han formulado a esa teoría.

Rechazo, por lo que a mí toca, esa síntesis demasiado lógica, que se basa en los derechos de dominio y en la personalidad subjetiva. La reemplazo por una combinación meramente práctica de tres elementos coexistentes, que clasifico en el orden siguiente, según el grado de importancia de cada uno de ellos:

1º La institución, que representa la individualidad objetiva de los organismos y de las funciones sociales;

2º La ley, que es la traducción estatutaria de la institución, y que se formula en provecho del individuo humano;

3º El poder, que representa la energía de la institución y de la ley coordinadas; poder en cuya esfera se manifiesta, en determinadas condiciones, una personalidad subjetiva; poder cuya importancia jurídica es grande, sin llegar, no obstante, hasta absorber ni la individualidad objetiva de la institución ni la ley.

2ª Veo en la institución una organización jurídica, que merece el nombre de individualidad objetiva, dentro de la cual puede desarrollarse una personalidad subjetiva, sin que aquélla llegue a confundirse con ésta; parto del postulado de la independencia relativa de la noción de individualidad jurídica respecto de la de personalidad jurídica. He definido así la institución:

"Una organización social establecida en relación con el orden general; organización cuya permanencia está garantizada por un equilibrio de fuerzas o por una separación de los poderes; organización que constituye por sí misma un estado de derecho."

El elemento más importante de esta definición es el que concierne al estado de derecho. He demostrado que una institución creada como un estado de hecho tiende naturalmente a transformarse en un estado de derecho por el fenómeno de la legitimación, no sólo por la aceptación del hecho cumplido, sino por el *mejoramiento del hecho cumplido,* por la adaptación progresiva de éste a las condiciones del derecho, por la sola virtud de la duración pacífica del equilibrio de las fuerzas.

3ª La institución no es sólo el *campo jurídico* donde se producen transformaciones de estados de hecho en estados de derecho, sino también la fuente de dos clases de reglas jurídicas bien diferenciadas: el derecho disciplinario y el derecho estatutario. Es por este aspecto, sobre todo, por el que merece la institución considerarse como una figura jurídica, y no únicamente como un hecho histórico o social. En esta parte de mis exposiciones he tomado como ejemplo principal las asambleas deliberantes, administrativas o políticas, en las cuales pueden verse surgir, una al lado del otro, la disciplina y el estatuto. Quizás he insistido más en el derecho disciplinario que en el estatutario. Hé aquí textualmente lo que he dicho de este último:

"Enfrente del derecho disciplinario, a modo de contrapartida, la institución engendra de una manera igualmente espontánea el derecho estatutario. No son menos las discusiones a propósito del uno que del otro. ¿Qué son los estatutos de una institución o aun de una sociedad anónima o de una asociación? ¿En qué difieren de los documentos contractuales? ¿Los estatutos dan nacimiento a la institución, o, al contrario, ésta engendra los estatutos? Hé aquí otras tantas cuestiones controvertidas, en cuya discusión no quiero entrar aquí. Lo cierto es que el estatuto no se reduce completamente al contrato; que el estatuto se desprende progresivamente de las instituciones vivas, y se manifiesta, ora en los usos que se establecen merced al funcionamiento de éstas, ora en las resoluciones que vota la mayoría de las asambleas, integradas por los miembros de esas mismas instituciones; que aun cuando estén extendidos de antemano los estatutos de una institución que va a crearse, ésta, una vez creada, puede modificarlos según sus necesidades, etc. De esta suerte el estatuto se basa no en un intercambio de consentimientos, sino en *la adhesión de muchos a un mismo hecho.*

"Además, el estatuto no obra a la manera de una fuente de obligaciones; *el estatuto es de la categoría del derecho real:* él crea o testifica, tanto para la colectividad como para sus miembros, situaciones *estatutarias,* es decir, situaciones que se resuelven *en derechos reales.* Demostraré adelante, en la segunda parte, que los *derechos individuales,* en los cuales se resuelve, dentro del régimen estatal, la situación estatutaria de los miembros del Estado, son derechos reales y no derechos de acreencia contra el Estado. Lo mismo acontece con las prerrogativas de los miembros de las asambleas deliberantes administrativas, en relación con esas mismas asambleas. Lo mismo acontece, o por lo menos lo mis-

mo debe acontecer con los derechos del accionista o del asociado, respecto de la sociedad o de la asociación. Por medio del derecho estatutario, la institución engendra el derecho real."

El derecho estatutario merecía algo más que esas indicaciones descarnadas, a cuya brevedad me obligaban las dimensiones del manual. En realidad, cada una de las dos ideas que he esbozado se relaciona con los problemas más graves del Derecho Público.

Analizar el pacto estatutario como una serie de adhesiones a hechos objetivos, implica ante todo descartar las ideas de contrato social; implica también negarse a atribuir la ley o los demás estatutos sociales a la voluntad subjetiva de la colectividad personificada, en lo cual estriba la explicación de la doctrina alemana. Es dar la primacía al hecho objetivo en lugar de la voluntad subjetiva. Sin duda esta doctrina suscita dificultades en teoría; por ejemplo, en las asambleas, las resoluciones estatutarias son adoptadas por mayoría de votos; si el estatuto votado no se atribuye a la voluntad presunta de la colectividad personificada, o si no se le asimila a un contrato, habrá que explicar la subordinación de la minoría a la mayoría, lo que muchos autores juzgan imposible. Mas si se logra superar esas dificultades teóricas, ¡qué adaptación superior del Derecho Público a los hechos la que surge; qué realismo político en reemplazo de idealismos que no dejan de tener sus peligros!

Afirmar que el derecho estatutario engendra, naturalmente, el derecho real, es considerar como derechos reales los estatutos individuales que dimanan de las leyes constitucionales o administrativas; es consecuencialmente dar a éstos una fisonomía definitiva de derechos. Jellinek había planteado ya una teoría del *Status* o *Zustand*, pero no logró precisar el contenido jurídico, que hiciera del estatuto de un individuo un derecho positivo y activo. El no veía sino el derecho a que determinada calidad fuera reconocida por el Estado; por ejemplo, el estatuto del elector consistiría en el derecho a ser inscrito en el registro electoral, pero no implicaría el derecho de votar, el cual posteriormente le sería delegado por el Estado. De seguro que no valía la pena llamar derecho la posesión de una cualidad tan negativa. Lo que detenía a Jellinek es que, creyéndose dentro del dominio de la personalidad subjetiva del Estado, no podía admitir que el elector tuviera ninguna acción contra esa persona soberana, a título de ejercicio de un derecho propio. Pero, por lo que atañe a nosotros, descartamos aquí el punto de vista de la personalidad subjetiva. En la formación de los estatutos individuales, lo mismo que en el proceso de formación de las decisiones colectivas, no vemos sino estados de cosas que se crean por sí mismos. Desde luégo podemos admitir que se ha creado en provecho del individuo un estado de cosas que le confiere un papel activo en el proceso de elaboración de las decisiones parlamentarias. Se ha creado una función de elector, que es una cosa que existe por sí misma, y que implica el derecho de votar a título de facultad inherente, oponible, no especialmente a la persona moral del Estado, sino objetivamente a todos. El ciudadano adquiere un derecho sobre esta función-cosa. Su estatuto se resuelve, pues, en un derecho real sobre una función social, que es una cosa; por consiguiente, su estatuto adquiere todas las actividades positivas de la cosa. Así, en las sociedades comerciales por acciones, se crea una *acción*, que es una cosa, pero que es al propio tiempo una función, cuya propiedad confiere al accionista el derecho de votar en las asambleas. Generalizando este concepto, diremos que las instituciones sociales crean, a medida de sus necesidades, funciones que se transforman en cosas, sobre las cuales los individuos adquieren estatutariamente derechos reales, y que esos derechos reales constituyen el estatuto individual positivo (estatuto del ciudadano, estatuto del elector, estatuto del funcionario, estatuto del propietario mismo, porque la propiedad es una función social).

Volvamos a las dos ideas fundamentales del derecho estatutario, que se basa en la adhesión al hecho, y del derecho estatutario, que engendra el derecho real; pero hay que hacer un estudio preliminar indispensable: el de las relaciones del acto jurídico con el hecho. Es una necesidad del espíritu humano relacionar los efectos jurídicos con los actos. Si nos limitamos a precisar el fenómeno estatutario de adhesión al hecho no se nos entenderá. Tenemos que mostrar cómo las adhesiones al hecho, contenidas en los fenómenos estatutarios se reducen también, en cierto modo, al acto, por medio de artificios jurídicos, de tal suerte que la combinación del hecho y de la voluntad se encuentra contenida dentro de la envoltura de un acto jurídico.

Los actos jurídicos de esta especie han sido estudiados desde hace poco, aunque tienen un origen muy antiguo. En el lenguaje del derecho público se llaman *actos complejos (Gesammtakt, Vereinbarung).*

—

I—RELACIONES DEL ACTO JURIDICO Y DEL HECHO. ACTOS COMPLEJOS

(Gesammtakt, Vereinbarung).

En nuestros días, la voluntad del hombre, y puede decirse su voluntad instantánea, actual, ejerce sobre los elementos físicos y aun sobre el mundo social, tal imperio; en el orden del derecho, el contrato, que es por esencia el fenómeno jurídico actual, ha adquirido tal preponderancia, que hemos llegado a perder un poco de vista la soberanía del hecho. Esta subsiste, sin embargo. Si reflexionamos bien, veremos que los actos humanos se transforman rápidamente en hechos históricos, y que, por ende, el hecho nos asecha en nuestros actos como la muerte nos asecha en la vida. Bien considerado, el acto aparece como una fosforescencia pasajera sobre la trama oscura de los hechos.

El Derecho conoce simultáneamente de los hechos y de los actos jurídicos. Los hechos jurídicos son los acontecimientos que hacen nacer, transmiten, modifican o extinguen los derechos. De acuerdo con la clasificación generalmente admitida, los actos jurídicos son hechos jurídicos voluntarios, y entonces no quedan como hechos jurídicos, propiamente dichos, sino los hechos involuntarios, tales como el nacimiento, la muerte, los accidentes. En consecuencia, el acto jurídico se ha definido, por oposición al hecho involuntario, como "una manifestación externa de la voluntad, producida con el fin de crear, modificar o extinguir una relación de derecho, la cual produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho la sanciona."

Esta clasificación y estas definiciones me parecen doblemente inexactas. Por una parte, no es exacto que los hechos jurídicos, distintos de los actos, sean todos involuntarios; los hay que han sido voluntarios, que contienen, por así decirlo, voluntad congelada, pero subsistente aún. Por otra parte, el acto jurídico no siempre tiene el carácter de una manifestación de voluntad subjetiva; no siempre se puede referirsele a un sujeto, tal como parece darlo a entender la definición corriente; *a priori,* no se ve la imposibilidad de que existan actos jurídicos de origen social y colectivo, que no puedan referirse a una personalidad moral. Se ha recalcado demasiado en el elemento voluntario subjetivo, y se han omitido otros elementos de importancia capital, tales como el elemento de la duración y de la actualidad, la oposición entre lo que es en el presente y lo que es en el pasado, entre lo que es actual y lo que ya no lo es.

Definiremos, por lo que a nosotros respecta, el acto jurídico como *una acción en vía de cumplimiento, que tiende a un resultado jurídico;* que dicha acción sea una decisión individual o que sea una ceremonia social, poco nos importa, con tal de que ella tienda a producir un resultado jurídico, y que esté *en vía de cumplimiento.* Clasificaremos en la categoría de los hechos jurídicos no sólo los hechos involuntarios sino aun las acciones voluntarias, que no están ya en vía de cumplimiento, porque se han cumplido y ejecutado. Preferiríamos decir, colocándonos únicamente desde el punto de vista de la duración: el hecho jurídico es *lo que ha sucedido* voluntaria o involuntariamente; el acto jurídico es *lo que sucede,* y que no ha sucedido todavía, lo que está todavía en acto.

Estas modificaciones de la definición ordinaria del acto jurídico, que por una parte restringen y por otra amplían la noción del mismo, son para nosotros de la más alta importancia, por lo que atañe a la concepción del derecho estatutario. Cuando definimos el pacto estatutario como la *adhesión a un hecho,* no hay duda de que el hecho al cual el consentimiento adhiere actualmente, haya sido antes un acto voluntario, y haya caído por una especie de degradación en la categoría de los hechos, sin dejar por lo demás de producir efectos jurídicos. Conviene, pues, dejar establecido que no hay solamente "actos de consentimiento," sino que existen también "hechos de consentimiento," y que un acto de consentimiento puede convertirse en un hecho de consentimiento. Es preciso, pues, que la noción del acto jurídico se restrinja, de manera que no abarque todo el dóminio de las manifestaciones de la voluntad, y que se establezca una línea divisoria entre las manifestaciones de la voluntad actual y las de la voluntad que, por no ser ya actual, no tienen sino el valor de hechos. Pero, por otra parte, si admitimos que una manifestación de voluntad actual puede adherir a una manifestación de voluntad pasada, y si queremos hacer producir un efecto jurídico especial a esta aglutinación de un acto y de un hecho de consentimiento, no debemos olvidar, como lo hemos observado atrás, que es una necesidad del espíritu humano reducir esa operación compleja a no ser sino un acto jurídico global de una especie completamente distinta de las manifestaciones de la voluntad subjetiva. Es preciso, pues, que la noción del acto jurídico se amplíe por lo que respecta a los actos complejos.

I. Resalta la necesidad de la primera modificación que hay que hacer a la definición clásica del acto jurídico, desde que se observa atentamente la "manifestación de voluntad," que es incontestablemente el tipo del acto. Se la define como "una manifestación externa de la voluntad, con la mira de producir un efecto de derecho." Pero hay un elemento que se olvida y que se revela por el estudio del derecho administrativo, en el cual el acto jurídico desempeña un papel tan importante, y es que la manifestación de voluntad debe ser *ejecutoria.* En Derecho Administrativo, el acto jurídico es la *decisión ejecutoria.* Es una declaración de voluntad con la mira de producir un efecto de derecho; pero, además, es una declaración de voluntad *ejecutoria.* ¿Qué quiere decir esto? Esto tiene un doble significado. Significa, primero, que la decisión va a empezar a ejecutarse; que ella tiene todo lo que se requiere para ejecutarse; que ningún obstáculo externo se lo impide, y que el mismo autor de la decisión ha manifestado, por la declaración externa que ha hecho, su intención de ejecutarla. Por este aspecto la decisión ejecutoria se distingue de los simples proyectos preparatorios, y este aspecto positivo, por así decirlo, del carácter ejecutorio, ha sido observado por todos los teorizantes de la declaración de voluntad, porque él está vinculado a la cuestión práctica de saber en qué momento el autor de la declaración queda obligado.

Pero el carácter ejecutorio de la decisión tiene también un aspecto negativo, en el cual parece que nadie haya pensado antes de ahora; y confieso que yo menos que los demás, y es que la decisión no es ejecutoria sino en cuanto no ha sido ejecutada, y que deja de ser ejecutoria cuando se ha ejecutado. La palabra ejecutoria por si misma implica una idea de futuro. En cuanto la ejecución permanece aún en lo futuro, la decisión subsiste en el presente con su carácter ejecutorio; pero cuando la ejecución se ha realizado en el pasado, ya no hay carácter ejecutorio. Si el acto jurídico se confunde con la decisión ejecutoria, lógicamente, después de la ejecución, ya no hay acto jurídico; ya no subsiste sino un residuo, un hecho jurídico.

Interroguemos una vez más el Derecho Administrativo, que tiene la gran ventaja de poseer recursos especiales de nulidad contra las decisiones ejecutorias. El más importante es el recurso por extralimitación de poder. Este recurso puede ejercitarse durante un lapso muy corto: dos meses, a contar desde la notificación o la publicación del acto; transcurrido este lapso, la decisión se convierte en definitiva. En principio, la administración espera la expiración del lapso antes de proceder a la ejecución, Hay, pues, para las decisiones ejecutorias administrativas un periodo de tiempo reservado para que se examine su validez, cuando ellas son meramente ejecutorias, cuando se encuentran meramente en el estado de actos jurídicos. En ese momento, ellas no están aún separadas de su autor, y el vicio de que pueden ser tachadas, es exclusivamente la extralimitación de poder en que su autor haya incurrido. Más tarde, una vez transcurrido ese periodo de tiempo, las decisiones se hacen definitivas, es decir, que ya no están sometidas al examen del Juez de una manera principal, sino sólo de una manera accesoria, con motivo de su ejecución, en calidad de simples hechos, lo más a menudo por recursos contenciosos ordinarios. El Derecho Administrativo, en lo contencioso, distingue, pues, entre la decisión ejecutoria y la decisión ejecutada. La primera es la única que pertenece normalmente al contencioso de nulidad; la segunda pertenece al contencioso de plena jurisdicción, que es el que comprende los hechos de ejecución.

Seguramente hay interferencias. Asi, mientras perdura el lapso de los dos meses, una decisión, aun ejecutada, puede acusarse y anularse por medio del recurso de extralimitación de poder, en cuanto ella es acto, con miras de censura, y porque los interesados no deben quedar privados del beneficio del lapso. Por otra parte, aun después de su ejecución, una decisión ejecutoria puede excepcionalmente considerarse como un acto, si se trata de fijar su interpretación o de apreciar su validez con ocasión de haber surgido un litigio, en el cual el efecto jurídico de la decisión deba desempeñar un papel; pero claramente se observa que en este caso no se trata sino de una resurrección artificial, impuesta en gran parte por el principio de la separación de los poderes. Se temió que la interpretación de ese acto administrativo fuera sometida a un tribunal judicial, y no se quiso dejarla a la decisión de ese tribunal; entonces se dio de alta a ese reservista, pero en una forma incompleta. La anulación del acto, si llega a pronunciarse, no tendrá efecto sino *inter partes;* quedará restringida dentro de los limites de la cosa juzgada, será relativa, mientras que, durante el periodo de la verdadera actualidad de la decisión, la anulación hubiera producido efectos absolutos.

De esta suerte, lo contencioso administrativo señala muy nitidamente la distinción entre las dos faces por las que pasa una misma decisión: la faz en que ella es ejecutoria y tratada como un acto; la faz en que está ejecutada o considerada como tál; y tratada entonces como un hecho jurídico. Lo contencioso procede por lapsos o expiraciones de lapsos y, por presunciones, porque requiere medios de comprobación muy sencillos.

Saliendo del dominio de lo contencioso, si se trata, por ejemplo, de la formación de un pacto estatutario, el momento en que una decisión ejecutoria se convierte en un simple hecho, porque esa decisión ha tenido ejecución, deberá determinarse por la ejecución misma. Aquí conviene recordar que la fuerza ejecutoria de una decisión no tiene frecuentemente sino una relación muy lejana con el efecto jurídico final a que tiende; con frecuencia la fuerza ejecutoria de una decisión se limita a hacer adelantar una muesca el curso de un procedimiento, a obligar a un agente de ejecución a someter el asunto a una nueva autoridad. Sucede otro tanto en la noción de la fórmula ejecutoria, de no ser sino una orden dirigida a los agentes ejecutivos, pues la menor gestión de éstos puede realizar la ejecución, la cual, bien entendido, deja subsistir el fondo de la decisión.

Tomemos como ejemplo la confección de la ley en nuestro régimen parlamentario; implica tres actos sucesivos, cuando menos: la votación de cada una de ambas Cámaras y la promulgación del Presidente de la República. No puede admitirse que sean tres actos de consentimiento que concurren conjuntamente a un acuerdo contractual de los poderes que intervienen. Tal opinión ha sido sustentada, pero la ha quebrantado la imposibilidad práctica de aceptar sus consecuencias. Es preciso, sin embargo, encontrar un medio de amalgamar esos tres actos sucesivos. A mi entender, ellos constituyen un pacto estatutario, es decir, una operación continua, en que el consentimiento de la segunda autoridad viene a adherir en acto a la decisión tomada por la primera en el momento en que ésta no es ya un acto sino un hecho, porque ha sido ejecutada, y así sucesivamente. Volveremos adelante al estudio de esta operación compleja. Por ahora solamente quiero llamar la atención hacia el género de ejecución, que hace pasar cada decisión de la categoría del acto a la del hecho. Veamos la deliberación de la Cámara de Diputados acerca de un proyecto de ley. Esa deliberación no podría ser ejecutoria a título de ley, puesto que la ley no se ha hecho; no podría ser ejecutoria sino a título de resolución parlamentaria, que obliga a la comisión de la Cámara a enviar el texto adoptado a la comisión del Senado, para seguir el curso del procedimiento. Desde luégo, esa deliberación de la Cámara se convertirá necesariamente en un hecho cuando el Senado, a su turno, discuta la ley y adhiera al texto votado por la Cámara, puesto que en ese momento la transmisión operada habrá ejecutado la resolución parlamentaria, y por lo demás, momentáneamente desvinculado a la Cámara. De la misma manera, la deliberación del Senado tendrá por efecto ejecutorio transmitir el texto al Presidente de la República, y ese efecto ejecutorio se agotará con la transmisión. De tal suerte que el Jefe del Estado se encontrará en presencia, no de dos actos, sino de dos hechos, a los cuales, a su turno, adherirá por la promulgación.

Esta manera de considerar las cosas justifica el principio parlamentario consignado en el nuevo artículo, 127, del Reglamento del Senado, modificado el 10 de diciembre de 1894, según el cual, las proposiciones o los proyectos de ley votados por la Cámara de Diputados no caducan al fin de la legislatura, aun cuando no hayan sido todavía votados por el Senado. Si se les considerara como actos jurídicos, serían proposiciones de naturaleza contractual, a las cuales el Senado habría tenido que adherir antes de la desaparición del autor de ellas; pero no son ya actos jurídicos, son hechos jurídicos, y subsisten por sí mismos, a pesar de la renovación integral de la Cámara, habiendo quedado desvinculados de su autor por el procedimiento de transmisión.

II. Queda así establecido que el acto jurídico no permanece como acto sino durante el período de tiempo en que es ejecutorio, y se convierte en un hecho jurídico cuando está ejecutado, o, a lo menos, cuando un

comienzo de ejecución lo ha separado de su autor; en ese momento el acto queda en disponibilidad. Pero de la misma manera que un funcionario en disponibilidad no deja de conservar por ello su calidad jurídica de funcionario, y puede ser llamado al servicio activo, también un acto jurídico ejecutado no deja de conservar por ello su calidad de hecho de consentimiento. A este hecho de consentimiento puede llegar a adherir un consentimiento actual; son dos estados de una misma materia, que es el consentimiento. Puede desarrollarse una verdadera cadena de actos de consentimiento, que vienen a adherir a hechos de consentimiento, los cuales son antiguos actos, convirtiéndose los primeros en hechos, a los cuales adherirán nuevos actos. Se comprende perfectamente que esa cadena de adhesiones, que se produce a manera de una *accesión,* tiene que poder producir efectos jurídicos. Sin embargo, es preciso que la cadena de adhesiones termine en un momento dado, que se cierre la inscripción, que esa operación sucesiva concluya; en una palabra, es preciso que las adhesiones a los hechos de consentimiento sean ellas mismas en cierto modo reducidas al acto por una ceremonia social, por un procedimiento, por un vínculo externo cualquiera. Esta es la teoría del acto complejo, a la cual llegamos.

Podría comenzar el examen de dicha teoría con la exposición de las tentativas hechas en estos últimos años en Alemania y en Italia para resolver el problema. Prefiero seguir el orden inverso y presentar primero mi solución, porque ella depende íntimamente de las explicaciones que acaban de darse acerca de la forma ejecutoria de los actos jurídicos. Todavía no sospechamos toda la importancia de ese elemento de la forma ejecutoria, porque no hemos razonado sino a propósito de ejemplos de actos sencillos, y porque no hemos visto todavía claramente que la forma ejecutoria sea distinta de la decisión de fondo. En realidad, la forma ejecutoria es distinta del fondo, y es la que da a la decisión de fondo su calidad de acto; la decisión, por sí misma, no sería sino un hecho de consentimiento; ella no pasa al acto sino por virtud de la fórmula ejecutoria, y solamente en la medida de esa fórmula ejecutoria.

Volvamos al caso de la confección de la ley. El contenido de la deliberación de la Cámara es el texto de la ley, y, sin embargo, esa deliberación se hace ejecutoria, no en cuanto al texto de la ley, no en el sentido de que dicho texto será obligatorio para los ciudadanos, sino simplemente en el sentido de que su transmisión al Senado será obligatoria para la comisión de la Cámara. Esa deliberación no habrá sido, pues, un acto, sino respecto de la comisión de la Cámara, para obligarla a transmitir, y, si se quiere, respecto del Senado, para obligarlo a deliberar, y a su turno, si se quiere, respecto del Jefe del Estado para obligarlo en seguida a promulgar. Sólo la promulgación del Jefe del Estado hará obligatorio para los ciudadanos el contenido de la ley, y más todavía, por un rodeo, ordenando a los agentes de la fuerza pública que lo hagan ejecutar.

Así, la forma ejecutoria es un elemento muy diferenciable del contenido de la decisión; en virtud de la forma ejecutoria, las decisiones, hasta las más simples, son llevadas al acto. Es en este punto preciso donde se inserta la teoría del acto complejo, que de esta manera dimana de la teoría de la forma ejecutoria.

La forma ejecutoria no sólo es un elemento separable del fondo de la decisión, sino que es un elemento que no depende necesariamente de un fenómeno de consentimiento subjetivo. La forma ejecutoria puede depender de una ceremonia, de un procedimiento o de una circunstancia meramente objetiva. Es la historia de los actos solemnes del derecho formulario, que parece haberse olvidado o desatendido un poco desde hace algún tiempo, pero que es preciso recordar, porque el acto solemne conduce por una transición insensible al acto complejo. Recordemos la fisonomía especial de los contratos del Derecho Civil romano en su pe-

ríodo formalista. Esos contratos se formaban *re, verbis, litteris;* la de una cosa, la promulgación de ciertas palabras, determinados escr en libros de cuentas, constituían formalidades esenciales. Había tam bién ciertamente una manifestación de voluntad que se agregaba a l *datio,* que se filtraba en la *stipulatio,* que estaba implícita en la *expen silatio;* pero la fuerza ejecutoria, y por consiguiente la calidad de acto, no se comunicaba a esa manifestación de voluntad, sino por el cumplimiento de la formalidad. Los comentadores del siglo XIX habían calificado el papel de esa formalidad, llamándola la *causa civilis* del contrato, y esa calificación era exacta, en el sentido de que designaba una causa ajena a la voluntad de las partes, una causa de origen social indispensable para producir el acto. Cuando con los progresos del comercio jurídico se planteó la cuestión de la validez de los *nuda pacta,* se planteó a propósito de pactos anexos a un contrato que tenía ya una *causa civilis,* porque se creyó que esta base era indispensable; pero la dificultad estribó al mismo tiempo en hacer admitir que la misma formalidad que había determinado un primer acto jurídico, y que, por decirlo así, se había cerrado sobre éste, pudiera volver a abrirse para incorporar en ella nuevas decisiones. No se rechazaba la idea de anexión de manifestaciones de voluntad sucesivas; pero parecía difícil que la misma formalidad inicial pudiera comunicar su virtud de acto ejecutorio a esas manifestaciones sucesivas. Por esto el pacto adjunto *ex intervallo* se admitió con más dificultad que el pacto adjunto *in continenti.* Quien dice ceremonia o formalidad, dice acción cumplida en un momento preciso; la ceremonia es esencialmente *actual,* una vez terminada es difícil imaginar adiciones póstumas.

Si las formalidades y las ceremonias, que constituían la *causa civilis,* mostraban poca amplitud para incorporar a los contratos de una manera retroactiva los elementos de consentimiento posteriores a su cumplimiento, ello era debido a que tales formalidades se cumplían de una vez: *Spondes ne, Spondeo.* Pero la formalidad solemne puede mostrarse más elástica. La ceremonia puede prolongarse hasta el punto de convertirse en un procedimiento, que se desarrolle en largo espacio de tiempo, se descomponga en faces sucesivas. Sin embargo, si a ese procedimiento está vinculado un efecto de derecho único, habrá que considerarlo, por ciertos aspectos, como una operación jurídica, y por consiguiente, como una especie de acto. Es el caso de la instancia judicial con su novación del derecho litigioso, condensada bajo el procedimiento formulario en el acto de la *litis contestatio,* pero la cual, en realidad, no es sino una larga operación, compuesta de una sucesión de elementos. Esa operación a tal punto equivale a un acto por la unidad de su efecto ejecutorio, que en la *in jure cessio* se convierte en un acto simbólico traslaticio de la propiedad.

Así, insensiblemente, gracias a la disociación de la fórmula ejecutoria y del contenido del acto, gracias también a la elasticidad de la forma ejecutoria que se transforma en un procedimiento, pasamos de una especie de actos jurídicos a otra especie. Del acto simple, cuyo tipo es la decisión ejecutoria, en la cual todo depende del poder de la voluntad y la unidad del acto se obtiene de una manera interna por la unidad misma de la voluntad creadora, nos vemos conducidos al acto complejo, o, dicho de otra manera, a la operación jurídica, en la cual la unidad de la forma ejecutoria se realiza de una manera puramente externa por una ceremonia social o por un procedimiento, pero que interiormente contiene elementos heterogéneos de procedimiento.

Si analizamos ahora esos elementos heterogéneos del procedimiento de un acto complejo, los cuales, empero, concurren todos a un mismo fin, comprobaremos que cada uno de ellos por su parte ha sido un acto ejecutorio, en el sentido de que ha hecho adelantar el procedimiento

en un momento dado, y, además, en el sentido de que después de haber producido ese efecto, se ha convertido para los actos siguientes en un hecho sobre el cual éstos se han apoyado, adhiriéndose a él. De esta suerte, la operación ha adelantado a la manera como crece un macizo de coral, en el cual las capas de zoófitos vivos se superponen a las secreciones de los muertos, y secretan a su turno para los vivos, futuros cimientos, cuyos pisos acabarán por formar un archipiélago. La operación termina por un acto final que cierra el procedimiento, y se encuentra entonces que éste hace ejecutorio un efecto de derecho, que era, sin duda, en cierto modo, el de los actos particulares, pero que es sobre todo el de la operación en conjunto o el del acto complejo, pero que no podía producirse antes de la terminación del procedimiento.

Tal la formación madrepórica a que se ha aludido. Durante miles de años ha sido el desarrollo de un fenómeno submarino; un día emerge, aparece la tierra. Este resultado final e imprevisto de los oscuros obreros, muy diferente del que podían perseguir de una manera inmediata, no por ello deja de ser para nosotros el resultado verdadero de la operación, y lo atribuimos de buena gana a una finalidad superior de la naturaleza.

El efecto final de derecho de la "operación procedimental" tiene valor por su adaptación a las necesidades de la vida de la institución, que funciona en virtud de esa operación; su eficacia jurídica dimana de la autoridad que confiere a la institución su disciplina objetiva.

He dado el ejemplo de la confección de la ley en el procedimiento parlamentario, luégo el de la instancia judicial. Agrego ahora el ejemplo de la operación administrativa de la expropiación por causa de utilidad pública, que se presta a una disección muy instructiva. Esa operación, considerada en su conjunto de acto complejo, tiende a producir el siguiente resultado: desposeer definitivamente a un propietario, transmitir la propiedad a la administraciión, poner a ésta en posesión después de haber pagado una indemnización. Se cierra por la entrega de posesión a favor de la administración pronunciada por el Magistrado Presidente del Tribunal, después del cumplimiento de todas las demás formalidades, y esa entrega de posesión concentra, en un efecto ejecutorio global, toda la fuerza de la operación. Pero lo que es interesante observar es el papel de cada una de las demás formalidades. El procedimiento se abre por la declaración de utilidad pública, que es una decisión administrativa ejecutoria, precedida de una información; el efecto propio de esta decisión es hacer posible una segunda decisión, que es el decreto de cesibilidad, y también de cesiones amigables. El decreto de cesibilidad, precedido también de una información, es el segundo acto del procedimiento; se ha hecho posible por la declaración de utilidad pública, pero no es el resultado juridico de ésta; se apoya en esta primera decisión como en un hecho anterior, produce a su vez efectos propios, que son la designación de los terrenos que van a expropiarse, y la obligación para la administración de demandar la sentencia de expropiación dentro del año que va a transcurrir. La sentencia de expropiación va a ser el tercer acto del procedimiento, perfectamente heterogéneo, en su calidad de acto judicial. Sin embargo, se apoya en los dos primeros, pero se apoya en ellos como en hechos a los cuales adhiere; la prueba de ello es que el Tribunal, antes de pronunciar la transferencia de propiedad, tiene el deber de verificar la existencia material del acto declarativo de utilidad pública y del decreto de cesibilidad del Prefecto; la existencia material solamente, y nó la validez jurídica, lo cual equivale a decir que el Tribunal los ha apreciado como hechos y no como actos. Es verdad que el principio de la separación de los poderes impediría al Tribunal apreciarlos como actos, pero es notable que la ley de expropiación le imponga verificarlos como hechos. Podriamos continuar

así y analizar el cuarto acto, la decisión del Tribunal de Expropiación, heterogéneo también en relación con los demás, pero vinculado a éstos por el procedimiento, en virtud del cual se ha designado el Magistrado Presidente del Tribunal en la sentencia de expropiación. El Tribunal de Expropiación, en sus operaciones, considera la transmisión de propiedad, pronunciada en la sentencia de expropiación, como un hecho cumplido, etc., etc. Y así, a cada paso, lo que fue un acto de virtud ejecutoria limitada, se convierte en un hecho, al cual adhiere un segundo acto de virtud ejecutoria nueva, hasta que la operación íntegra, en la cual intervienen a la vez el acto y el hecho, haya finalizado y produzca su efecto ejecutorio propio.

En esta teoría del acto complejo o de la operación jurídica, vemos en qué sentido los diversos elementos particulares concurren al resultado final; es únicamente en el sentido de que cada uno de ellos hace adelantar el procedimiento externo de la operación. En la intimidad del proceso hay fenómenos de consentimiento, puesto que esos actos sucesivos son decisiones; pero no hay fusión de consentimientos, puesto que cada una de las decisiones no encuentra las precedentes para adherirse a ellas, sino cuando éstas ya no existen en estado de actos, sino en el estado de hechos; cuando no contienen ya voluntad en fusión, sino voluntad solidificada, porque ya se ha realizado. No hay tampoco simple adición de consentimientos; hay incorporación de consentimientos nuevos a los antiguos por accesión al mismo procedimiento.

Considerado en su conjunto, el fenómeno de consentimiento que liga todas las faces del procedimiento de una misma operación, y hace obrar de acuerdo a los diversos agentes que en ella participan, debe caracterizarse simultáneamente como una adhesión a hechos de consentimiento y como una adhesión a un acto. Es una adhesión a hechos de consentimiento por lo que respecta a los elementos particulares del procedimiento, y es una adhesión a un acto por lo que respecta a la aceptación del procedimiento mismo, en cuanto éste realiza la unidad de la operación y la reduce al acto. Pero la aceptación del procedimiento es un fenómeno peculiarísimo de consentimiento, en que el consentimiento no siempre es libre, dado que el procedimiento puede ser impuesto en vista de un interés social, como acontece, por ejemplo, en los litigios contenciosos o en la expropiación, y en casos tales la aceptación de procedimiento es también, en suma, la adhesión a un hecho, al hecho de la existencia de la institución y de las necesidades de esa existencia.

El acto complejo explicado por la unidad de un procedimiento externo, se solidariza por este mismo aspecto con la institución social; no sólo porque todo procedimiento organizado es en sí una institución social, sino también, y principalmente, porque toda institución social de la categoría de los grupos, corporaciones o establecimientos, no puede vivir con una vida orgánica, sino según determinados procedimientos, y porque esos procedimientos, que desde luégo constituyen el ritmo de la vida de la institución, producen de una manera continua actos complejos, la mayor parte de los cuales son actos estatutarios. Y nótese bien: no es la persona moral colectiva, que se supone existir en el seno de la institución, la que decreta el acto complejo o el estatuto; es un procedimiento objetivo el que, al funcionar, los realiza en nombre de la disciplina objetiva de la institución.

III. Este estudio sumario de las relaciones entre el acto jurídico y el hecho, sería demasiado incompleto si yo no determinara el sitio original que ocupa el contrato en presencia de la operación jurídica compleja. El contrato consensual moderno, especialmente el contrato sinalagmático, no es sino una operación jurídica compleja, en la cual, por un esfuerzo de la previsión humana, todos los hechos sucesivos del pro-

cedimiento de ejecución se reducen a cláusulas del acto inicial, e inmediatamente quedan incorporados al acto, gracias al elemento jurídico de la obligación.

Lo característico del contrato es producir obligaciones, y lo característico de la obligación es incorporar a un acto inicial de consentimiento todos los hechos futuros de ejecución, porque la obligación contiene virtualmente en si todos los hechos de ejecución, porque ella es un procedimiento de ejecución que se considera virtualmente desde el principio como cumplido. Y en el contrato sinalagmático la causa de la obligación de una de las partes es sin duda la obligación de la otra; pero lo es la obligación considerada en su ejecución, en cuanto se ha ejecutado, puesto que la condición resolutoria del artículo 1184 del Código Civil depende de la inejecución de las obligaciones.

El contrato representa así la tentativa más osada que pueda concebirse para establecer el dominio de la voluntad humana sobre los hechos, integrándolos de antemano en un acto de previsión. En gran parte, esa tentativa no tiene buen éxito sino merced a una ficción; la ejecución de un contrato no se mantiene rigurosamente dentro del cálculo de las previsiones contractuales, sino cuando se cumple en un corto lapso, y además es sencilla; las ejecuciones complicadas y las que se escalonan a lo largo de prolongados años, se ven fatalmente influídas por hechos extraños al contrato, y que el Juez está obligado a tener en cuenta. No obstante, esferas jurídicas tan vastas, como la del contrato de matrimonio, o la de los tratados internacionales, creadas o mantenidas por el mero contrato, dan una altísima idea del poder de la voluntad del hombre.

En este sentido lo único que puede parangonarse con la fuerza del contrato es la fuerza de las previsiones presupuestales en la contabilidad pública. Hay esto de común entre el contrato y el presupuesto: que ambos son estados de previsión; que ambos implican, después de su establecimiento, un período de ejecución que, para el presupuesto, recibe el nombre de ejercicio fiscal; que en ambos debe haber conformidad entre los hechos de ejecución y el estado de previsión, y que, desde luégo, los hechos de ejecución se integran anticipadamente al acto de previsión. En el contrato, es la noción de obligación la que opera esa integración; en el presupuesto, es la noción de la apertura del crédito. Por lo demás, en la contabilidad presupuestal aparece claramente la extremada dificultad que hay en prever todos los detalles de una operación, y la conformidad del ejercicio fiscal con el presupuesto es en parte ficticia, y no se obtiene sino por medio de numerosas regularizaciones *a posteriori* (créditos suplementarios, transferencias, etc.).

Este paralelo entre el presupuesto y el contrato, podría sin duda llevarse más lejos. Por el momento, no quiero destacar de él sino esta enseñanza: ha habido muchas operaciones fiscales ejecutadas antes de que se pensara en establecer presupuestos; igualmente ha habido muchas operaciones jurídicas ejecutadas antes de que se pensara en extender contratos. La previsión es un fruto tardío de la civilización. La operación jurídica, regulada por un procedimiento más o menos vago, ha tenido que preceder al contrato. La unidad de la operación compleja queda asegurada retroactivamente por el último acto del procedimiento. Se ha necesitado, sin duda, mucho tiempo antes de que se llegara a establecer, al comienzo del procedimiento, el acto contractual destinado a producir de antemano esa misma unidad. Y como la naturaleza jurídica no procede por saltos, como tampoco la naturaleza física, debemos creer que los contratos de las épocas primitivas intervenían de ordinario al final de las operaciones del comercio jurídico, y que poco a poco se fue estableciendo la costumbre de hacerlos intervenir cada vez con más anticipación, hasta llegar a situarse en el comienzo de la

operación. Sea de ello lo que fuere, los contratos del viejo Derecho Civil romano dan claramente la impresión de actos que finalizan operaciones anteriores, o que, cuando menos, las novan, pero que no son comienzo de operaciones por venir.

La estipulación se confunde casi con la novación, el contrato *litteris* también, y en cuanto al *nexum,* escasamente se concibe su utilidad práctica, si no se le considera como el acto que abre la faz de pago de una deuda vieja. Es así como aún en nuestra época, relaciones jurídicas que han durado mucho tiempo entre dos individuos, y frecuentemente sin contabilidad bien clara, terminan cualquier día por medio de una obligación extendida ante notario. Ese contrato, que parece ser un comienzo, es en realidad una liquidación y una conclusión.

Todo lo dicho, para concluir que no hay que despreciar la operación jurídica compleja. Ella existió antes que el contrato y coexiste con él, aun en las relaciones de la vida civil actual. No obstante, es en las relaciones de la vida pública y administrativa donde encontramos en nuestros días los más claros ejemplos de la operación jurídica compleja, como vamos a verlo inmediatamente a propósito del derecho estatutario.

2—LA ADHESION AL HECHO COMO BASE DEL DERECHO ESTATUTARIO

Llamo derecho estatutario el que se elabora en el seno de una institución con la mira del interés individual de sus miembros. En su forma, el derecho estatutario procede, ora de la costumbre, ora de la operación deliberativa; en ambos casos, el fenómeno de consentimiento que en él se produce es la adhesión al hecho.

I. En la hipótesis de la formación consuetudinaria, el hecho se llama *precedente;* el precedente es uno de esos hechos, como lo hemos visto en el parágrafo primero, que han sido actos; es la sentencia de un tribunal que fue acto en la época en que no era sino ejecutoria, y que se convirtió en hecho por su ejecución; es determinada manera de proceder, que fue acto en el momento en que se la empleaba, y que ahora no es ya sino un hecho histórico. Las adhesiones actuales a esos precedentes se convertirán a su turno en precedentes para las adhesiones futuras, y así, sucesivamente. No habría siquiera razón para que la cadena de las adhesiones a los precedentes no se desenvolviera hasta lo infinito, si no fuera por la necesidad imperiosa que tiene el espíritu humano de acabarlo todo, de encerrarlo todo dentro de ciertos límites. En un momento dado se admitirá, pues, que la costumbre es inmemorial, y, en consecuencia, que la regla ha quedado fijada definitivamente; o también por operación deliberativa, se extenderá una redacción oficial de la regla consuetudinaria, lo que es otra manera de fijarla y liberarla de la servidumbre de los precedentes, de la prueba y de la discusión de éstos.

II. En la hipótesis de la formación de los estatutos por operación deliberativa, el *precedente* existe, en suma, tanto como en la formación consuetudinaria, con la diferencia de que se le establece hipotéticamente, se le discute y se le transforma inmediatamente en regla, en virtud de un procedimiento que pretende reemplazar las discusiones confusas de la práctica inmemorial y concentrarlas en un acto muy abreviado.

La operación deliberativa, que implica la organización electoral, la representativa y el régimen de mayoría, se reproduce en derecho público en el funcionamiento de las asambleas deliberantes, tales como los parlamentos y las asambleas locales (Concejos Municipales, Consejos Generales Departamentales), y en el funcionamiento de las elecciones.

Fuera del derecho público encontramos aplicaciones de ella en materia de asociaciones y de sociedades comerciales, pero por el momento descartamos estas aplicaciones, en las cuales el estatuto se encuentra mezclado al contrato.

Ahora bien: tanto en las deliberaciones de las asambleas como en las elecciones, vamos a encontrar el precedente, el hecho establecido, ora en virtud de iniciativas individuales, ora por decisiones de la mayoría, hecho al que todos son invitados a adherir.

a) En las deliberaciones de las asambleas representativas, la adhesión al hecho establecido se produce cuando menos tres veces:

1ª Una proposición es presentada a la asamblea, que sin ese requisito no podría deliberar; sea que la proposición emane del Gobierno o de un miembro de la asamblea, desde el momento en que la asamblea la debate, deja de ser un acto, es un hecho; puede acontecer que haya transcurrido largo tiempo desde que fue presentada, que se la haya sometido a todo un procedimiento preparatorio en las comisiones antes de incluirla en el orden del día; todo ese procedimiento la ha separado de su autor. En el Parlamento se puede considerar como desligado al autor de una proposición, desde que se nombra una comisión y se designa un relator, porque en lo sucesivo el autor podrá despreocuparse de ella. El texto será, las más de las veces, modificado por la comisión.

Luego esa proposición no es ya sino un hecho, un precedente establecido hipotéticamente; se presume que la regla formulada es aplicable, lo que equivale a que ya se hubiera aplicado. La asamblea va a discutir ese precedente, y, después de la deliberación, la votación decidirá de la adhesión de la mayoría, que será de esta suerte la adhesión a un hecho. (Para mayor sencillez, suprimo la cuestión de las modificaciones; pero cada modificación es una proposición, a propósito de la cual podría reproducirse el mismo razonamiento);

2ª Una vez aprobada la proposición por mayoría de votos en la asamblea, se convierte en una deliberación ejecutoria de esa asamblea, y puede considerarse como obra de la asamblea entera. Sin embargo, hay una minoría que ha votado en contra. ¿En virtud de qué misteriosa alquimia la obra de la mayoría se convierte en la obra de la unanimidad? ¿Cuál es la explicación de la formación de la voluntad colegial por el procedimiento de la mayoría? La explicación es siempre la misma, es la adhesión al hecho, al precedente establecido por la mayoría. Se presume que la minoría de la asamblea ha prestado después su adhesión a la resolución votada por la mayoría. La presunción se funda en la circunstancia de que la minoría ha continuado formando parte de la asamblea e interviniendo en sus trabajos, de que ha permanecido *dentro del procedimiento* de la institución. No es la adhesión al acto de la mayoría, puesto que en el momento del acto, es decir, de la votación, la minoría votó en contra; es la adhesión al hecho, cumplido desde el momento en que la asamblea pasó a otro renglón de su orden del día. Ha dado una vuelta la rueda del mecanismo deliberante; eso basta para que la deliberación no sea ya actual.

Ese hecho histórico, el voto de la mayoría, continúa siendo un hecho de consentimiento, porque fue un acto de consentimiento; circunstancia notable, fue un *acuerdo;* en el seno de la mayoría hay un acuerdo porque no hay mayoría si no hay pluralidad, y la pluralidad de votos sin un acuerdo actual no ha podido converger hacia una misma proposición.

La adhesión de los miembros de la minoría se produce, pues, alrededor de un acuerdo inicial, y es por esto por lo que la obra estatutaria o deliberativa puede llamarse *pacto estatutario,* porque existe un pacto como núcleo de las adhesiones.

La resignación con que los miembros de la minoría aceptan el hecho cumplido, no obsta para que puedan intentar anular la deliberación, si han sido violadas las reglas que protegen el libre ejercicio de su mandato; pero no sin dificultad se ha aceptado la admisibilidad del recurso, a tal extremo parecía extraño, que la solidaridad que une los miembros de una misma institución pudiera romperse a propósito de la crítica de un acto determinado.

¿Cuál es, pues, la solidaridad que vincula a los miembros de una asamblea, ya que no están ligados por un contrato? El punto es interesante: están ligados *por la participación en un procedimiento.*

Examinemos el mecanismo de una deliberación: inmediatamente atrae nuestra atención la existencia de un procedimiento completamente externo. La asamblea no puede reunirse regularmente sino en épocas determinadas, que constituyen períodos; durante el período, las sesiones se verifican con cierto ceremonial, y las deliberaciones no son válidas ni fuera del período ni fuera de la sesión. Durante la sesión, existe un procedimiento para la confección del orden del día, para la discusión y para la votación; se requieren condiciones de presencia, se necesita determinado quórum de los miembros, etc.

En el fondo, los miembros de la asamblea están ligados por el atractivo de ese procedimiento, que es una especie de juego o de deporte. Una deliberación, lo mismo que una elección, lo mismo que una instancia judicial (porque los procedimientos jurídicos casi no varían), es una lucha empeñada, un torneo que decidirán cuál es el más fuerte. Cada una de las partes espera ganar, y entra animada de grandes ilusiones. El día en que todas esas ilusiones se derrumben, se paralizarán el mecanismo electoral y el régimen deliberante; las minorías no votarán ni deliberarán, se retirarán disgustadas de una lucha sin esperanza; las mayorías, después de haberse así, a intervalos, *depurado* y reducido, se transformarán en comités de dictadores. Notemos que la partida ha sido organizada como una institución social, y no en virtud de un convenio de los jugadores. La casa de juego existe, está abierta. Entra uno en ella, hace la puesta y desde que ha hecho la puesta, queda ligado por el procedimiento hasta el final de la partida.

Una deliberación de la asamblea es, pues, un acto complejo, en el sentido que hemos dado a esta expresión en el parágrafo precedente, y, por lo mismo, un acto solemne, puesto que de los elementos heterogéneos de consentimiento que contiene, unos constituyen actos de consentimiento, otros, hechos de consentimiento, y todos no se reducen al acto sino por virtud del procedimiento externo. Nuestro Derecho Administrativo ha comprendido perfectamente esa naturaleza peculiar de la deliberación, al crear contra ella una acción de nulidad especial, que no es ya el recurso por extralimitación de poder. El recurso por extralimitación de poder es la vía de nulidad contra la decisión ejecutoria simple, la cual sólo tiene que considerarse en relación con los poderes de su autor, puesto que dimana segura y directamente de la voluntad de éste. No podía convenir este recurso a las deliberaciones de las asambleas, que son actos complejos y solemnes, que no provienen de la voluntad de la asamblea sino cuando se han ajustado a determinado procedimiento regular, y que, por lo tanto, deben examinarse ante todo en relación con ese procedimiento. Seguramente, allí donde no se ha organizado una acción especial de nulidad, como sucede con las deliberaciones de las comisiones administrativas de los hospitales, cabe el recurso por extralimitación de poder. Pero el Derecho prefiere una acción especial de nulidad, como la que consagran los artículos 63 y siguientes de la Ley de 5 de abril de 1884, organizada contra las deliberaciones de los Concejos Municipales; cuando ella existe, excluye el recurso por extralimitación de poder.

3º No hemos terminado todavía: la deliberación votada por la mayoría de la asamblea, aceptada después por la minoría, debe ser aceptada también por los habitantes de la circunscripción, para los cuales es obligatoria. Sin duda, será impuesta coactivamente; pero la coacción no puede considerarse sino como un argumento de aceptación, y no bastaría por si sola. En esta etapa, las adhesiones se producirán lentamente, pero implicarán también un procedimiento: el de la renovación periódica de las asambleas por medio del mecanismo electoral. Mientras los electores consientan en votar, aceptan en cierto modo todos los resultados del régimen representativo.

b) La explicación jurídica de la operación electoral es exactamente la misma que la de la deliberación:

1º Una candidatura se produce a la manera de un acto jurídico, y, por lo que atañe a las elecciones a la Cámara de Diputados, desde la vigencia de la Ley del 17 de julio de 1889, se ha convertido en un verdadero acto jurídico unilateral; pero es únicamente un acto de procedimiento que, respecto de los electores, carece de contenido. Para los electores que van a votar, esa candidatura no es sino un hecho. No se trata en manera alguna de un acuerdo de consentimientos, no es necesario que el candidato haga una profesión de fe; la papeleta del voto no contiene la enunciación de un programa, acerca del cual haya existido acuerdo; no contiene sino un nombre; no se vota por un programa, puesto que no hay mandato imperativo, se vota por un individuo, es decir, por un sér concreto, que ha sido aceptado a la manera de un hecho. La mayoría de los electores va, pues, a dar su adhesión a un hecho;

2º Una vez hecha la elección por mayoría de votos, se presume que la minoría de opositores se adhiere a ella, ya que esa minoría está lista a reanudar el procedimiento electoral y a jugar cuando se quiera una nueva partida; por su parte, el elegido debe considerarse como el representante de la circunscripción entera. Hay presunción de adhesión de todos los habitantes, y, hien entendido, presunción de adhesión al hecho cumplido. Los acontecimientos desmienten con demasiada frecuencia la ficción; pero la ficción es necesaria pera la teoría del régimen de mayoría, y no veo que se pueda explicarla de manera distinta de como lo hago.

c) Finalmente, en la votación de la ley, además de todos los fenómenos de adhesión al hecho que implica la deliberación en cada una de las Cámaras, hay otra especie de adhesión que he señalado atrás, de una de las Cámaras a la obra de la otra, y del Jefe del Estado a la obra de ambas Cámaras. Sabemos que la primera Cámara sienta un acto, que se convierte en hecho en el momento en que la segunda Cámara delibera, de tal suerte que ésta no adhiere sino a un hecho, y que la situación es exactamente la misma respecto a la promulgación del Jefe del Estado; sabemos, por último, que esa sucesión de adhesiones al hecho, emanada de los poderes públicos, no se reduce al acto final de la expedición de la ley, sino mediante la unidad de un procedimiento parlamentario muy objetivo.

Afirmase así, en todos esos ejemplos y en todos esos procesos, la importancia jurídica del *procedimiento de las operaciones* o de las *operaciones procedimentales,* importancia hasta ahora muy desconocida.

3—RELACIONES DEL DERECHO ESTATUTARIO CON EL DERECHO REAL

El derecho estatutario, ya lo dije, es el que se elabora en el seno de una institución para definirla con la mira del interés individual de sus miembros. Si el derecho estatutario tiende a la definición de la institución, por esa misma razón tiene por objeto la determinación de las

competencias, es decir, de las esferas de jurisdicción de cada uno de los órganos y de cada uno de los miembros de la institución. Y si esa determinación se opera con la mira del interés individual, incide, naturalmente, en el estatuto individual; lo cual significa que la competencia y la esfera de jurisdicción atribuidas a cada cual, se convierten en su propio estatuto individual. De manera que el estatuto de la institución llega a ser necesaria y lógicamente el estatuto individual de cada uno de los elementos de la institución.

Ahora bien: el estatuto individual, a su turno, se desliza naturalmente hacia el derecho real. En el seno de una institución, las competencias, o, mejor dicho, las funciones, adquieren fácilmente una individualidad objetiva, se transforman en cosas que, mediante una operación del espíritu, se separan con facilidad de la persona del titular actual; mientras más estables son los estatutos de la institución, más las funciones, a causa de su misma solidez, se convierten en cosas. No sólo existen las funciones públicas; existen también las profesiones comerciales, industriales y de la vida civil. La calidad misma de ciudadano de un país, por ciertos aspectos, aparece como una función, y consecuencialmente, como una cosa social. Si las funciones sociales son cosas, es natural también que los individuos llamados a desempeñarlas tengan un derecho real sobre esas cosas (de posesión o de propiedad), y que ese derecho real sobre una función o sobre un conjunto de funciones constituya su estatuto individual.

Como lo expliqué anteriormente, ese estatuto no será negativo sino positivo, porque la posesión de la función comunicará al titular las facultades inherentes a ésta. Así, en una sociedad por acciones, los derechos del accionista están vinculados a la acción, y al comprar una acción en la Bolsa, se compra el derecho de votar en las asambleas.

Este desdoblamiento de la función, que es una cosa, y del órgano, cuyo estatuto se reduce a un derecho real sobre la función (y las facultades activas que ésta implica), puede introducirse dondequiera. En la organización administrativa, por ejemplo, existe una competencia de los órganos administrativos, de las asambleas deliberantes lo mismo que de los órganos ejecutivos; recibe el nombre de atribuciones. El conjunto de las atribuciones de un órgano constituye una función; el órgano tiene un derecho sobre esa función, un derecho de naturaleza real, y ese derecho constituye su estatuto. Nuestro Derecho Administrativo reconoce que la violación de esos derechos estatutarios de un órgano por la autoridad superior, justifica el recurso por extralimitación de poder, y numerosas decisiones han anulado actos de los Prefectos y del Jefe del Estado, que habían violado las atribuciones de los Consejos Generales, de los Concejos Municipales o de los Alcaldes. En la doctrina alemana, que quiere reducir todas las relaciones de derecho público al funcionamiento de las personas morales, se encuentra uno muy perplejo para explicar el estatuto de los órganos. Se establece en principio que los órganos no tienen derecho a su propia competencia, que todos los derechos a la competencia radican en la persona moral que los órganos representan, y ello porque se considera, con razón, inadmisible que un órgano pueda hacer valer derechos *sobre la persona* cuya voluntad contribuye a crear. Pero la cuestión ha sido mal planteada. No se trata de atribuir a los órganos derechos sobre la persona moral que representan; las facultades que constituyen la competencia de un órgano no residen en él, sino en su función; no es sino indirectamente y por intermedio de las facultades activas de su función, como el órgano obra sobre la persona moral. Hay dos cosas distintas: el estatuto del órgano y la actividad de la función. Y, sin duda, el estatuto del órgano le da derecho real a la actividad de su función, y la actividad de la función, a su turno, reacciona sobre la persona moral; lo cual no es la misma cosa que si se di-

jera: el órgano tiene un derecho potestativo sobre la persona moral. Estriba esta diferencia fundamental en que el derecho real obra a la manera de un derecho *oponible a todos,* a la persona moral o a los demás órganos de ésta, lo mismo que a todos los miembros de la institución, y no a la manera de un derecho de *dominio.* El derecho está lleno de tales distinciones sutiles, que sirven para evitar conflictos y choques, y que, en realidad, los evitan. El concepto de la función, considerada como una cosa, del estatuto del funcionario o del órgano considerado como un derecho real sobre la función, es una almohadilla interpuesta entre el órgano y la persona moral, y en realidad, entre los diversos órganos. Es una almohadilla eficaz, porque nada satisface tánto a los hombres y aun a los colegios o a las corporaciones, como el sentimiento de una propiedad oponible a todos.

No soy enemigo del concepto subjetivo de la personalidad moral en las instituciones: todo lo contrario; pero considero que ese concepto tiene límites, y que se le pone en peligro al quererlo utilizar dondequiera. La personalidad moral abarca la vida de relación entre individualidades que puedan considerarse, la una con respecto a la otra, como partes en las operaciones del comercio jurídico. Hé aquí el dominio propio de la personalidad moral, y conviene no sacarla de él. En todo lo que signifique relaciones de sujeción, relaciones de dominio, vía de autoridad, dondequiera que las individualidades enfrentadas, en lugar de ser partes, son órganos o súbditos, la personalidad subjetiva nada tiene qué hacer. Al contrario, hay que pasar al punto de vista objetivo: hay situaciones que se crean, funciones que se organizan, estatutos que de ellas dimanan para los individuos; eso es todo. Además, esa concepción objetiva está más cerca de los hechos, es al mismo tiempo más comprensible, ya que la sutileza de las construcciones subjetivas en el dominio de las relaciones de sujeción les da una carácter ingrato.

Se dirá que la construcción objetiva de las funciones y de los estatutos, en la cual culmina una legislación estatutaria, como en su objeto natural no carece ciertamente de mérito, pero que sería interesante saber si existe alguna relación entre ese resultado y el procedimiento de formación de las reglas estatutarias. Por una parte, la regla estatutaria comprueba o define situaciones de derecho real; por otra parte, la regla estatutaria procede también por adhesión a los hechos. ¿Hay alguna relación entre esos dos fenómenos?

La hay, evidentemente: los relaciona la circunstancia de que ambos son objetivos. Si las competencias, que define una regla estatutaria, no tienen por qué referirse a una personalidad moral colectiva, tampoco tiene por qué referirse la regla estatutaria misma. Ninguna ventaja vemos en decir que los estatutos de una corporación son obra de esa corporación o de la voluntad corporativa. Sólo inconvenientes vemos en decir que la ley es obra de la voluntad subjetiva del Estado. Se ha abusado de esas afirmaciones metafísicas, y en este punto han dado precisamente en el clavo las críticas de Léon Duguit en su libro *El Estado, el derecho objetivo y la ley positiva.* Se ha incurrido en el error de dar una base insuficiente a la regla de derecho objetivo, y de no abrir campo a las funciones y a las cosas al lado del individuo.

Ese campo, me esfuerzo por abrirlo con la teoría de la institución y con la importancia restituída al hecho. Es en el hecho objetivo donde comulgan el objeto del derecho estatutario y su procedimiento de formación. Ello es evidente respecto de la formación consuetudinaria, y es no menos verdadero respecto de la formación por el mecanismo deliberante. M. Esmein lo observa en un pasaje que ya hemos citado: los actos cumplidos por un funcionario en el ejercicio de su función, sub-

sisten por sí mismos. Porque subsisten por sí mismos es por lo que las adhesiones estatutarias son posibles en la operación deliberativa, cuyo procedimiento implica varios actos sucesivos, que se incorporan unos a otros por accesión. Ahora bien: si los actos de la función subsisten por sí mismos, ¿no será acaso porque se convierten en hechos y adquieren así la objetividad de las cosas?

4—LA COMBINACION DEL ESTATUTO Y DEL CONTRATO

Quien recuerde la comparación entre la operación procedimental y el contrato que hemos hecho anteriormente, no se asombrará de que anunciemos combinaciones entre esas dos figuras jurídicas. Ambas tienen por objeto la ejecución de obras sociales, con la diferencia de que no la regulan de la misma manera. La operación procedimental regula la ejecución de la obra social cumplida, por medio de un procedimiento en que cada acto se convierte en un hecho mediante su ejecución misma; está constituida tanto por un encadenamiento de hechos de consentimiento como por una serie de actos; el procedimiento objetivo es el único vínculo de la operación, cuya unidad no se percibe sino *a posteriori,* y si la operación se cierra con un acto final, ese acto es el que interesa. Al contrario, respecto del contrato, la ejecución de la obra social por cumplir está prevista y regulada de antemano en el contrato, reducida al acto por el contrato, que es un estado de previsión La operación estatutaria es, pues, *a posteriori,* con relación a la ejecución, y, en una amplia medida, impuesta por los hechos de ejecución, está subordinada a la evolución de los hechos, mientras que la operación contractual es *a priori,* y la voluntad humana abriga la pretensión de incluir en ella los hechos de ejecución en actos preconcebidos.

Tarde o temprano ambas formas tenían que combinarse, en el sentido de que se ensayaría someter a la previsión contractual funcionamientos de organismos sociales que, normalmente, no dimanarían sino del derecho estatutario. Fatalmente esas tentativas debían tener buen éxito en parte, fracasar en parte, ante la resistencia de los hechos, de suerte que tenían que rematar en compuestos híbridos.

Tal es lo que ha acontecido en nuestro derecho con las sociedades comerciales por acciones, y también con las asociaciones de la Ley de 1901, que el legislador creyó deber presentar como aprisionadas en un contrato y que se han evadido o se evadirán de esa cárcel.

Como no estoy aquí redactando un tratado sobre la materia, como indico solamente ejemplos para aclarar mi pensamiento, no hablaré sino de las sociedades por acciones, y aún más, no hablaré de ellas como un especialista en Derecho Comercial, que se preocupara por dilucidar todos los puntos oscuros. Mi falta de competencia, las proporciones de este artículo, me impedirán entrar en detalles. Señalaré analogías que me parezcan interesantes para la teoría del derecho estatutario en Derecho Público, y pediré simplemente a mis sabios colegas de Derecho Comercial que se dignen examinar a su turno la adaptación posible de esta teoría estatutaria al Derecho Comercial.

El artículo 18 del Código de Comercio clasifica las sociedades comerciales entre los contratos, y las refiere a los contratos del Derecho Civil; la Ley del 24 de julio de 1867 ya no enuncia el término de contrato y habla solamente del acto constitutivo de la sociedad. Pero, durante largos años, en la doctrina de la jurisprudencia francesa, nadie parece haber puesto en duda que la vida de una sociedad esté íntegramente incluida en una esfera contractual; los estatutos iniciales de la sociedad son un contrato, la suscripción de los accionistas es un contrato; las asambleas de accionistas funcionan en virtud de los estatutos,

y, por consiguiente, en virtud de un contrato. Sin duda las asambleas deciden por mayoría de votos, pero siempre en virtud de un contrato; sin duda, son posibles algunas modificaciones de los estatutos, pero dentro de los límites del contrato primitivo. Las relaciones entre la sociedad y los accionistas son contractuales; hay, empero, un punto oscuro y es el nacimiento del sér moral y el papel desempeñado por los fundadores. Pero, ¿cuál es la teoría que no ofrece alguna laguna? Se prescinde de ésta y se refiere todo al contrato. Esa teoría contractual dominó hasta 1893.

A partir de entonces, esa teoría ha sufrido ataques que la han obligado a retrogadar. Por una parte, bajo la presión de las necesidades, la jurisprudencia se ha visto obligada a admitir que la asamblea de accionistas puede, por mayoría de votos, modificar los estatutos y hacer evolucionar la sociedad fuera de las previsiones de los estatutos primitivos, por consiguiente, fuera del contrato; y, abundando en el mismo parecer, el legislador, por una Ley del 16 de noviembre de 1903, que modifica el artículo 34 del Código de Comercio, amplía singularmente los poderes de la asamblea general, que llega a ser autónoma, salvo prohibición expresa y directa de los estatutos iniciales.

Por otra parte, en la misma época M. Thaller introdujo en Francia las teorías alemanas sobre la fundación de las personas morales y sobre los estatutos considerados como reglamentos autónomos de las personas morales. Es sabido que según esas teorías la persona moral se funda por sí misma, los actos de fundación se cumplen en su nombre y por sí misma establece sus estatutos. Verdadera o falsa, esa explicación tenía por resultado sacar de la esfera contractual la fundación de la sociedad y los estatutos.

Esas modificaciones de la jurisprudencia y esas teorías nuevas produjeron poco a poco su efecto, y hoy la teoría contractual de la sociedad por acciones ha retrocedido a una segunda línea de defensa. Se admite un dualismo. Hay contrato en esa institución, pero hay también derecho estatutario o de mayoría, que está fuera del contrato. El límite de los poderes de la asamblea de accionistas se encuentra en los derechos individuales de los asociados o *sonderrechte*. Este desarrollo doctrinal es muy interesante en cuanto aproxima esa corporación de derecho privado, que es la sociedad por acciones, a las corporaciones de derecho público y especialmente al Estado. Pero esos derechos propios del accionista se consideran como fundados en el contrato celebrado entre la sociedad, persona moral, y cada uno de los accionistas, es decir, en el contrato de suscripción. Así, el elemento contractual (reducido al contrato de suscripción) desempeñaría aún el papel de servir de límite a los poderes del elemento estatutario, sirviendo de base a los derechos individuales de los accionistas.

Lo digo muy claro, examinada a la luz del Derecho Público, tal posición es inestable, porque no es otra cosa que el enunciado de un contrato social, más todavía de un contrato social trunco, porque se admite que los derechos del accionista provienen de un contrato celebrado con la sociedad mientras que los derechos de la sociedad no provendrían del mismo contrato.

En sí, el enunciado de una situación contractual entre una colectividad y los miembros de esa colectividad para constituir las relaciones de uno de los términos con el otro, es incomprensible en cuanto los dos términos no son partes que puedan oponerse la una a la otra, sino elementos de un mismo todo orgánico. No es posible imaginar un contrato entre la cabeza y la mano, ni un compromiso jurídico entre el corazón y la cabeza para establecer sus relaciones orgánicas.

La teoría de la personalidad moral suministraría una explicación más lógica de los derechos propios de los accionistas considerándolos como

concesiones de la sociedad, así como explica los derechos individuales de los ciudadanos como una concesión del Estado. Personalmente, deseo descartar de todas esas relaciones internas, que no implican comercio jurídico, la intervención de la personalidad moral. Una cosa es la organización de la individualidad objetiva de las instituciones; otra, el campo de su personalidad subjetiva. Vamos a ver si los *sonderrechte* del accionista se explicarían mucho mejor aún por la teoría del derecho estatutario, del estatuto y del derecho real, y si, por consiguiente, el concepto contractual debe ser rechazado también de esa segunda línea de trincheras.

Ante todo, lo que hay en la sociedad por acciones de incontestablemente estatutario, es decir, la fundación misma del organismo social y el funcionamiento de las asambleas de accionistas, se explica fácilmente en nuestra teoría de la operación de procedimiento, constituída por una serie de hechos objetivos y de adhesiones a esos hechos. Existen un procedimiento objetivo de la fundación de las sociedades y un procedimiento de las sociedades; en el interior de esos procedimientos se producen hechos, a los cuales adhieren los accionistas. Por lo que toca al mecanismo de las asambleas de accionistas y al valor jurídico de las deliberaciones adoptadas por mayoría de votos, no tenemos sino que referirnos textualmente a las explicaciones suministradas atrás. Ninguna razón vemos para distinguir entre la deliberación de una asamblea administrativa y la deliberación de una asamblea de sociedad comercial, desde luégo que en ambas existe un procedimiento externo de la deliberación; la decisión de la mayoría, en virtud del curso de ese procedimiento, se convierte en un hecho jurídico al que después adhieren los accionistas, a menos que ataquen esa deliberación o a menos que vendan sus acciones. En cuanto a la fundación de la sociedad, se trata de un fenómeno del mismo orden. Los fundadores toman la iniciativa de esa fundación cumpliendo un acto jurídico previsto por un procedimiento y seguido de cierto número de hechos de ejecución (suscripción íntegra del capital social, desembolso de la cuarta parte del valor de cada acción, declaración ante notario del estado de los desembolsos y de las suscripciones y depósito de los estatutos ante el mismo funcionario, verificación y aprobación por la asamblea general de accionistas de los aportes en especie y de las prerrogativas especiales, designación por la asamblea general de los primeros funcionarios y verificación de la realidad de las suscripciones y de los desembolsos). A medida que el acto de la fundación se ejecuta así según el procedimiento del período constitutivo, se convierte en un hecho al cual adhieren los accionistas, y ese hecho no es otra cosa que la individualidad objetiva de la sociedad fundada —digo la individualidad objetiva y no la personalidad moral—, pues he advertido ya varias veces que no me ocuparía aquí de la personalidad moral. Son dos órdenes de ideas distintos y hay que hacer penetrar bien en el espíritu el concepto de que, bajo la personalidad moral de los organismos colectivos, existe una individualidad objetiva cuya construcción jurídica es importante, así como bajo la personalidad moral humana existe una individualidad física. Hé aquí, pues, cómo se crea objetivamente el organismo social, y por lo que respecta a los fundadores, han obrado ellos en virtud de un derecho de "autonomía," como lo ha comprendido perfectamente Karlowa. Esos fundadores no tienen, por lo demás, nada de común con los accionistas; no son miembros de la sociedad creada, y *las cuotas de fundadores,* con las cuales se les remunera, no representan sino descuentos previos de los beneficios y no partes del capital social, a lo menos según la opinión comúnmente aceptada. Se recompensa de esta manera lo que ha sido de parte de ellos un acto, pero que no es ya sino un hecho histórico, un hecho del cual

ignoro; toca a los especialistas en Derecho Comercial hacer investigaciones a este respecto. Me limito a señalar para qué no sirve y para qué no debe servir el contrato.

Lo único que me llama la atención es el hecho de que los fundadores de la sociedad, cuyo papel efímero se agota al terminar el período constitutivo, puedan celebrar entre sí un contrato formal o aun acordar una sociedad en lugar de limitarse a un convenio de hecho. M. Valery acaba de admitir la hipótesis de un contrato entre los portadores de cuotas y los accionistas (y no entre los portadores y la sociedad) para explicar el descuento previo o deducción de los beneficios que operan las cuotas de los fundadores. ¿Por qué no admitir también que existe un contrato *entre los accionistas,* cuyos objetos serían los siguientes: 1º, determinar el grupo de asociados y crear entre ellos un vínculo, por leve que sea; 2º, preparar, como acaba de decirse anteriormente, la ocupación de las acciones por medio de la suscripción; 3º, regular algunas cosas que no implican la existencia del ser social colectivo, por ejemplo, ciertos detalles de liquidación después de la disolución? No son éstas evidentemente sino meras indicaciones. Es muy escasa la solidaridad entre los accionistas de una misma sociedad por acciones, pero materia es ésta susceptible de desarrollo. En todo caso, si la solidaridad entre los asociados está reducida al mínimum en las sociedades por acciones, va cobrando fuerza en las sociedades de personas que constituyen cuando menos organismos colectivos. Hay que distinguir, pues, entre la línea del ser colectivo, que no es contractual, y la línea de la solidaridad entre asociados, que puede admitirse como contractual; son dos líneas paralelas, más pronunciadas aquí que allá, pero cuya huella es posible seguir dondequiera.

Resumiendo: la situación contractual únicamente entre los accionistas; la situación estatutaria, ora en lo que respecta a la organización de la sociedad, ora en lo que toca a las relaciones del accionista con la sociedad, ora en lo que atañe al fundamento de los derechos propios del accionista, tal sería la solución lógica del problema, de aplicarse nuestros principios.

TEXAS PETROLEUM COMPANY
BOGOTA
No. 256

la sociedad se aleja cada vez más a medida que va franqueando el período constitutivo.

Esto sentado, examinemos la situación jurídica de los accionistas con relación a la sociedad y el fundamento de sus derechos propios, sin tener en cuenta un contrato celebrado entre cada uno de ellos y la persona moral, porque descartamos el punto de vista de la persona moral. Cada accionista se encuentra en la situación de alguien que ha adherido a un hecho. Ha adherido, ora suscribiendo una acción, ora comprándola en la bolsa; se encuentra, pues, en una situación a base de hecho; tiene un estatuto real que consiste en ser titular o portador de una acción, sobre la cual tiene un derecho de propiedad, y es en esta acción en donde están concentrados en realidad, a título de facultades inherentes a esa especie de cosas, los derechos que se llaman derechos individuales, o los derechos propios, o los *sonderrechte*. Que se recorra la lista generalmente admitida de esos derechos: derecho a la calidad de miembro de la sociedad, derecho a la igualdad de tratamiento, derecho de cesión y de negociación de títulos, derecho de voto, derecho a la repartición de los beneficios, y se llegará al convencimiento de que esos derechos pueden concebirse como inherentes a la acción misma, a la cosa, con tanto mayor razón cuanto que se adquieren y se transmiten con ella.

Por lo demás, en la doctrina generalmente admitida, nadie se niega a admitir que los derechos propios del accionista estén vinculados a la acción, pero se estima que la acción misma ha sido adquirida por el accionista en virtud de un contrato celebrado con la persona moral. En cuanto a mí, digo: la acción es una cosa creada de hecho; si el accionista compra la acción en la bolsa, no media contrato sino con el vendedor; si la adquiere por suscripción, esa operación de suscripción oculta un fenómeno de ocupación bajo apariencias contractuales, combinación que se produce frecuentemente en las relaciones internacionales, cuando las grandes potencias se reparten territorios coloniales, a los cuales ninguna de ellas tiene derecho anterior. En nuestro caso, los suscriptores, en virtud de un contrato que celebran entre sí o con los fundadores, se reparten las acciones de una sociedad que todavía les es extraña, y, en realidad, ese contrato entre terceros es el preludio de la ocupación de la cosa.

La condición jurídica de los accionistas es, pues, exactamente la misma que la de los órganos de una administración pública o que la de los ciudadanos o súbditos de un Estado, condiciones analizadas atrás. Ella se resuelve en la posesión de una cosa, es decir, de una situación o de una función que está dotada de facultades activas, y esas mismas facultades activas son oponibles a todos, a la manera del derecho real.

Lo cual no quiere decir que entre la sociedad y el accionista no puedan existir relaciones de derecho de crédito. Así, no es dudoso que el accionista debe a la sociedad el valor de su aporte, mientras no lo haya desembolsado íntegramente, lo mismo que la sociedad le debe su parte de dividendos; y aun en esas relaciones aparece la personalidad jurídica de la sociedad. Pero ya no nos encontramos en la serie de relaciones que se refieren a la constitución o a la organización de la sociedad; estamos, al contrario, en la serie de relaciones que se refieren al comercio jurídico emprendido por la sociedad, a la gestión de empresas sociales y, en esta etapa, los accionistas no son ya miembros de la sociedad sino colaboradores y partícipes. Para explicar esas relaciones de crédito, no es siquiera necesario hacer intervenir el contrato, porque ellas dimanan de la sola gestión.

Entonces, ¿qué se hace del contrato en la sociedad por acciones? ¿En qué apartado dominio se refugia? ¿Para qué sirve? En cuanto a mí, lo

ESTUDIOS JURIDICOS

BIBLIOGRAFIA

Nota bibliográfica

Por el doctor
CESAR JULIO RODRIGUEZ
Fiscal del Tribunal
Administrativo de Bogotá

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Director, Guillermo Neira Matéus. Año XII. Números 133 y 134. Comprenden el primer semestre de 1937. Imprenta Nacional. La publicación seguirá trimestral.

El contenido de esta entrega es muy importante, y trata de las siguientes materias: *I. Efectos civiles del matrimonio católico. A quién corresponde la ordenación de dichos efectos.* Se reproducen en la *Revista* las piezas relativas al título transcrito, tomadas de la *Memoria* del señor Ministro de Gobierno al Congreso de 1936. Se anota que se hace la reproducción "porque las piezas encierran un profundo y sesudo estudio de altísima trascendencia social y de capital importancia jurídica." Es acertado el concepto de la *Revista.* Es precisamente el que se deriva de la consideración de los documentos alusivos que en ella se reproducen. Están indicados los documentos para apreciar la tesis controvertida entre la Potestad Eclesiástica y la Potestad Civil, y para determinar, por consiguiente, la posición jurídica en que una y otra se colocan. Originó el conflicto la solicitud que hizo el señor Viceprovisor de la Curia Primada para que el Ministerio ordenara la ejecución de la sentencia en el juicio de divorcio *Quoad thorum et cohabitationem,* seguido y fallado ante el Tribunal Eclesiástico entre los cónyuges X. X. y N. N. El Ministerio resolvió abstenerse de ordenar la ejecución de las dos sentencias proferidas por el Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Bogotá en el juicio de divorcio de que se hizo mención, porque estimó que el decidir sobre los efectos civiles del divorcio invadió la esfera de la Potestad Civil, a la que le corresponde definirlo, como una de las más importantes atribuciones de la soberanía nacional. No aceptó la Potestad Eclesiástica los puntos de vista del Ministerio. Una y otra entidad han apurado sus argumentaciones, las citas de las disposiciones que han creído pertinentes: concordatarias, de Derecho Canónico, de Derecho Civil, doctrina de los Sumos Pontífices, de graves expositores, y se han procurado el concepto de juristas expertos y eruditos. Todos estos documentos proporcionan una buena lección de doctrina y de hermenéutica.

II. La grafología a la luz de las pruebas judiciales. Conferencia dictada por el señor académico de número doctor Miguel Aguilera. La devoción del doctor Miguel Aguilera por el estudio de la grafología ha sido indudable. Nadie como él, entre nosotros, se ha preocupado tánto por el estudio de los problemas de que ella trata. Está muy al corriente de las orientaciones actuales en la materia. Sus estudios lo han llevado a formarse un criterio propio, que es precisamente el que se revela en la conferencia. Su mayor empeño ha sido el de colocar la grafología en el lugar que le corresponde. El ambiente de los Tribunales de justicia ha sido hostil —despectivo cuando menos—, respecto de la grafología. En libertarla de ese ambiente se ha esforzado el doctor Agui-

lera. Pueden verse sus exposiciones periciales y además la *Revista grafológica* por él fundada.

III. Memorándum sobre el proyecto de revisión del Código Terrestre. Importante trabajo del reputado jurista y profesor americano doctor Ph. J. Eder. El doctor Ph. J. Eder, en carta al doctor Horacio Hernández, le avisa de New York el envío de algunas notas en relación con el proyecto de revisión del Código de Comercio. Contienen las notas advertencias valiosas, por ejemplo: *"a)* La alta conveniencia de abolir en cuanto sea factible, la distinción actual entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil..... *b)* Se debe derogar expresamente en el artículo final de la Ley, además del Código antiguo, las disposiciones contradictorias de las leyes reformadas, del Código Civil y del Código Judicial, y no adoptar la costumbre viciosa empleada por muchas legislaturas de decir que quedan derogadas las disposiciones en conflicto. *e)* El punto *b)* de la 3ª de las observaciones generales, que dice: "Adaptar la ley a las prácticas comerciales actuales, y no copiar servilmente legislaciones extranjeras." Considero las dos series de notas del profesor Eder la contribución más sustanciosa que se haya presentado para el proyecto del Código de Comercio. Ojalá el señor Eder cumpla la promesa de enviar mayores detalles.

IV. Comunicación de los doctores Horacio Hernández y Mauricio Mackenzie, quienes forman la Comisión de Estudio designada por la honorable Academia, sobre la primera serie de conclusiones a que ha llegado la Comisión Revisora del Código de Comercio Terrestre, o sea hasta el artículo 51 del nuevo proyecto, que es la parte que conocen los informantes. Formulan sobre ella algunas observaciones importantes. Destaco las siguientes: *a) "No sería infructuosa para los señores miembros de la Comisión Revisora la atenta lectura de los conceptos emitidos por el reputado jurista y profesor americano doctor Ph. J. Eder, y que éste remitió al doctor Horacio Hernández. Tenemos el gusto de acompañar una copia de tal estudio. b)* Más conveniente para el mejor acierto en nuestra labor, sería el esperar que la Comisión terminara su trabajo, para luégo verificar nosotros el estudio general del proyecto integralmente presentado, ya que así enfocamos en forma global todo el articulado, sirviéndonos algunas disposiciones de complemento e interpretación de otras. Criticar o estudiar por partes nos expondría a enderezar glosas injustas o emitir conceptos que podrían tenerse como errados, por no conocer precisamente el trabajo de la Comisión Revisora." *Tiene razón sobrada la Comisión informante. Un código, que ha de ser una obra de arte, no puede apreciarse sino como se aprecia un monumento.*

V. Informe de la Comisión Revisora del Código de Comercio al Gobierno Nacional. Comprende el informe: Libro Primero.—De las personas del comercio.— Libro Segundo.—De los actos, contratos, obligaciones e instituciones mercantiles.—Título del contrato de sociedad—Capítulo I. De las sociedades en general—Capítulo II—De las sociedades anónimas. Sección Primera. Del Contrato Social. Llega hasta el artículo 81. Se reserva el comentario para cuando el trabajo de la Comisión Revisora haya terminado. Es de desearse que el trabajo de la Comisión Revisora entrañe una reforma *radical,* que englobe toda la materia, y al cual no pueda aplicarse en relación con el Código viejo, el aforismo francés: *Plus ça change, plus c'est la meme chose.*

VI. Del pacto comisorio. Trabajo presentado por el doctor Ernesto Herrera Gómez, al posesionarse como miembro correspondiente de la Academia el día 14 de mayo de 1936. El expositor sostiene: "Consideramos que el Pacto Comisorio tiene efectos distintos a los de la condición resolutoria tácita y a la condición resolutoria expresa; el ven-

dedor se perjudicaría enormemente si se prescindiera del pacto comisorio, porque al estudiar los efectos de la condición resolutoria expresa, sin tener en cuenta el pacto comisorio, el contrato de compraventa se resolvería de pleno derecho, ya que ella es estipulada por las partes, y no sería necesario requerimiento para el pago ni demanda judicial." En lo transcrito está expuesta la tesis del doctor Herrera Gómez. Su exposición revela preparación jurídica.

VII. Interpretación de la ley. Conferencia dictada por el doctor Justo Díaz Rodríguez para posesionarse como miembro correspondiente de la Academia, el día 18 de mayo de 1936. Las líneas siguientes informan el criterio del conferencista y el espíritu de su conferencia: "Intento demostrar que la ley no debe interpretarse con el criterio que pudiera en el tiempo de su expedición, sino atendiendo a las circunstancias del momento en que se aplica, y que sólo con ese criterio podrá dársele una aplicación justa." Está bien orientada la tesis. Hubiera sido deseable —por lo mismo que el punto es germinante— que su autor se hubiera auxiliado con apropiada documentación. Libros buenos le hubieran sobrado, antiguos y modernos, entre los primeros el de las "Sentencias del buen Juez Magnaud," el ilustre Magistrado de Chateau Thierry, Francia, publicado hace años; es, no obstante, un bello ejemplar de doctrina vigente.

VIII. Conferencia dictada por el profesor doctor Milciades Cortés, para posesionarse como miembro correspondiente de la Academia, el día 18 de julio de 1936. La teoría de la no retroactividad de la ley en la esfera del constituyente, en la órbita del legislador y en el campo de la aplicación de la ley. En esta exposición, como en todas las suyas, se advierte al doctor Milciades Cortés, al hombre de cátedra, al civilista. Tiene amor a la exposición de las ideas por las ideas mismas. Se deleita en tratarlas por todas sus fases. Formado dentro de los moldes del Derecho clásico, los profesa con devoción. No se aparta de ellos; si por algún caso excepcional se atreve a tal aventura, no será antes de mucho desmenuzar de conceptos y de madura reflexión.

IX. Las alternativas de nuestra legislación monetaria. Discurso pronunciado por el doctor Arturo Tapias Pilonieta en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el día 9 de julio del corriente año, al ser recibido como miembro correspondiente de esa corporación. Se trata de una relación de las disposiciones sobre nuestra legislación y de un comentario discreto de las mismas. Manifiesta el autor: "..... esta ha sido a grandes rasgos la trayectoria de la legislación colombiana sobre monedas, a partir de hace cincuenta años. Historia accidentada, pero que demuestra ante todo lucha tenaz, persistente, de nuestro pueblo contra los factores económicos que siempre le han sido adversos, por tener una moneda sana, que sea como la palanca creadora de energías e iniciativas fecundantes del trabajo en todas las manifestaciones de la vida."

X. La reforma agraria y el Código Civil colombiano. Estudio jurídico presentado por el doctor Ricardo Gutiérrez Mejía, con motivo de su recepción como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, verificada el día 23 de julio de 1936. El título del estudio engloba todos los puntos sobre que versa su exposición. A ellos la circunscribió. Desempeñó su labor como buen jurista. Anota el expositor dos puntos: "Para desarrollar un estudio sobre el tema de la reforma agraria ante nuestras instituciones civiles, que no asuma carácter de labor abstracta y especulativa de generalización, hemos creído oportuno referirnos al proyecto presentado por el Gobierno Nacional al Congreso, en sus sesiones de 1935, que no alcanzó a ser ley de la República." Se atuvo el autor como criterio al de la sentencia latina *In medio stat virtus.* Es decir, está equidistante de los extremos.

XI. Responsabilidad civil del denunciante en materia criminal. Conferencia dictada por el doctor Rafael Madero, para posesionarse como miembro correspondiente de la Academia, el día 30 de julio de 1936. Esta conferencia es un comentario al artículo 1613 del Código de Procedimiento Criminal, con referencia a los artículos 1614 y 1615 ibídem, y al 2356 del Código Civil, que trata de la responsabilidad común por los delitos y las culpas. Revela el estudio del doctor Rafael Madero al comentarista especializado.

XII. Algunos comentarios sobre la Ley 10 de 1934. Conferencia dictada por el doctor Gerardo Melguizo para posesionarse como miembro correspondiente de la Academia, el día 6 de agosto de 1936. Es un análisis de la Ley 10 de 1934 en la parte que se refiere a empleados públicos. A muchos estudios ha dado ocasión esta Ley, algunos muy importantes. La noción de su retroactividad y de su irretroactividad ha sido trajinada desde todos los puntos de vista. El conferencista ha expuesto, con abundancia de documentos, las dudas que la Ley origina en cuanto a su interpretación, y conceptúa: "..... cumple al legislador, al dictar la ley interpretativa, pesar y meditar si la retroactividad no conculca estatutos fundamentales ni lesiona derechos adquiridos, y decidir, en vista de estas múltiples circunstancias, si el pasado debe quedar amparado en esos derechos, o si sobre ellos deben primar los de nueva creación." Este estudio revela criterio muy propio.

XIII. La Ley de Empleados y su retroactividad. Estudio del académico de número doctor Guillermo Neira Matéus. Tiene el estudio por objeto hacer algunos reparos a los argumentos que se han traído para sostener la irretroactividad de la Ley 10 de 1934. Es un estudio netamente jurídico, fundado en los razonamientos que se imponen como consecuencia ineludible de la aplicación del criterio social que ha de privar en la interpretación de las leyes.

XIV. Una invitación al estudio del Derecho Administrativo colombiano. Conferencia dictada por el doctor Rafael Quiñones Neira para posesionarse como miembro correspondiente de la Academia, el día 27 de agosto de 1936. Respecto de esta conferencia el autor de estas notas advirtió en la nota editorial de la *Revista Contencioso-Administrativa del Tribunal de Bogotá,* lo siguiente: "En su exposición coloca en su punto —a mi manera de comprender— la necesidad de su estudio y el estado en que se encuentra."

XV. La propiedad de la tierra. Conferencia por el doctor Antonio José Pantoja, para posesionarse como miembro correspondiente de la Academia, el día 8 de octubre de 1936. La opinión del conferencista respecto de la Ley que se ha llamado de Reforma Agraria, puede condensarse en el párrafo final, que dice: "Aspiran nuestros legisladores a dotar al país de un estatuto legal calcado sobre simples doctrinas, muchas de las cuales no se han consolidado aún en la conciencia jurídica universal, y menos todavía en las ideas dominantes entre nosotros."

Nota—Por falta de tiempo no figura en este número el trabajo en preparación sobre el importante libro "Estudios de Derecho Privado, del doctor Amenodoro Rangel Lamus," expositor venezolano, recientemente enviado por su autor a la Dirección de los *Anales* del Consejo. Se agradece el envío, bajo promesa de publicar en el número siguiente de los *Anales* el estudio correspondiente. El contenido del libro, como puede verse en el índice —salvo poquísimos títulos—, considera los mismos problemas de Derecho Privado nuestros. Ofrece interés un estudio comparativo.

República de Colombia

Anales del Consejo de Estado

Relator: Carlos Valencia Estrada

AÑO XX – TOMO XXXII
NUMEROS 263 A 265

Bogotá – Imprenta Nacional – 1938

"a) La bomba o estación de servicio deberá ser construída en un local que permita la entrada, estacionamiento y salida de los vehículos, sin entorpecer el tránsito ni disminuír el área libre de circulación de las vías públicas;

"b) Los planos y especificaciones para la construcción, a más de llenar las prescripciones del Código de Edificaciones, necesitan para su aprobación el cumplimiento de las disposiciones de este Decreto.

"Artículo 2º Dentro de un término improrrogable de noventa días, se procederá a cerrar los establecimientos de expendio o depósito de gasolina que no llenen los requisitos anteriores.

"Artículo 3º Las infracciones a lo dispuesto en el presente Decreto serán sancionadas con multas sucesivas hasta de cincuenta pesos ($ 50)."

Ahora bien: el artículo 183 del Código de Régimen Político y Municipal dispone:

"El Alcalde es jefe de la Administración Pública en el Municipio, ejecutor de los acuerdos del Concejo y agente inmediato del Prefecto. El Alcalde es, además, jefe superior de policía en el territorio de su jurisdicción."

Y el artículo 184 del mismo Código, al enunciar las atribuciones de los Alcaldes, dice lo siguiente:

"8º Cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos que estén en vigor."

El Alcalde es, pues, un simple ejecutor de las disposiciones tomadas por el Concejo, al cual corresponde, según los artículos 143, 145 y 169, numeral 11, de la referida Ley 4ª de 1913, "la administración de los intereses del Municipio," "arreglar los detalles de la administración" y "acordar lo conveniente a la mejora, moralidad y prosperidad del Municipio." No hay precepto alguno que le atribuya la facultad de tomar una iniciativa como la que se contiene en el Decreto acusado, cuya índole misma, por establecer normas de carácter general, que van a alterar las condiciones dentro de las cuales ejercen determinadas actividades lícitas los ciudadanos, corresponde al cuerpo deliberante municipal, puesto que el Alcalde, a quien le ha sido atribuida la "administración activa," como dicen los expositores, debe solamente poner en marcha las normas administrativas por medio de actos, y exigir de los particulares el cumplimiento de las reglas de derecho. Sin que pueda argüirse que sus funciones de jefe de policía capacitan al Alcalde para dictar decretos como el que se comenta, pues aquel carácter lo habilita únicamente para hacer ejecutar las disposiciones de policía, materia cuya regulación ha sido también confiada por la ley a los Concejos, en el orden municipal (numeral 5º, artículo 169, Ley 4ª).

Bastarían, pues, las observaciones anteriores para comprender que la providencia acusada extralimita las facultades legales de los Alcaldes y constituye precisamente lo que se llama en la doctrina un abuso de poder.

Pero hay, además, la circunstancia de que el Decreto número 19 reproduce, como ya se dijo, disposiciones dictadas con anterioridad por el Cabildo y que después de amplia deliberación fueron suprimidas por el mismo Concejo.

En efecto: el Acuerdo número 159 de 1931 decía así, en su artículo 2º:

"La colocación de dichas bombas (las de gasolina), sólo podrá hacerse dejando un espacio libre no menor de cuatro metros en todo el frente, a partir del hilo de la plaza, parque, calle o camino anexos; tendrá dos espacios separados para entrada y salida de los vehículos, a fin de que

Anales del Consejo de Estado

RELATOR: CARLOS VALENCIA ESTRADA

AÑO XX — TOMO XXXII — Nros. 263 a 265 BOGOTA, ENERO A MARZO DE 1938

Facultades de los Alcaldes

CONSEJO DE ESTADO Biblioteca

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

La voluntad del Alcalde de sustraerse al cumplimiento de un acuerdo, y de impedir su ejecución, hace más grave la violación de la ley, puesto que todo Alcalde es ejecutor de los acuerdos, y está obligado a hacerlos cumplir por los particulares.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

El doctor Bernardo Echeverri inició, dentro del término legal, ante el Tribunal Administrativo de Medellín, juicio de nulidad contra el Decreto número 19 de 1936, expedido por la Alcaldía del lugar, y por el cual se reglamenta la instalación de bombas y depósitos de gasolina. El doctor Echeverri intentó la acción privada, como apoderado de la casa comercial Mejía Hermanos, de Medellín, y la acción pública, obrando en su propio nombre.

Al admitir la demanda, el Tribunal Seccional ordenó la suspensión provisional del Decreto, como lo había solicitado el actor.

Y más tarde, al desatar en primera instancia la litis, declaró la nulidad del acto demandado. A virtud de apelación interpuesta por los señores Fiscal 1º del Tribunal Superior y Personero de la ciudad de Medellín, ha venido el negocio al Consejo de Estado, y una vez cumplidos todos los trámites señalados por la ley, ha llegado el momento de fallar el asunto, a lo cual procede el Consejo, con fundamento en las consideraciones siguientes:

Se objeta el Decreto del Alcalde de Medellín, que reproduce casi textualmente las disposiciones de un acuerdo del Concejo Municipal, derogado por esta misma entidad, como ilegal y violatorio de derechos civiles. Y se aducen en apoyo de la petición de nulidad, los artículos 31, 44 y 57 de la Constitución, el 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, las disposiciones del Código Político y Municipal, que fijan las atribuciones de los Alcaldes, y el artículo 18 de la Ley 153 de 1887.

Dice así el Decreto:

"Artículo 1º En lo sucesivo no se permitirá la instalación y funcionamiento de bombas de gasolina ni depósitos de este combustible, que no llenen los siguientes requisitos:

Noción jurídica de la jurisdicción

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Deducir un alcance es reconocer y declarar un crédito a favor del Estado y en contra de un particular; y, por lo tanto, es declarar el derecho de una de las partes dentro de un proceso contencioso. Y esto es precisamente lo que los jurisconsultos latinos llamaron jus dicere, palabras de donde se derivó jurisdictio, que ha pasado al derecho moderno y a los idiomas europeos sin alteración ninguna fundamental de su significado.

Constatar situaciones jurídicas con fuerza de verdad legal es lo que hace un Contralor Departamental al fenecer una cuenta o al declarar un alcance. Ser juez de cuentas es administrar justicia, aplicar la ley a los casos particulares.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiséis de enero de mil novecientos treinta y ocho.

Por medio de escrito fechado el veintiuno de abril de mil novecientos treinta y siete, el doctor Claudio M. Blanco J. demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, y en ejercicio de la acción pública de nulidad, el registro de escrutinio, "el escrutinio mismo y la consiguiente declaratoria de elección," hechos por el Consejo Electoral del Atlántico y referentes al renglón de candidatos para Representantes al Congreso Nacional por el Distrito Electoral de Barranquilla, compuesto por los señores Diógenes Baca Gómez, Manuel R. Manotas y Rafael Olano M. Solicitó a la vez que, previos los trámites del caso, fueran escrutados y declarados electos Representantes, como principal, primero y segundo suplentes, los señores Antonio J. Pantoja, Juan Berdugo y Guillermo Acosta, cuyos nombres formaban el segundo renglón de la lista de candidatos encabezada por el doctor J. M. Blanco Núñez, y quienes obtuvieron, en orden descendente de votos, un número mayor que las otras planchas inscritas para el debate eleccionario que se consumó el cuatro de abril del año pasado. Pidió, por último, subsidiariamente, que se ordenara la rectificación del escrutinio demandado, por haber incurrido el Consejo Electoral del Atlántico, en su concepto, en una grave irregularidad al computar y escrutar los votos consignados a favor del señor Manuel R. Manotas.

En derecho fundó el actor su demanda en los artículos 181, 183, 190, 215 y 217 de la Ley 85 de 1916; 1º y 10 de la Ley 7ª de 1932; 45 del Acto legislativo número 3 de 1910; 5º del Acto legislativo número 1º de 1930; 3º, 8º, 46, 47, 48 y concordantes de la Ordenanza 90 de 1935, y 1º de la 47 de 1931, del Atlántico.

Durante el curso del juicio se hicieron reconocer como partes, y actuaron hasta el final, los doctores Diógenes Baca Gómez, Manuel R. Manotas y Antonio J. Pantoja, interesados por diversas razones en el resultado de la litis.

El demandante impugna el escrutinio y la declaratoria de elección a que se contrae su libelo, por dos razones diferentes: Prime a. Por no haber figurado en la lista de candidatos escrutada por el Consejo Electoral sino un solo renglón, o sea el que constituían los s ores Baca Gómez, Manotas y Olano, lo cual estima conio violatorio del régimen de cuociente electoral establecido por la Ley 7ª de 1932. Segunda. Por haber sido computados en el escrutinio los votos emitidos a favor del señor Manuel Roberto Manotas, quien hasta cuatro días antes de la fecha de las elecciones estuvo desempeñando el cargo de Contralor del Departamento. El actor estima, y así lo han sostenido en sus respectivos alegatos él y el doctor Antonio José Pantoja, que la nulidad proveniente de esta causal no sólo debe decretarse contra el mismo señor Manotas, sino que se extiende a las personas que figuraron como principal y segundo suplente en la lista donde se incluyó su nombre.

El Tribunal Administrativo del Atlántico, al dictar sentencia en este litigio, con fecha 12 de julio de 1937, desechó todas las peticiones de la demanda y se negó a decretar la nulidad que se alegaba.

Durante la instancia ante esta corporación, que se inició a virtud de apelación interpuesta por el doctor Claudio M. Blanco, y otorgada por el inferior, el señor Fiscal del Consejo rindió concepto favorable a la segunda de las tesis del demandante, o sea a la nulidad procedente del carácter de Contralor Departamental que tenía el señor Manuel R. Manotas hacia la fecha de las votaciones, estimando también que dicha nulidad abarca todo el renglón de candidatos.

Habiéndose cumplido en el caso de autos todos los trámites propios de esta clase de juicios, y no observándose causal alguna que invalide lo actuado hasta ahora, el Consejo procede a desatar definitivamente la litis, sobre la base de las consideraciones que en seguida se consignan.

Para ordenar la exposición conviene considerar por separado las diversas alegaciones del demandante.

Primera. Conforme a la Ley 7ª de 1932, artículos 1º y 10, y al Acto legislativo número 3 de 1910, artículo 45, no puede inscribirse legalmente un número de renglones de candidatos menor de la mitad del número total de curules por proveer.

En repetidas ocasiones el Consejo de Estado, con razones muy sólidas y que no han sido desvirtuadas hasta ahora, ha sentado jurisprudencia en un sentido nitidamente adverso a esa tesis. No es el caso, por lo tanto, de rectificar el criterio otras veces expuesto. Para dilucidar una vez más la cuestión basta hacer unas breves observaciones:

El objeto social de la ley que estableció en Colombia el sistema que se conoce con el nombre de cuociente electoral, es desarrollar el canon de la representación proporcional de los partidos, establecido por el constituyente.

Se trata por este medio de garantizar los derechos de las minorías, o sea de las agrupaciones políticas que a pesar de tener adeptos para llevar sus voceros a las corporaciones públicas, no logran consignar en los comicios un número de votos suficiente para obtener puesto en tales asambleas por medio de otros regímenes de elección, como el del voto incompleto o el de las Circunscripciones uninominales. Se trata a la vez de dar una equitativa y exacta proporción de curules a todos los partidos, de tal manera que los cuerpos deliberantes del Estado sean un fiel reflejo de los múltiples matices en que se divide la opinión nacional.

Siendo esta la base del sistema, y el objeto que el legislador se propuso al adoptarlo, por imperativo de la conciencia popular, no se com-

prende cómo pudiera haberse establecido una norma que contrariaría tal finalidad y pugna con el criterio adoptado. En efecto: ningún partido puede aspirar en un país democrático a llenar todas las casillas que deben proveerse por medio del sufragio. Pero desde luégo los grupos políticos poco numerosos carecen de motivos para aspirar a semejante resultado. De donde se deduce que no debe imponérseles la obligación de presentar al electorado listas completas de candidatos, pues ello no satisface ninguna necesidad pública y no podría traer sino inconvenientes. De una parte, las minorías se empeñan en llevar brillantes voceros a las asambleas públicas, y no siempre tienen un personal apto para cubrir todos los renglones de principales y suplentes, por lo cual listas mediocres les atraerían descrédito; y de otra parte, lanzar listas completas, con el resultado de no obtener sino una o muy pocas curules, es desalentar y en cierto modo defraudar a las masas. Si lo que se persigue es una exacta representación de los colores políticos, los partidos no deben presentarse sino con un número de candidatos sensiblemente igual a sus fuerzas electorales. Lo contrario sería desvirtuar el espíritu de la reforma.

Se ha dicho en escritos que constan en el expediente que ya sea el voto un derecho o una función social, no debe ejercerse con ilimitada libertad sino dentro de normas inspiradas en el bien colectivo, en la conveniencia general. Y que por eso el electorado debe someterse a limitaciones, como las que el demandante propugna. La tesis es justa y sana en abstracto. Pero ninguna razón se ha expuesto para demostrar la utilidad de imponer la formación de listas completas.

Y de otra parte, la exégesis de los textos citados, por medio de la cual se pretende precisar la intención del legislador, dentro de la hermenéutica tradicional, carece de todo fundamento.

Cosas esencialmente distintas son la inscripción de las listas ante un funcionario público, y las modificaciones o alteraciones que más tarde puedan hacer los sufragantes a esas mismas listas. Los requisitos concebidos y fijados para esas dos operaciones democráticas no pueden, por lo tanto, confundirse. El criterio que gobierna esos hechos diversos no puede ser idéntico.

Ahora bien: aun el análisis más simple del artículo 10 de la Ley 7ª de 1932, indica a las claras que su objeto es reglamentar la actividad de los electores con posterioridad a la inscripción de las listas. Dicho artículo reza:

"No se tomarán en cuenta las tachaduras o supresiones de nombres en una lista y, por consiguiente, el voto que se emita en esas circunstancias se considerará completo a favor de la lista respectiva, a menos que el número de nombres *tachados* o *suprimidos* pase de la mitad del total de candidatos por que debe sufragarse, caso en el cual el voto será nulo."

Desde el momento en que se habla de listas por las cuales se va a sufragar, se entiende que se trata de listas inscritas, pues de lo contrario todos los votos emitidos serían inoperantes. Y si se trata de limitar la libertad de los electores respecto de listas inscritas, es claro que la regla consignada en este artículo no se refiere en manera alguna a la formación e inscripción de las listas. Fuera de que todos los verbos empleados en el texto indican con absoluta nitidez que se trata de actos posteriores a la formalidad de inscribir las planchas ante los Alcaldes. Si fuera aceptable la pura exégesis literal, con independencia del contenido y la significación de las leyes, tal interpretación condenaría por sí sola en este caso la tesis de la demanda.

Por lo que hace a la cita del artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910, que establece la representación proporcional de los partidos, y del artículo 1º de la Ley 7ª de 1932, no se comprende de ninguna ma-

nera cómo haya podido aducirse en apoyo de los conceptos de la demanda, pues tales disposiciones no sólo no contemplan la restricción que en concepto del actor ha consagrado el legislador, sino que contrarían francamente, como ya se ha visto, las argumentaciones expuestas por él.

Segunda alegación de la demanda. No deben computarse ni escrutarse los votos emitidos a favor de un candidato que hacia la fecha de la elección haya ejercido las funciones de Contralor Departamental, pues tal empleo lleva anexa autoridad y jurisdicción, y conforme al artículo 102 de la Constitución, quienes desempeñen cargos de esa naturaleza dentro de los tres meses anteriores al día de las votaciones, no pueden ser elegidos Representantes.

Respecto de este punto, el demandante acreditó en forma legal que el señor Manuel Roberto Manotas ejerció las funciones de Contralor del Departamento del Atlántico hasta el 1º de abril de 1937, y que sólo se separó del cargo en esa fecha en uso de licencia, con certificaciones expedidas por el Gobernador del mismo Departamento, que constan en los folios 33, 34 y 35 del cuaderno de pruebas del actor. Y los opositores han aceptado plenamente este hecho. El análisis debe contraerse, por lo tanto, a esclarecer si el Contralor Departamental del Atlántico ejerce o nó autoridad y jurisdicción en el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas, ya que en el caso de resolverse afirmativamente esta faz del asunto, la prohibición constitucional a que acaba de aludirse, unida a la norma consignada en el artículo 183 de la Ley 85 de 1916, impone decretar la nulidad solicitada.

Es pertinente estudiar por lo dicho cuáles son las funciones del Contralor del Atlántico y qué clase de actos debe ejecutar en el cumplimiento de ellas.

Ahora bien: de acuerdo con la Ordenanza número 90 de 1935, artículo 7º, expedida por la Asamblea de aquel Departamento y aducida como prueba en este juicio por el demandante, se atribuye al Contralor "competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios, empleados o contratistas encargados de recibir, pagar o custodiar fondos o bienes del Departamento o de los Municipios; en lo relacionado al aseguro y manejo de los fondos departamentales y municipales, con las limitaciones que indica esta Ordenanza; en lo referente al examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones de cualquier naturaleza a favor o a cargo del Departamento, y en todo lo relacionado con el control de los fondos y de las apropiaciones, y en todo lo relativo a los métodos de contabilidad que deban implantarse en el Departamento o en los Municipios, y a la manera de llevar las cuentas del Departamento y de aquéllos."

El ordinal g) del artículo 12 de la misma Ordenanza precisa todavía con más claridad el ejercicio de la función de examinar y fenecer las cuentas de los responsables del erario seccional. Dice así:

"Pasará, a intervalos convenientes, un aviso oficial por escrito a todo agente o empleado del Gobierno departamental o municipal, cuyas cuentas hayan sido examinadas, en el cual expondrá con toda clase de detalles las partidas de ingresos o de egresos que merezcan glosa, o que sean rechazadas, y los errores que resulten de la revisión. El Contralor Departamental fijará el término de que dispongan los responsables para presentar sus descargos por escrito y para exhibir los comprobantes o documentos que vayan a desvanecer los cargos que se les imputan. Dicho término se contará desde la fecha de la notificación del aviso, y si vencido éste el responsable no presentare sus descargos, el Contralor deberá elevar a alcance las cantidades glosadas, salvo los casos en que conceda una prórroga para la contestación, mediante solicitud previa del interesado."

Resulta, pues, con toda claridad, de las transcripciones anteriores, que el Contralor Departamental del Atlántico sigue juicios de cuentas y deduce o eleva alcances, tal como lo hacían antes las Cortes de Cuentas, y como lo hace hoy, en última instancia, en ciertos casos, el Consejo de Estado.

Ahora bien: deducir un alcance es reconocer y declarar un crédito a favor del Estado y en contra de un particular; y, por lo tanto, es declarar el derecho de una de las partes dentro de un proceso contencioso. Y es esto precisamente lo que los jurisconsultos latinos llamaron *jus dicere,* palabras de donde se derivó *jurisdictio,* que ha pasado al derecho moderno y a los idiomas europeos sin alteración ninguna fundamental de su significado, puesto que dentro de su sentido preciso los textos clásicos definen la *jurisdictio* como *jus judicare jubendi aut judicandi,* o sea como la facultad de enviar a los litigantes ante un juez escogido entre los ciudadanos (sistema del procedimiento formulario), y la de juzgar por si mismo (sistema del procedimiento extraordinario), y puesto que tal cosa es la que hacen los magistrados modernos, que todavía en el caso de los juicios ante el Jurado hacen uso del *jus judicare jubendi,* pero por lo general ejercitan el *jus judicari,* que caracterizó la última etapa de perfeccionamiento del Derecho Romano.

Según los tratadistas modernos y las legislaciones actuales, jurisdicción es el poder de aplicar la ley a los casos concretos; de desatar las controversias entre los litigantes; de derivar de la ley general la solución jurídica que debe regir las especies particulares; de afirmar o declarar el derecho con autoridad; definiciones que constituyen el contenido del concepto de administrar justicia, de que se sirve el Código Judicial colombiano para indicar el significado de la jurisdicción y del límite material o moral de la jurisdicción, que es la competencia atribuida a los diversos magistrados y tribunales.

Aplicando las concepciones más modernas del Derecho y la terminología del Derecho Público contemporáneo, Gaston Jeze afirma que el acto jurisdiccional es "la manifestación de voluntad dentro del ejercicio de un poder legal que tiene por objeto constatar una situación jurídica, o un hecho, con fuerza de verdad legal"; elegante fórmula que tan sólo delimita y precisa con mayor exactitud que las anteriores, el alcance del *jus dicere* tradicional.

Ahora bien: constatar situaciones jurídicas con fuerza de verdad legal es lo que hace el Contralor del Departamento del Atlántico, al fenecer una cuenta o al declarar un alcance. Ser juez de cuentas es administrar justicia, aplicar la ley a los casos particulares. Ejercia, por lo tanto, jurisdicción en el Departamento del Atlántico el señor Manuel Roberto Manotas el 31 de marzo de 1937.

Tanto el demandante como el opositor han subrayado con insistencia la palabra misma *jurisdicción,* que al referirse a las funciones de la Contraloría emplea la Ordenanza número 90 de 1935, en su artículo 11, el uno para darle mayor valor al contenido de su tesis, el otro para tratar de demostrar que el uso de tal vocablo constituye una impropiedad de lenguaje que no altera la sustancia de las verdaderas atribuciones del Contralor. En verdad la importancia de las meras palabras no es muy grande en la interpretación de las leyes. Si el opositor hubiera probado que la auténtica naturaleza de sus funciones no contenía la de declarar el derecho o administrar justicia, el Consejo podría pasar por encima de la voz *jurisdicción,* empleada por la Ordenanza del Atlántico. Pero es precisamente en varias disposiciones en cuyo texto esta palabra no aparece, donde se fijan las normas que le dan jurisdicción al Contralor Departamental.

Dijo el Tribunal Administrativo de Barranquilla que no era jurisdicción plena la que ejercía aquel funcionario, por estar limitada a desatar litis entre los administradores del erario y la entidad pública seccional, lo cual hacía que sus fallos no pudieran afectar sino a un reducido sector de la ciudadanía, y no a toda la población del Departamento. El argumento no rige, pues lo mismo podría decirse de los jueces en materia penal, cuyas providencias no afectan sino al corto grupo de los delincuentes; de los jueces en materia contencioso-administrativa cuyas providencias no afectan en general sino a las personas y entidades de derecho público, y aun de los jueces civiles, cuyas providencias, desde luégo, no afectan sino a otro grupo reducido de la ciudadanía, es decir, a los litigantes.

La jurisdicción, para ser plena en un magistrado, no requiere de ninguna manera que a ella deban estar hipotéticamente sometidos todos los ciudadanos. Esa jurisdicción amplísima corresponde únicamente a la República, que la ejerce por medio de órganos especiales, circunscribiéndola por medio de competencias limitadas que se constituyen con criterio territorial, de materias y personas principalmente.

Se ha dicho también, y este es el argumento central del opositor, que los Contralores Departamentales no pueden hacer cumplir sus fallos y deben pasarlos a los Jueces de Ejecuciones para que surtan sus efectos. Esta alegación, a primera vista más fuerte que la anterior, tampoco rige, pues lo que caracteriza la jurisdicción es el conocimiento de los negocios y su decisión, no la facultad de darles vida práctica a los fallos, que es más bien función administrativa y policiva, de índole política. Desde los tiempos clásicos se distinguió entre lo *notio* y lo *cognitio*, de una parte, y la *executio*, de otra. Esta última facultad entraba por eso dentro del *imperium mixtum*, que ejercían solamente algunos magistrados, es decir, aquellos que tenían la plenitud del *imperium*, o sea del poder público, que no es lo mismo que la plenitud de la jurisdicción. No debe olvidarse que en Roma fue desconocido el principio de la separación de los Organos del Poder, de tal manera que las tres manifestaciones de la soberanía se atribuían al mismo tiempo a ciertos magistrados o funcionarios.

A pesar de que se ha discutido en la doctrina si la jurisdicción plena debe extenderse a todos los momentos del proceso, no ha sido sostenida con éxito la tesis de que un magistrado que no puede constreñir a la ejecución de sus fallos no ejerza jurisdicción. Para algunos, la tiene en más amplia medida el que sí los ejecuta. Para otros, y esta es la doctrina predominante en la ciencia italiana, la ejecución, como dice Chiovenda, "es mero ejercicio de imperio, es función administrativa, pues la jurisdicción se limita al conocimiento y se agota con la sentencia." *Jurisdictio in sola notione consistit*, enseña esta teoría. Pero tomada en su conjunto la doctrina de los grandes tratadistas, resulta evidentemente que quien conoce y falla ejerce jurisdicción.

A este respecto dice Jeze: "Frecuentemente al acto de jurisdicción propiamente dicho se agrega una decisión, una manifestación de voluntad, de naturaleza jurídica diferente. Esto hace que el juicio —o mejor dicho lo que se llama en general un juicio—, sea no un acto jurídico único, sino un conjunto de actos jurídicos. Es esta una de las causas principales de la confusión de las teorías sobre el acto de jurisdicción....." "No es, pues, esencial que el juez cumpla por sí mismo los actos jurídicos que constituyen las consecuencias lógicas de la constatación. La única cosa esencial es la constatación con fuerza de verdad legal. La orden de ejecutar es un acto-condición; es la condición a virtud de la cual el poder legal de los agentes de ejecución, funcionarios cobradores, puede ejercerse regularmente....." "La prueba de que lo esencial en el acto

de jurisdicción, es la constatación con fuerza de verdad legal, es que hay casos en que encontramos únicamente esta constatación. El de las cuestiones prejudiciales, por ejemplo). (Gaston Jeze, *Les principes generaux du Droit Administratif*, página 51, 1925).

Y esta la doctrina que consagra nuestra legislación, puesto que estima la jurisdicción como el poder de administrar justicia. Y administrar justicia es declarar el derecho, definir controversias, no ejecutar las sentencias.

De modo implícito ha adoptado esta tesis en múltiples fallos el Consejo de Estado, al decidir que no es jurisdicción verdadera, y que no inhabilita para la elección de las Cámaras, la llamada jurisdicción coactiva.

El mismo opositor, al aducir y acoger el concepto que de jurisdicción dan el Diccionario de la Academia Española y Escriche, echa por tierra sus propias argumentaciones, pues tal concepto es éste: "Poder o autoridad que tiene uno para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio."

Ahora bien: aplicar las leyes en los juicios de cuentas es lo que hace el Contralor Departamental del Atlántico.

Ha parecido necesario tratar con suficiente detenimiento el punto concreto relativo a la jurisdicción, pues sobre él ha versado principalmente la controversia en los alegatos de las partes. Pero hay otro aspecto de la cuestión que bastaría para decidir el negocio, y que por aparecer con mucha claridad no hará necesarias sino muy breves consideraciones: el de la autoridad que ejerce el Contralor en el Departamento del Atlántico.

El artículo 5º de la Ordenanza número 90 de 1935 atribuye a este funcionario la facultad de nombrar y remover libremente a todos los empleados de la Contraloria; el 8º dispone que "toda decisión del Contralor, tomada dentro de sus respectivas facultades, será obligatoria para todos los empleados y funcionarios administrativos del Gobierno Departamental o municipal; el artículo 23 lo faculta "para exigir al Gobierno Departamental la remoción inmediata" de algunos empleados, y el 24 dispone que en este caso el Gobierno está en la obligación de reemplazarlos; los artículos 29 y 48 lo autorizan para imponer multas desde cinco hasta doscientos pesos, y el artículo 46 para "ordenar el embargo preventivo de los bienes del empleado o empleados responsables, así como los de sus fiadores," actos todos estos que implican necesariamente autoridad política o civil, que es la potestad de mando, el ejercicio discrecional de la facultad de dar órdenes, el poder de tomar decisiones por propia iniciativa, la posición de superioridad y dirección dentro de una jerarquía, el poder de dictar providencias y disposiciones en último resorte.

Se ha dicho que si el Contralor del Atlántico ejerciera autoridad la ejercerían también la mayor parte de los funcionarios y empleados del Organo Ejecutivo, puesto que en mayor o menor grado muchos de ellos tienen mando sobre sus subordinados y dan órdenes a sus ayudantes. Pero se trata de un argumento sin consistencia alguna, pues una cosa es hacerse obedecer en cuestiones secundarias del servicio, dentro de la rutina burocrática, y otra fundamentalmente distinta es ser jefe de todo un departamento administrativo, sin superior alguno dentro de la jerarquía cuya cabeza se constituye y con poderes como los de imponer sanciones correccionales y no puramente disciplinarias, y el de embargar los bienes de los particulares.

Las órdenes de los empleados administrativos pueden ser siempre revocadas o modificadas por los empleados colocados en una escala más

alta. Las del Contralor son definitivas, y dentro del radio de su servicio inapelables, hasta el punto de que el mismo Gobernador del Departamento está sometido a ellas. No cabe, pues, duda de que ejerce autoridad política o civil.

Por lo demás, el objeto que se propuso el legislador al establecer la prohibición que motiva este pleito es el de impedir que personas situadas en alta posición y con vastas influencias puedan aprovechar la fuerza moral que les da el ejercicio de funciones descollantes para favorecer con el peso de la administración pública sus aspiraciones políticas. Todos cuantos están colocados en semejantes zonas de prestigio y de influencia, deben caer, por lo tanto, dentro de la esfera de la prohibición.

Ahora bien: todas las providencias del legislador son abstractas, generales e impersonales. Muchos funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción se abstienen con exquisita pulcritud de presionar o coaccionar a sus subalternos para alcanzar ventajas personales, y no pretenden impresionar la opinión pública con los atributos de la autoridad. Semejante conducta no obsta para que respecto de ellos surta todos sus efectos la voluntad legislativa. El reconocimiento de una situación jurídica general no implica, por lo tanto, reproche alguno para los magistrados o funcionarios afectados por una sentencia como la presente.

Tercera alegación del demandante. Reconocida la nulidad del escrutinio hecho a favor de cualquiera de las personas que integran un renglón de una lista electoral, y de la consiguiente declaratoria de elección, todos los que figuran en ese renglón sufren las consecuencias de la nulidad, que debe decretarse en perjuicio del renglón entero.

Se ha sostenido esta tesis no sólo por el demandante, sino por el doctor Antonio José Pantoja, quien se hizo parte en el juicio, y por el señor Fiscal del Consejo. Y en apoyo de ella se aducen dos argumentos: Primero. Que dentro del sistema del cuociente electoral se vota por listas y no por nombres, de tal manera que la posición en que queda cada una de las personas que integran un renglón es inseparable de las otras y por asimilación o identificación, la nulidad que recae sobre uno de los elementos de ese renglón abarca a los demás elementos. Segundo. Que este caso es igual al de los individuos que componen una terna de candidatos a la magistratura, respecto de quienes ha dicho el Consejo en fallo reciente que la incapacidad de uno solo produce la nulidad de la terna entera. "La razón en uno u otro caso es la misma: se desnaturaliza el carácter mismo de la terna y del renglón y se viola la voluntad del legislador cuando ha querido que ambos se hallen integrados por ciudadanos en quienes no concurra tacha alguna. *Ubi eadem ratio ibi idem jus*"; ha dicho el señor Fiscal de esta corporación.

Respecto de la primera tesis cabe observar que la circunstancia de haber cambiado el legislador el sistema de voto, exigiendo ahora a las agrupaciones políticas que sufraguen por listas y no por nombres aislados, no ha hecho desaparecer ni ha afectado en ninguna forma el régimen de las suplencias establecido por la Constitución.

El concepto de lista electoral se refiere a la serie de personas que pretenden llenar las casillas o curules vacantes, no a la serie de personas que eventualmente deben reemplazarse las unas a las otras en el goce o ejercicio de una misma curul. Esta última serie de personas lo que representa es un renglón dentro de la lista respectiva. Cuando por excepción, dada la debilidad de un grupo político o la escasez de curules por llenar, la lista y el renglón se confunden, ello no quiere decir que los efectos que el legislador le asignó a la lista o serie de renglones se prediquen de la serie interna de personas que constituyen el renglón.

Pero desde luégo cabe advertir que aun dentro del caso de una lista compuesta de múltiples renglones las incapacidades personales de

un candidato no afectan a los otros candidatos de la lista, por razones elementales de justicia y de lógica. Es un principio general de derecho que las inhabilidades, como deficiencias, impedimentos, culpas o delitos de los hombres no se transmiten ni producen consecuencias respecto de los terceros. Si un individuo ha sido privado de los derechos políticos o es extranjero, y a pesar de eso se le coloca como cabeza de un renglón en una plancha, semejante condición no se refleja ni puede reflejarse sobre las personas que figuran en los otros renglones, a pesar de que se vota por listas y no por nombres. Sólo las nulidades procedentes de irregularidades o maniobras fraudulentes cobijan o perjudican a todos los renglones, por el hecho de estar todos vinculados dentro de la unidad interna de la plancha.

Ahora bien: cada renglón, por mandato del constituyente, se compone de un principal, un primer suplente y un segundo suplente. El lazo que une a estas tres personas entre si, no tiene nada qué ver con aquel otro lazo que constituye la unidad de una lista y tiene características esencialmente diversas. Los principales de una lista no se reemplazan los unos a los otros en caso de falta absoluta o temporal. El objeto del renglón plural es precisamente que en orden descendente las unas personas reemplacen a las otras en caso de falta absoluta o temporal. Tal es la finalidad propia de la institución de los suplentes.

Ahora bien: dentro del sistema de los renglones plurales el verdadero candidato, el que los electores señalan para llenar la curul, es el principal, a quien los suplentes no pueden desalojar en ningún caso. Los suplentes sólo adquieren un derecho a la curul por la falta del principal. Por eso dependen de él y su posición se asmila a la suya, razón por la cual, anulada la elección del principal pierden su derecho, porque no tienen a quién reemplazar. Sólo en una eventualidad como esta, y por excepción a los principios generales pueden hechos atinentes a la persona del que encabeza un renglón perjudicar a los suplentes. Pero a virtud de los motivos que justifican esta solución, resulta precisamente que las incapacidades que afectan a los suplentes no pueden afectar al principal, ni afectarlos entre sí. Esta tesis constituye una jurisprudencia constante de los Tribunales Administrativos.

Si, pues, el señor Manuel Roberto Manotas hubiera sido candidato principal, el impedimento o inhabilidad que vicia su elección se fluiria sobre los suplentes. Siendo, como es, primer suplente, sus incapacidades no incapacitan de ninguna manera al principal, que tiene un derecho propio e incontestable a llenar la curul que su partido ganó para él, ni al segundo suplente, que depende del principal.

Las relaciones entre los nombres que constituyen un renglón no se fundan, por lo tanto, en el sistema de voto, pues tales relaciones son compatibles con todos los sistemas conocidos, así como es compatible con todos ellos la eliminación del régimen de la suplencia. Y tales relaciones no deben ser estudiadas a la luz de la Ley 7ª de 1932, sino a la de otras disposiciones legales cuyo estudio ha hecho el Consejo en tan repetidas ocasiones, que sería inútil intentar hacerlo de nuevo. No tiene, pues, valor el primer argumento aducido en favor de la tercera tesis de la demanda.

Respecto del segundo argumento expuesto por el señor Fiscal, debe hacerse notar que la asimilación entre las ternas de candidatos a la magistratura y los elementos de un renglón electoral para Representantes, carece de base.

El sentido, la función y el alcance de las dos series de nombres es enteramente diverso y aun contradictorio. Mientras que las ternas tienen por objeto presentar a otra entidad diferente de la que las elige una opción o escogencia, de tal manera que de los tres candidatos que las integran sólo uno puede ser elegido, y una vez elegido no es reem-

plazado por ninguno de los otros en caso de falta temporal o absoluta, el renglón compuesto por el principal y sus dos suplentes no representa opción alguna. Todos sus miembros son elegidos a la vez. Pero con la circunstancia de que el derecho del principal excluye o supedita el de los demás. Y la finalidad de la elección es que se reemplacen los unos a los otros en orden descendente. Deben exigirse rigurosamente a todos los miembros de una terna las condiciones legales, en forma que la carencia de tales requisitos de parte de una sola persona anule la terna entera, porque todas pueden llegar a la magistratura, si la Corte lo determina; y para ser Magistrado se requiere imperativamente esa calidad, de tal manera que al faltar en una sola persona ocurriría una de dos cosas: o que la Corte tendría que nombrar a un incapaz, o que no habría terna, pues suprimida en un candidato la potencialidad o actitud para la elección, la sustracción de su nombre del debate electoral destruye el concepto de terna. En el caso del renglón de candidatos para Representantes, la curul no queda vacía por la incapacidad declarada respecto de un primer suplente; y de todas maneras a ocupar el puesto concurre una persona que tiene los requisitos legales, o que no está impedida, y por eso las exigencias del constituyente quedan satisfechas sin que se produzca irregularidad o alteración alguna en el régimen a que están sometidas las Cámaras. Y por no haber posibilidad de opción o escogencia para los electores, su libertad no se disminuye ni se coarta al consignar el voto; la determinación de la voluntad del sufragante es espontánea y no sufre menoscabo alguno. No es el caso, por lo tanto, de aplicar el aforismo famoso, *ubi eadem ratio ibi idem jus*. No hay identidad de razones o de situaciones entre las dos especies contempladas. El nombramiento de los Magistrados constituye una elección mixta, o de dos etapas, e implica una operación jurídica compleja. El acto electoral a virtud del cual se designan los Representantes, es simple y único. Por eso no procede un régimen jurídico igual para tales especies diversas.

Debe descartarse, en consecuencia, la teoría de que las causales de inhabilidad de un suplente produzcan efectos sobre el principal o respecto del otro suplente.

El demandante solicitó en su libelo que en caso de reconocerse la nulidad que recae sobre la declaratoria de elección del señor Manuel F. Manotas, se ordenara la rectificación del escrutinio. Pero esta repetición no tiene apoyo en la ley, puesto que en ocasiones como esta no pueden modificarse los resultados numéricos electorales, ni existe la posibilidad de que otra persona llegue a adquirir el carácter de primer suplente en la lista encabezada por el doctor Baca Gómez.

A virtud de las amplias consideraciones expuestas, 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,

FALLA:

I. Son nulos los votos emitidos en el Distrito Electoral de Barranquilla a favor del señor Manuel Roberto Manotas, para Representante al Congreso Nacional en calidad de suplente del doctor Diógenes Baca Gómez, en las elecciones que tuvieron lugar el día cuatro de abril de 1937. Y, consecuencialmente es nula también la elección de dicho candidato, declarada por el Consejo Electoral con base en esos votos.

II. No son nulos los votos emitidos a favor del principal ni del segundo suplente, señores Baca Gómez y Olano M., del mismo renglón o lista, ni la elección de éstos.

III. No hay lugar a rectificación del escrutinio para elegir reemplazo del candidato cuya elección se anula.

Publiquese, notifíquese, cópiese, comuníquese al Ministerio de Gobierno y devuélvase el expediente al Tribunal.

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Isaías Cepeda—Elías Abad Mesa—Pedro Martín Quiñones—Ricardo Tirado Macías. Con salvedades, *Ramón Miranda—Luis E. García V.*, Secretario.

Identificado en un todo con los fundamentos propiamente dichos de la sentencia que precede, sólo tengo que disentir del criterio del ilustre autor del proyecto y de mis demás distinguidos colegas en cuanto a la tesis hipotética de que si el señor Manuel Roberto Manotas hubiera sido elegido principal y no suplente, la nulidad de su elección sí hubiera acarreado la de los suplentes, porque no creo conducente esta excepción al principio sentado por la misma sentencia cuando dice: "Es un principio general de derecho que las inhabilidades, deficiencias, impedimentos, culpas o delitos de los hombres no se transmiten ni producen consecuencias respecto de los terceros." Pues que a esto equivale la teoría de que la nulidad de la elección del principal acarrea la de los suplentes.

Pero me abstengo de fundar con otras razones la tesis contraria por considerarlo inútil, dado que no se trata de ninguno de los fundamentos básicos del fallo.

Ramón Miranda.

Legitimación de los hijos

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Ni las más amplias teorías de hermenéutica, que persiguen la adaptación de las normas legales a los cambios de los tiempos y las aspiraciones de la conciencia pública, permiten proferir una decisión contra el tenor claro de un texto expreso.

Consejo de Estado—Bogotá, primero de febrero de mil novecientos treinta y ocho.

El doctor Abelardo Gómez Naranjo, en representación del señor Ismael Arciniegas, demandó ante el Consejo de Estado, con fecha julio 1º de 1937, la nulidad de las Resoluciones números 305, de 4 de noviembre de 1936, y 6, de 8 de enero de 1937, por medio de las cuales se confirmó la Resolución número 364, de 9 de noviembre de 1936, proferida por el Director de la Policía Nacional, y por la cual se decidió que el mismo señor Arciniegas no tenía derecho a un auxilio con motivo de la muerte de su hijo Miguel Arciniegas, fallecido al servicio de aquella institución.

En derecho fundó sus peticiones el doctor Gómez Naranjo en los artículos 238 y 239 del Código Civil; 78, 80 y 81 de la Ley 130 de 1913, y 4º de la Ley 77 de 1931, y en los Decretos números 977 de 1933 y 1988 de 1927.

Sostiene el demandante que por ser hijo Miguel Arciniegas de Ismael Arciniegas y Lucrecia Vásquez, por haber éstos contraído posteriormente matrimonio católico, y por haber algún tiempo después del matrimonio y de la muerte de la esposa, reconocido Ismael Arciniegas como hijo natural al mencionado Miguel, mediante escritura pública, el último adquirió la condición de hijo legítimo, razón por la cual aquél tiene derecho al auxilio que en favor de los ascendientes legítimos paga la Policía Nacional en el caso de muerte de sus servidores.

Habiendo seguido este litigio su curso regular, sin que se observe causal alguna de nulidad, ha llegado el momento de desatar definitivamente la controversia, a lo cual se procede teniendo en cuenta las siguientes observaciones:

El Decreto número 1988 de 1927, artículo 1º, dice:

"En caso de muerte del empleado, ocurrida antes o después de haberse solicitado el auxilio a que haya lugar, los derechos se transfieren a los beneficiarios que se expresan en seguida y en el mismo orden de prelación enumerados: 1º Cónyuge; 2º Hijos legítimos; 3º Padres legítimos; 4º Madre natural; 5º Hijos naturales o reconocidos; 6º Hermanas legítimas; 7º Hermanos."

A virtud de este texto legal, cuya claridad es evidente y cuya aplicación a la materia de la controversia depende de que el Decreto número

977 de 1933 ordenó seguir en el orden de los beneficiarios la prelación establecida en dicho texto, sólo tiene derecho al auxilio de que se trata el padre de la victima cuando es legítimo.

De ahí que el demandante haya dirigido toda su acción durante el curso del proceso a demostrar que es el padre legítimo de Miguel Arciniegas.

Ahora bien: según la Resolución demandada, están acreditados en el expediente los siguientes hechos: que en septiembre de 1911 fue bautizado en la parroquia de Rionegro un hijo natural de Lucrecia Vásquez, a quien se le dio el nombre de Miguel; que en la parroquia de Bucaramanga, a 29 de julio de 1913, contrajeron matrimonio católico Ismael Arciniegas y Lucrecia Vásquez; que el día 13 de noviembre de 1913 fue sepultado en Rionegro el cadáver de Lucrecia Vásquez, y que por escritura pública número 206, de 17 de abril de 1919, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Bucaramanga, Ismael Arciniegas reconoció como hijos naturales a María Nieves, Vicente, Miguel y Emilia Arciniegas, expresando que los hubo de la señora Lucrecia Vásquez, reconocimiento que los beneficiarios aceptaron por escritura pública número 369, de 29 de julio de 1920, otorgada en la Notaría 2ª del mismo Circuito.

Conviene recordar las normas legales que reglamentan la legitimación en Colombia, y a la luz de las cuales es preciso resolver el asunto debatido. Son las siguientes:

Artículo 236 del Código Civil: "Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse:

Artículo 52 de la Ley 153 de 1887, sustitutivo del 237 del Código Civil: "El subsiguiente matrimonio legitima *ipso jure* a los hijos concebidos antes y nacidos en él, excepto en los casos siguientes:

. . . . . ."

Artículo 238 del Código Civil: "El matrimonio de los padres legitima también *ipso jure* a los que uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales."

Artículo 239. "Fuera de los casos de los dos artículos anteriores, el matrimonio posterior no produce *ipso jure* la legitimidad de los hijos. Para que ella se produzca es necesario que los padres designen en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos."

Artículo 240. "Cuando la legitimación no se produce *ipso jure*, el instrumento público de legitimación deberá notificarse a la persona que se trate de legitimar....."

De las disposiciones transcritas resulta que existen en Colombia dos formas de legitimación: la que la ley otorga *ipso jure* en ciertos casos, a virtud del matrimonio de los padres, y la que pudiera llamarse voluntaria en cuanto depende de un acto libre de los mismos padres, consumado de acuerdo con las solemnidades legales. Y resulta a la vez que dentro de la primera forma de legitimación hay que distinguir dos hipótesis. La legitimación de los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos en él, y la de los hijos nacidos antes del matrimonio, pero reconocidos como hijos naturales por los padres.

El demandante quiere colocar el caso de autos, bien dentro de la segunda forma de legitimación, bien dentro de la segunda hipótesis de la primera forma.

Conviene analizar las dos posibilidades en su orden: se pretende, en primer lugar, que el reconocimiento hecho por Ismael Arciniegas a favor de Miguel Arciniegas como hijo natural, por medio de escritura pública, equivale al reconocimiento expreso de hijo legítimo, posterior al matrimonio, a que se refiere el artículo 239 del Código Civil.

Siendo un individuo hijo de determinadas personas, habiendo dichas personas contraído matrimonio posterior, y existiendo una escritura pública donde se le otorga el carácter de hijo natural, hay que interpretar la voluntad de los padres de darle la situación jurídica de hijo legítimo.

Esta argumentación, atrayente desde el punto de vista social, e inspirada en un espíritu de equidad que el legislador habría podido consagrar, no puede, sin embargo, ser aceptada por el Consejo, pues ni siquiera las más amplias teorías de hermenéutica que persiguen la adaptación de las normas legales a los cambios de los tiempos y las aspiraciones de la conciencia pública, permiten proferir una decisión contra el tenor claro de un texto expreso.

Desde el momento en que el Código Civil establece un régimen enteramente distinto para los hijos legítimos y los hijos naturales, bien que leyes recientes hayan atenuado por ciertos aspectos la diversidad de las dos condiciones; y desde el momento en que la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres depende exclusivamente de las partes, pues se requiere en los ascendientes la voluntad expresa y solemne de otorgar este beneficio y en los hijos la voluntad de aceptarla, es claro, de una parte, que la decisión de uno solo de los padres no basta para otorgar la calidad de hijo legítimo, y de la otra, y, sobre todo, que no puede interpretarse un reconocimiento de hijo natural como de hijo legítimo, pues no hay posibilidad de suponer que un padre se equivoque en la manifestación solemne de su voluntad ante Notario, disfrutando como disfrutó en el caso de autos, de un largo espacio de tiempo para determinarse en un sentido u otro, y existiendo la circunstancia de que los hijos aceptaron por medio de escritura pública —no se sabe por qué— el carácter legal de naturales y no el de legítimos.

Puede que haya un error o una injusticia en haber permitido a los padres, en caso de matrimonio posterior al nacimiento de los hijos, la opción entre estados civiles diferentes, mucho más ventajoso el uno que el otro. Pero es evidente que desde que esa opción constituye una facultad legal expresa, hay que respetarla cuando se ejerce. No se trata de un vacío de la ley, ni de una hipótesis análoga a otra que tenga un régimen favorable, ni de un criterio legislativo que el intérprete pueda derivar de un conjunto de disposiciones dispersas pero concordantes, donde se manifieste una tendencia susceptible de ser extendida a un caso nuevo e imprevisto. Por el contrario, al través del Código Civil aparece un espíritu uniforme, que es el de distinguir netamente para todos los efectos legales entre hijos legítimos e hijos naturales, y respecto de la concreta cuestión controvertida el sentido y el alcance de la ley son terminantes. Es preciso, pues, aun cuando ello sea sensible, desechar la primera de las alegaciones de la demanda, y pasar a analizar la segunda.

Se pretende por el actor que en el caso de este litigio se hallan reunidos los requisitos señalados por el artículo 238 del Código Civil, que son los que se han contemplado anteriormente como una segunda hipótesis de la primera forma de legitimación, o sea aquella que la ley otorga *ipso jure.*

Puesto que el artículo 238 fija como condiciones para legitimar, de una parte el reconocimiento de una persona como hijo natural, y de otra parte el matrimonio de los padres, reunidas estas dos condiciones, como ocurre en el caso de Miguel Arciniegas, en cuanto respecto de la madre la calidad de hijo natural se presume, la legitimación surge necesariamente, aunque el reconocimiento sea posterior al matrimonio, pues la inflexión verbal *hayan reconocido,* de que hizo uso el legislador, puede muy bien sustituirla el intérprete por la expresión *reconozcan,* pues se trata de una exégesis que debe ser benévola y tolerante, dadas

las finalidades sociales de la legitimación y el nuevo criterio que el legislador ha manifestado en materia de hijos naturales, sostiene el demandante.

Ahora bien: la legitimación *ipso jure* es un efecto propio del matrimonio que viene a convalidar o mejorar situaciones anteriores, siempre que se hayan cumplido los antecedentes señalados por el legislador. La voluntad de los padres no juega en tal hipótesis ningún papel, pues la causa del fenómeno jurídico es simplemente el matrimonio. La calidad de legítimos la otorga en este caso la ley, de plano, a virtud de consideraciones que indican esa medida como socialmente útil, moral y equitativa. De ahí que los antecedentes necesarios para lograr ese resultado no puedan considerarse como demasiado rígidos ni excesivos, pues al mismo tiempo existe la facultad otorgada a los padres de conferir tal beneficio a su progenie, de acuerdo con su libre buen juicio. Por eso, si en la práctica dos cónyuges que tuvieron en su mano la posibilidad de normalizar en forma completa la situación de sus descendientes, omitieron hacerlo en tiempo oportuno, mal pueden aspirar más tarde a reparar ese error, pretendiendo acogerse al artículo 238 del Código Civil, que funda el régimen de la legitimación *ipso jure,* cuando ya el matrimonio, que es el que tiene la eficacia de determinar por sí mismo el fenómeno, constituye un acontecimiento pretérito respecto del reconocimiento de la condición de hijo natural.

O, para decirlo más claramente: desde luégo, dos personas que no han contraído matrimonio, no pueden legalmente hacer en favor de sus hijos comunes cosa distinta de reconocerlos como naturales. Al hacerlo agotan los medios que tienen a su alcance para cumplir sus deberes respecto de los descendientes habidos fuera de las condiciones regulares señaladas por las instituciones vigentes. Por eso, el legislador, ante esa laudable conducta de ciertos padres, y deseoso de estimularlos a normalizar su situación jurídica, señala como efecto propio del matrimonio posterior la legitimación automática.

El aspecto del asunto varía fundamentalmente cuando dos personas solteras, cuya unión irregular ha sido fecunda, sin que los hijos hayan sido reconocidos, contraen matrimonio. Entonces se abren para ellos tres caminos: el de mantenerlos en la simple condición de ilegítimos, pues la ley no da derecho alguno a los descendientes nacidos antes de las nupcias por el mero hecho de que ellas tengan lugar; el de reconocerlos como legítimos, cosa enteramente fácil y expedita si hay voluntad de hacerlo, y el de darles la condición de naturales, cosa que también queda a su arbitrio. Por consiguiente, si ante una opción tan clara y amplia, en el caso de autos el señor Ismael Arciniegas se decidió por el reconocimiento de su hijo Miguel como natural, no puede el Juez sustituirse a la propia determinación del interesado respecto de este punto, máxime cuando sólo ahora, ante la posibilidad de derivar una ventaja de la legitimidad del joven Agente de Policía fallecido, es cuando el demandante manifiesta su aspiración en ese sentido.

Si la tesis contraria se aceptara, se contradiría abiertamente el sistema del Código, que hace depender la legitimidad *ipso jure* del acto jurídico del matrimonio y no de la escritura que otorga el estado de hijo natural.

Es verdad que en el mismo texto del artículo 238 no se incluyó la frase *antes del matrimonio,* al hablar de hijos "que los padres hayan reconocido"; pero por si no bastara la inflexión verbal nitidamente indicativa de época pasada, el artículo siguiente, que forma con el precepto citado un solo cuerpo lógico, dispone:

"Fuera de los casos de los dos artículos anteriores, el matrimonio posterior no produce *ipso jure* la legitimidad de los hijos."

Ahora bien: esta disposición contempla, al hablar de un matrimonio posterior, una relación de posterioridad respecto del nacimiento de los hijos. Luego el legislador impide, coarta, suprime la posibilidad de que en todos los casos distintos a los de los artículos 238 y 237 (hoy 52 de la Ley 153 de 1887), se pueda obtener una legitimación *ipso jure*. Y como el caso presentado por el actor en este juicio, el de un matrimonio posterior sin reconocimiento previo, no cabe de ningún modo dentro de las hipótesis de los artículos 237 y 238, resulta del todo improcedente colocar la especie de que se trata dentro del campo de la legitimación *ipso jure*. Como ya se ha dicho, ninguna regla de hermenéutica puede conducir a un resultado directamente contrario a un texto expreso.

Por lo demás, pasando al fundamento de estas disposiciones, podría aducirse la opinión que respecto del artículo 331 del Código Civil francés, enteramente análogo al 239 del Código colombiano, exponen los sabios expositores Colín et Capitant:

"El artículo 331 exige que los hijos naturales hayan sido reconocidos antes del matrimonio, o lo sean en el acto mismo de la celebración. La razón de esta regla ha sido claramente indicada al tiempo de los trabajos preparatorios. La ley ha querido que la legitimación no pudiera ser acordada sino a aquellos hijos respecto de los cuales la filiación fuera absolutamente cierta con relación a los dos esposos. Una legitimación *post nuptias* podría dar margen a la sospecha de haber sido obtenida por la presión de un esposo sobre el otro. Fuera de que podría permitir a los cónyuges crearse una descendencia legítima artificial, defraudando así a su familia, al eludir las condiciones bastante severas de que la ley ha rodeado la adopción. Como lo decía Bigot-Preameneu, la ley no puede dejar a los esposos la facultad de atribuirse hijos por el simple consentimiento mutuo; las familias no deben estar en continua incertidumbre."

No sobra advertir que todos los grandes expositores del Derecho Civil colombiano, como Fernando Vélez y Rodríguez Piñeres, sostienen rotundamente la tesis que se ha venido exponiendo, o sea la de que dentro de la segunda hipótesis de la legitimación *ipso jure*, el reconocimiento de la calidad de hijo natural tiene que ser anterior al matrimonio.

Y no sobra advertir tampoco, como consideración final, que no consta de ninguna manera en el proceso que el Agente de Policía Miguel Arciniegas, muerto a consecuencia de actos del servicio, fuera soltero y careciera de hijos legítimos. Así, pues, aun establecida respecto de Ismael Arciniegas la calidad de padre legítimo, su derecho no podría ser sino subsidiario, para el caso de la falta de cónyuge y de los descendientes legítimos, dentro del orden de preferencia establecido por los Decretos 1988 de 1927 y 977 de 1933.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, oído el concepto fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Isaías Cepeda. Elías Abad Mesa—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías. Ramón Miranda—Luis E. García V., Secretario.

Creación de Municipios

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

La facultad de erigir Distritos es por excelencia una facultad reglada, cuyo ejercicio práctico escapa al arbitrio. La libre potestad de afirmar en forma desnuda que se han cumplido ciertos requisitos, equivale, para cualquier órgano de la autoridad, a suprimir o aplicar a su capricho esos mismos requisitos.

Consejo de Estado—Bogotá, veintitrés de febrero de mil novecientos treinta y ocho.

En el año de mil novecientos treinta y uno, el doctor Joaquín García Rojas presentó a la Asamblea de Antioquia un memorial solicitando la creación del Municipio de Tarso, cuyo territorio debía ser segregado al de los Distritos de Jericó y Pueblorrico.

La Comisión de Régimen Político y Municipal de la Asamblea, que estudió el memorial, junto con los documentos y pruebas que lo acompañaban, informó favorablemente a las pretensiones del peticionario, y sostuvo que las pruebas aducidas se ceñían a las disposiciones vigentes sobre la materia. Y la corporación acogió el informe respectivo, y procedió a darle al proyecto de ordenanza el curso reglamentario. Pero cuando se adelantaba el segundo debate, expidió el Congreso Nacional la Ley 49 de 1931, que imponía condiciones más severas que las fijadas en las normas anteriores, sobre creación de Municipios.

A pesar de eso, la Asamblea de Antioquia expidió en forma irregular la ordenanza sobre establecimiento del Municipio de Tarso, que fue sancionada por el Presidente de la corporación, antes de que hubieran sido consideradas las objeciones que formuló el Gobernador.

Acusado el acto de la Asamblea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el Consejo de Estado desató definitivamente la litis por medio de sentencia fechada el 21 de septiembre de 1932, la cual anuló la ordenanza sobre creación del Municipio de Tarso, población que volvió, como antes, a la categoría de Corregimiento.

No contentos los interesados con el giro que había seguido el asunto, pensaron en un procedimiento más expedito y seguro para lograr sus aspiraciones. Y, por conducto del doctor Eduardo Fernández Botero, Representante al Congreso Nacional, presentaron a las Cámaras un proyecto de ley destinado a facilitar, por medio de disposiciones excepcionales, la erección del Municipio de Tarso, proyecto que se convirtió en la Ley 21 de 1936.

En vista de esta Ley, la Asamblea de Antioquia, por iniciativa también del doctor Eduardo Fernández Botero, procedió a expedir la Ordenanza número 3 de 1936, por la cual se crea el Municipio de Tarso, y cu-

vos debates fueron extremadamente agitados, pues una buena parte de la Diputación se oponía abiertamente a la forma como se dictó esta medida.

Con fecha 24 de abril del mismo año, el doctor Luis Guillermo Echeverri, haciendo uso de la acción pública consagrada en el artículo 52 de la Ley 130 de 1913, demandó, ante el Tribunal Administrativo de Medellín, la nulidad de dicha Ordenanza, por medio de un extenso escrito, en que hace la historia completa del asunto y explica las razones constitucionales y legales en que funda su pedimento.

Por medio de la sentencia de fecha 28 de abril de 1937, el Tribunal de Antioquia decidió la primera instancia del negocio, denegando todas las peticiones de la demanda, de acuerdo con su Fiscal. A virtud de apelación interpuesta por el doctor Echeverri, han subido los autos al Consejo de Estado, donde se le ha dado al asunto la tramitación legal.

Conviene advertir que como opositor en el juicio ha estado actuando hasta ahora el doctor Joaquín Londoño O.; que el doctor Echeverri ha intervenido no sólo en su propio nombre sino como apoderado del Municipio de Jericó, para lo cual oportunamente adicionó su demanda con el fin de intentar la acción privada, y que en la última parte del litigio confirió poder para ejercitar ambas acciones al doctor Víctor M. Pérez.

Debe advertirse también que los Personeros Municipales de Tarso y Pueblorrico han intervenido en diversas oportunidades, el primero a fin de reforzar la oposición, y el segundo con el objeto de coadyuvar en la demanda.

Estando agotadas, respecto de este negocio, las ritualidades legales, y no observándose en la secuela del juicio causal alguna de nulidad, el Consejo procede a desatar definitivamente la litis, sobre la base de las consideraciones que en seguida se consignan.

El demandante objeta la ordenanza que creó el Municipio de Tarso, fundándose en que la Asamblea de Antioquia no estudió, antes de expedirla, si el nuevo Municipio llenaba los requisitos que se señalaron para su establecimiento en la Ley 21 de 1936. Conviene, por lo tanto, transcribir sus disposiciones y las que con ella se relacionan.

Ley 21 de 1936. Artículo 1º "Autorízase a la Asamblea de Antioquia para crear el Distrito de Tarso, tomándolo de Jericó y Pueblorrico, en los términos de la ordenanza que creó dicho Municipio, sin sujeción a las actuales normas legales, menos la base de población, que será la ya comprobada cuando se expidió la referida ordenanza."

Artículo 2º "La Asamblea del Departamento de Antioquia, al crear el Distrito a que se refiere el artículo anterior, dará aplicación al ordinal 5º y al parágrafo del artículo 1º de la Ley 49 de 1931, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2º de dicha Ley, y examinará previamente si el nuevo Municipio puede reunir con tal objeto la mitad siquiera de las condiciones de que trata el ordinal 2º del artículo 1º precitado."

Las disposiciones citadas en la Ley anterior son las siguientes:

Ordinal 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1931: "Que en cada uno de los tres años anteriores haya aportado a las rentas del Distrito o Distritos de que se segrega, una suma no menor de seis mil pesos ($ 6.000), y que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no sea menor de catorce mil pesos ($ 14.000)."

Ordinal 5º del mismo artículo 1º: "Que cada uno de los Distritos que sufren la segregación quede, cuando menos, con las dos terceras partes de su territorio."

Parágrafo. "El nuevo Distrito tendrá la obligación de contribuir proporcionalmente al pago de las deudas que tuviere el Distrito o Distritos de los cuales se segrega, al tiempo de la creación. La fijación de esta

cuota proporcional se hará por la Asamblea al tiempo de crear la nueva entidad."

Artículo 2º de la Ley 49: "Si hubiere reclamos contra la fijación de las cuotas de que trata el parágrafo del artículo 1º de esta Ley, por razón de las inversiones que se hubieren hecho de los dineros recibidos en empréstito, o por el origen de las deudas, o por no ser equitativa la proporción, si se tienen en cuenta los recursos fiscales con que quede el Municipio o Municipios de los cuales se hace la segregación, el punto será decidido en una sola instancia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo."

El debate versa, como se ha dicho, alrededor de la manera como la Asamblea de Antioquia dio cumplimiento a las disposiciones de la ley de excepción. Sostiene el actor que no podía esta corporación proceder discrecionalmente respecto de la comprobación de los requisitos señalados por la Ley 49, y que quedaron vigentes a virtud de la referida Ley 21 de 1936. Y la circunstancia de haber procedido sin allegar ningún dato técnico para ilustrarse, la estima como violación flagrante del artículo 2º de esta última Ley, pues este precepto impone, según él, obligaciones expresas de investigación y control, antes de proceder a establecer el nuevo Municipio, por lo cual la creación intempestiva o prematura, funda la nulidad de la ordenanza.

Por lo demás, el demandante sostiene a la vez que los requisitos no se cumplieron, y que Tarso no reúne las condiciones señaladas en los preceptos que presidieron su creación. Pero respecto de este punto no ha podido presentar comprobación suficiente.

El opositor ha allegado algunas pruebas sobre el hecho de que en la práctica quedó cumplido el artículo 1º de la Ley 49 de 1931, en sus ordinales 2º y 5º; no presenta dato alguno sobre la observancia de la otra condición fijada en esa norma (parágrafo del numeral 5º), y sostiene, con gran energía, la tesis de que para documentarse sobre el hecho de estar o nó satisfechos tales requisitos, no tiene la Asamblea obligación ninguna específica, sino que puede proceder libremente, entendiéndose que desde que procede a la creación de un Municipio es porque ha hecho las investigaciones o análisis del caso. Desconoce, por otra parte, a la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para estudiar este punto, que entra, según él, dentro de la esfera del poder discrecional de las Asambleas, corporaciones que no podrían sufrir ningún control respecto de actos pertenecientes a su propia organización interna, como son el funcionamiento de las comisiones y el curso de los debates.

Sostiene así su tesis el doctor Londoño:

"Y así, el doctor Echeverri se contentó con acompañar a este juicio el expediente sobre pruebas preconstituídas creado y conocido por la honorable Asamblea, cuando se dictaba la Ordenanza número 3, a que se refiere el juicio, para llegar a la conclusión optimista y casi ingenua, de que como en ese expediente no aparecían pruebas sobre cada uno de los requisitos, era evidente que la Asamblea no los había tenido en cuenta, y que la Ordenanza era nula, por consiguiente; y el demandante consideró absoluta esta tesis, sin parar mientes en que la Asamblea, en ejercicio de las atribuciones que por la Constitución y por la ley le corresponden, tiene la soberanía absoluta para apreciar su suficiente ilustración y conocimiento sobre las modalidades a que debe ceñirse en sus actos; el demandante, pues, optó por la línea de menor resistencia en cuanto a su actividad en el juicio, pero no tomó el camino que le correspondía, dado que a su cargo estaba probar que en el Municipio de Tarso, creado en virtud de la Ordenanza ya citada, no existían los requisitos exigidos por la ley para que la Asamblea hubiera podido crearlo, porque, existiendo la Ordenanza, estaba a favor de la Asamblea, y, consiguientemente, a favor de la Ordenanza, la presunción de que el

hecho o el acto se había expedido con todos los requisitos exigidos para ello. Esto, señores Magistrados, es campo trillado para vosotros, porque ya el honorable Consejo tiene una continua jurisprudencia en tal sentido, como nos permitimos hacerlo notar en la audiencia que se cumplió ante el Tribunal de la primera instancia y en el alegato-resumen de nuestra exposición oral, y, como lo hizo notar, con abundancia de citas y con mejor acierto, sin duda, el Tribunal Contencioso en la sentencia que habéis de revisar. Y es que tal conclusión no es tesis que haya tenido origen en nuestros lares; ella es consecuencia del principio jurídico de Derecho Administrativo según el cual, para que el acto jurídico exista se requiere capacidad y voluntad en el agente. En nuestro caso, el agente es la Asamblea del Departamento, entidad que tiene la capacidad para crear Municipios, reconocida por la Constitución y por la ley, y tuvo la voluntad, de lo cual es prueba evidente la expedición de la Ordenanza. En consecuencia, contra un acto así cumplido puede establecerse la demanda de nulidad, si es que se está en capacidad de probar contra esa presunción legal que está a favor del acto jurídico que se cumple con la plena capacidad y con la voluntad demostrada, que para este caso no es otra que la mayoría de la Asamblea, que vota afirmativamente en los debates de la ordenanza en cuya virtud el acto llega a ser ley en el Departamento."

Por su parte, el demandante afirma:

"Pero lo evidente en este negocio es que la Asamblea no examinó previamente, como era su deber, si el nuevo Municipio reunía la mitad siquiera de tales condiciones, sea tal mitad como la interpreta el sentenciador o como yo la aprecio.

"La falta de ese examen previo está superabundantemente demostrada en los autos, analizada por el actor en la primera instancia, y reconocida por el mismo Tribunal cuando, al folio 4º vuelto de la sentencia, dice:

'No corresponde al Tribunal entrar a inquirir la manera como la Asamblea ilustró su criterio para llegar a la expedición del acto, pues ella, en la mayor parte de los casos, goza de libertad en cuanto a los sistemas o medios de información y dentro de la Constitución y las leyes esa entidad es soberana en la apreciación de los elementos o datos probatorios que se aduzcan durante las deliberaciones. La falta de información y documentación puede hacerse valer en el seno de la misma Asamblea para impugnar el acto en proyecto, pero, expedido éste, queda cerrado para todos el debate sobre insuficiencia de datos o factores de convicción."

"Es bien sabido que la facultad de las Asambleas para crear Municipios no es discrecional sino reglada. Pero bien pueden ocurrir dos casos. O la Asamblea examina previamente si están o nó cumplidas las condiciones de la ley, mediante las pruebas y documentos que se alleguen al seno de la misma antes de expedir la respectiva ordenanza, y entonces el acusador de ésta debe contradecir aquellas pruebas al tramitarse el correspondiente juicio administrativo, o la Asamblea, como en el caso de autos, no hace ese examen previo, y al expedir la ordenanza no tiene en cuenta dato, prueba o documento alguno, y entonces al acusador sólo corresponde demostrar este hecho, que es lo que el actor ha demostrado en el presente negocio. Vale decir que para que en el segundo de los eventos anteriores la nulidad de la ordenanza sobre creación de un Municipio sea procedente, no es necesario que el actor demuestre y pruebe que el nuevo Distrito no reúne los requisitos legales. Para que su acción prospere basta que en el expediente respectivo de la Asamblea no haya dato, prueba o documento sobre el cumplimiento de las exigencias de la ley.

"De lo contrario, si la tesis del Tribunal fuera aceptada, ocurriría que las Asambleas podrían expedir ordenanzas sobre creación de Municipios

sin tener en cuenta ninguna de las condiciones o reglas impuestas por la ley, ordenanzas que, al no ser acusadas, implicarían la más evidente violación de la ley y el más peligroso sistema de dar vida administrativa a porciones de territorio de incipiente desarrollo.

"Léase y reléase el pasaje de la sentencia que queda transcrito, y se advertirá cómo es de injurídica la tesis que allí se sostiene. Claro es que las Asambleas tienen la facultad de apreciar conforme a su criterio, y consultando los intereses locales, las pruebas o documentos que se les presenten para la creación de Municipios. Pero es obvio que para ejercitar esa facultad es necesario que haya pruebas o documentos. Es absurdo pensar que se pueden apreciar pruebas o documentos que no existen."

Como se ve por las transcripciones anteriores, las dos tesis sostenidas en este litigio son enteramente antagónicas y parten de dos concepciones distintas acerca no sólo de la naturaleza de las Asambleas Departamentales sino de las funciones de las autoridades administrativas en general.

Mientras el demandante sostiene que al ejercer sus atribuciones las Asambleas tienen como limites constante y como pauta intraspasables los mandatos y reglamentaciones legales, el opositor afirma que desde el instante en que se confiere competencia a una Asamblea para cumplir ciertos actos, la corporación puede proceder libremente a llenar ese cometido según su propio criterio, sin que pueda objetarse el medio de que se valga para declarar cumplidos los requisitos de la ley. Dentro de este punto de vista el opositor llega hasta afirmar que las Asambleas ejercen una verdadera soberanía al crear Municipios, bastándoles en absoluto los informes de las comisiones reglamentarias y la discusión pública durante las sesiones, para ilustrarse acerca de la legalidad y conveniencia de erigir un nuevo Distrito.

El Consejo observa:

Conforme a la estructura de la Constitución Nacional, las Asambleas Departamentales son cuerpos puramente administrativos y sin atribuciones políticas. La esencia misma de la Constitución está contenida en la célebre fórmula del Presidente Núñez: "Centralización política y descentralización administrativa." Acerca de este particular seria inútil insistir, porque se trata de una materia obvia.

Siendo esto así, las Asambleas están rigurosamente sujetas a la norma fundamental del Derecho Administrativo moderno, que practican todos los paises cultos, o sea a la norma de la administración reglada. Según ella todos los actos de las autoridades administrativas deben inspirarse en un régimen legal establecido de antemano, conocido de todos, y cuya violación trae consigo, mediante un recurso ciudadano, la nulidad de los actos que impliquen abuso de poder o extralimitación de funciones. Y resulta antijuridico en grado sumo pretender que las Asambleas sean soberanas, pues la soberanía, que consiste en el derecho de decidir en último resorte y sin apelación, de las cuestiones fundamentales en la vida de Estado, unido al monopolio de la coerción sin condiciones, no puede residir sino en la Nación representada por sus propios órganos.

Es verdad que el Organo Ejecutivo goza de la potestad reglamentaria y que en multitud de casos las autoridades tienen el ejercicio de un poder discrecional de apreciación, pues dentro de la variedad y complejidad de la vida práctica, es necesario buscar medios de adaptar las normas generales a los casos concretos, por lo cual para ser eficiente una administración ha de ser flexible.

Pero la esfera del poder discrecional está siempre claramente definida en la ley, así como el reglamento no puede introducir modificación alguna al texto superior que le sirve de base. Por lo cual puede demandarse la nulidad de los decretos reglamentarios, así como la de un

acto discrecional, cuando excede del radio dentro del cual han debido moverse.

A este respecto escribe el eminente tratadista Fleiner:

"El estado constitucional ha introducido el principio de la administración reglada, es decir, la sujeción de la administración a la ley. Este principio descansa en la circunstancia de que la ley establece prescripciones generales y normas jurídicas de general aplicación que excluyen la posibilidad de arbitrariedades por parte de las autoridades ejecutivas al resolver cada caso particular; y responde, por otra parte, al postulado de Derecho Público, de que sólo por medio de los Parlamentos, o al menos con su colaboración, es posible elaborar una ley; un decreto jurídico del Gobierno únicamente puede tener lugar a base de una delegación especial....."

"Administración reglada significa, pues, administración inspirada en la ley y dentro de sus límites. Esto es evidente para todos los actos de derecho privado que lleva a cabo la Administración Pública. Pero este principio rige también para las relaciones de derecho público entre el Estado y los ciudadanos, es decir para las relaciones entre el titular de la autoridad y los sometidos a su mando; por consiguiente, para las relaciones entre sujetos de derecho de distinta naturaleza. El principio de la administración reglada, ajustada a la ley, delimita jurídicamente al Estado cuando obra como soberano....."

"Sin embargo, las normas de la ley son también ineludibles para el poder discrecional. Por eso, la cuestión de saber dónde empieza el dominio del poder discrecional y dónde termina, es por sí misma una cuestión jurídica y no una cuestión de apreciación. La extralimitación en el poder discrecional constituye un acto ilícito. No son meramente las limitaciones externas las que la autoridad ha de respetar, sino que existen también ciertas limitaciones internas que son impuestas a su poder discrecional: a la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia; al ejercer aquélla su potestad discrecional no puede imponer su arbitrio en cada caso particular, sino atendiendo a los factores que la ley quiere que se tengan en consideración. Jurídicamente hablando, el abuso de la potestad discrecional equivale a una extralimitación." (Fritz Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo*, páginas 107, 108 y 110).

Ahora bien: la serie de minuciosas prescripciones que múltiples leyes han establecido respecto de la creación de Municipios, y a virtud de las cuales el establecimiento de ellos es casi una función adjetiva de confrontación entre los requisitos legales de carácter general y el expediente que se constituye por los interesados, indican de modo muy preciso que la facultad de erigir Distritos nuevos es por excelencia una facultad reglada cuyo ejercicio práctico escapa al arbitrio, quedando la esfera del poder discrecional de las Asambleas reducida al acto de decidir si una vez reunidas ciertas condiciones se crea o no se crea la entidad que han aspirado a formar un grupo de ciudadanos.

Y, desde luégo, puesto que se trata de preceptos imperativos, es de todo rigor jurídico que las Asambleas tienen la obligación de comprobar en los casos concretos si están satisfechas tales condiciones, dado que si pudieran proceder arbitrariamente respecto de este punto, quedarían automáticamente anuladas las reglamentaciones legales, pues la libre potestad de afirmar en forma desnuda que se han cumplido ciertos requisitos, equivale para cualquier órgano de la autoridad a la de suprimir o aplicar a su capricho esos mismos requisitos. No se comprende cómo puede afirmarse la tesis contraria, ante la justicia administrativa encargada de revisar los actos de las Asambleas, pues si ella fuera cierta se cerraría toda posibilidad de que tal jurisdicción ejercie-

ra su control, desde el momento en que la ordenanza respectiva por sí misma comprobaría el cumplimiento de todas las condiciones fijadas por la ley.

Tratándose de una teoría cuya simple enunciación sirve para refutarla, y habiendo mantenido el Consejo de Estado al través de una ininterrumpida jurisprudencia la doctrina antagónica, bastará recordar aquí un fallo muy reciente, por ser bien significativo, acerca del punto que se analiza. El que decidió sobre la validez de la Ordenanza número 11 de 1931 de la Asamblea del Cauca, por la cual se creó el Municipio de Timbío, pues en esa sentencia el Consejo entró a discutir minuciosamente la manera como la Asamblea había acreditado el cumplimiento de las normas imperativas señaladas en las leyes, sancionando con la nulidad la falta de pruebas de tales requisitos, y haciendo al respecto, entre otras, la siguiente declaración:

"Al decir el artículo 110 de la Ley 4ª de 1913 que es nula toda ordenanza que sea contraria a la Constitución o a las leyes, no hace distinción alguna entre leyes sustantivas y procedimentales, y ello tiene su fundamento, porque tanto se viola el orden jurídico en un caso como en otro. De esta suerte, si para la expedición de la Ordenanza número 11 no se llevó a cumplida realización el proceso consagrado en el artículo 147 citado (del Código Político y Municipal), es claro que tal acto adolece de nulidad, y así lo estima el Consejo." (*Anales* números 209 a 211, página 51).

Es, de otra parte, un principio de derecho, reconocido desde los tiempos clásicos, que toda disposición de carácter excepcional, destinada a suprimir en un caso concreto una norma genérica, debe interpretarse de manera restrictiva.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, procede analizar ahora el artículo 2º de la Ley 21 de 1932, que dice así:

"La Asamblea del Departamento de Antioquia, al crear el Distrito a que se refiere el artículo anterior, *dará aplicación* al ordinal 5º y al parágrafo del artículo 1º de la Ley 49 de 1931, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2º de dicha Ley, y *examinará previamente* si el nuevo Municipio puede reunir, con tal objeto, la mitad siquiera de las condiciones de que trata el ordinal 2º del artículo 1º precitado."

Puesto que esta disposición, al definir de esa manera el alcance y los límites de la exención establecida en el artículo 1º, lo que hizo en realidad fue señalar los requisitos a los cuales debía sujetarse la creación del Municipio de Tarso, debe concluirse lógicamente que sobre el punto de saber si la Asamblea cumplió efectivamente tales requisitos, el Consejo puede ejercitar con toda plenitud su control; y resulta también que la única manera posible de ejercer ese control, es dictaminar acerca de los medios que la Asamblea empleó para dar por comprobados los mismos requisitos, pues, como se ha visto, *a la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia.*

Es cierto, en tesis general, como lo sostiene el impugnador en este proceso y como lo ha dicho reiteradamente este Tribunal, que los actos de las corporaciones públicas se presumen ajustados a la ley, y que corresponde al que demanda la nulidad de esos actos suministrar la prueba contraria. Sólo que el impugnador yerra al afirmar que la prueba de la ilegalidad del acto únicamente puede consistir, en este caso, en demostrar que en la actualidad el Municipio de Tarso no reúne los requisitos fijados en la Ley 21. La prueba puede consistir también y consistir simplemente, en la demostración de que la Asamblea dio por llenados los requisitos legales, sin fundar esta decisión en nin-

gún dato fehaciente, en ningún examen intrínsecamente capaz de llevar a su ánimo un convencimiento razonado, pues como se ha visto atrás, tanto se viola el orden jurídico desconociendo una norma sustantiva como una norma procedimental. Siendo de advertir, por otra parte, que la violación de la norma procedimental, en casos como éste, implica necesariamente violación de la norma sustantiva, puesto que crear un Municipio sin saber si reúne las condiciones legales, es, desde el punto de vista de la conducta de la autoridad que cumple ese acto, crearlo sin los requisitos legales. Si casualmente, y en el terreno objetivo, el nuevo Distrito reúne tales requisitos, cosa que no se ha comprobado en este proceso, ello no quiere decir que la facultad reglada que tienen las Asambleas en el particular se regularice por ese hecho, pues es obligación propia de ellas, y a la cual no pueden sustraerse, aplicar las normas fijadas en las leyes, y no es posible aplicar una norma que impone una condición, sin el convencimiento racional de que la condición está cumplida.

Debe verse, por lo tanto, en seguida, si el demandante probó suficientemente que la Asamblea de Antioquia, al tomar la determinación de crear el Municipio de Tarso, no hizo uso de un procedimiento apto para demostrar el cumplimiento de los requisitos fijados en la Ley 21.

A este respecto obran en el expediente las siguientes pruebas:

I. La inspección ocular practicada por el Tribunal Administrativo de Medellín con todas las formalidades legales, el día 7 de octubre de 1936, y donde consta que entre los documentos que reposan en el archivo departamental de Antioquia respecto a la erección del Municipio de Tarso no existe la prueba de que los Municipios de Jericó y Pueblorrico quedaron cada uno con las dos terceras partes de su territorio; así como tampoco existe la prueba ni de que la porción de territorio constituida en Distrito hubiera aportado a las rentas de aquellos Municipios, en los años anteriores al de 1936, una suma no menor de tres mil pesos, ni la de que el presunto Municipio de Tarso estuviera en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual alcance por lo menos a siete mil pesos. También se comprobó durante la referida inspección ocular que no existía en el archivo ninguna prueba sobre los varios requisitos de orden procedimental que exige el Código de Régimen Político para proceder a la creación de nuevos Municipios.

Cabe advertir que hallándose ausente en el momento de la diligencia el Archivero, su Secretario, señor Emilio Montoya, manifestó que podían existir otros documentos distintos que él no conociera al respecto, aunque tal reserva no permite suponer que dicho empleado tuviera conciencia de una probabilidad seria acerca de este punto.

Consta en el acta de dicha inspección ocular, de otra parte, que al examinar el informe de la comisión que estudió en la Asamblea para segundo debate el proyecto respectivo de ordenanza, se encontraron las siguientes afirmaciones hechas por los Diputados que constituyeron la mayoría de tal comisión:

"El artículo 2º de la Ley 21 de 1936 exige que se cumpla el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 49 de 1931, que establece que en ningún caso los Municipios afectados queden con menos de las dos terceras partes de su territorio. Desde que se expidió la anterior ordenanza sobre creación del Municipio de Tarso quedó plenamente demostrada esa circunstancia. Y *varias informaciones* que ha tomado la comisión *autorizan a pensar* que ni Jericó ni Pueblorrico quedan disminuidos en la tercera parte."

Suscriben este concepto los Diputados Eduardo Fernández Botero, Antonio Jiménez y J. Domingo Vargas.

Y se encontraron también los siguientes conceptos del Diputado doctor Obdulio Gómez, que firmó el informe de minoría:

"No teniendo la Asamblea elementos de juicio de donde aducir que los Municipios de Jericó y Pueblorrico, una vez creado el Municipio de Tarso dentro del territorio de que habla el artículo 1º del proyecto, quedan, cuando menos, con las dos terceras partes de sus respectivos territorios; no apareciendo la prueba de que Tarso ha contribuido en cada uno de los años anteriores con una suma no menor de tres mil pesos a los respectivos Tesoros de los Municipios que sufren la segregación; no estando la Asamblea en posesión del dato acerca de si Tarso se halla en condiciones de organizar rentas y contribuciones por valor de siete mil pesos anuales, considero festinado este proyecto, y se debe suspender su consideración hasta que se hagan esas averiguaciones en forma científica."

II. Certificado de los Tesoreros Municipales de Jericó y Pueblorrico, en los que consta que el 4 de marzo de 1936 debían, respectivamente, dichos Municipios las cantidades de $ 60.543.88 y $ 82.837.03.

III. Certificado expedido por la Gobernación de Antioquia (Oficina de Estadística), y donde consta "que para hacer los cómputos electorales, no pudo esta Oficina tener en cuenta la extensión territorial, porque no tenía conocimiento de cuáles eran las extensiones territoriales de los Municipios de Pueblorrico, Jericó y Tarso."

IV. Declaraciones juradas rendidas en el juicio por los señores Obdulio Gómez, Antonio Jiménez y José María González C., en las cuales los deponentes afirman de manera conteste:

1º Que en su carácter de Diputados a la Asamblea de Antioquia estuvieron presentes durante los debates a que dio lugar el aludido proyecto de ordenanza; y

2º Que para expedir la ordenanza sobre creación del Municipio de Tarso no se tuvo en cuenta información ninguna científica ni técnica que sirviera para saber si los Municipios de Jericó y Pueblorrico quedaban o nó con las dos terceras partes de su territorio.

Por lo que hace al señor José Domingo Vargas, afirma que no recuerda si había datos suficientes que probaran aquella circunstancia. Pero concretándose al expediente levantado en el seno de la Asamblea, dice que allí no había mapas, estadísticas o datos oficiales respecto de la extensión territorial con que quedaron Pueblorrico y Jericó.

Durante el curso de las mismas declaraciones todos los declarantes estuvieron de acuerdo en que la Asamblea no comprobó si el Corregimiento de Tarso había aportado durante los últimos tres años una suma no menor de tres mil pesos, ni si estaba en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no fuera menor de siete mil pesos.

Dentro de las mismas declaraciones dos de los testigos afirmaron que la Asamblea no había tenido en cuenta, respecto de los Municipios de Jericó y Pueblerrico, deudas distintas de las constituidas a favor de la sucesión de Emilio Restrepo Callejas.

Conviene advertir que uno de los declarantes, el señor José María González C., afirma que el no haber tenido en cuenta la Asamblea de Antioquia ninguno de los requisitos a que se ha venido haciendo alusión, provino de la circunstancia de qué algunos Diputados, entre otros el doctor Eduardo Fernández Botero, *afirmaron* que la prueba del cumplimiento de tales condiciones reposaba tanto en el expediente que sirvió de base para la expedición de la Ley 21 de 1936, como en el que se formó para discutir en la Asamblea de 1931 la creación del Municipio de Tarso.

Y conviene advertir que otro de los declarantes, el señor Antonio Jiménez, afirma que no conoció en el expediente que sirvió de base para

la discusión de la Ordenanza número 3 de 1936, mapas, estadísticas o datos oficiales que pudieran servir de prueba para acreditar que los Municipios de Jericó y Pueblorrico quedaban cada uno de ellos, una vez creado el Municipio de Tarso, con las dos terceras partes de su territorio.

V. Copia expedida por el señor Secretario de la Asamblea de Antioquia, de todo el expediente que tuvo a la vista la corporación para expedir la Ordenanza número 3 de 1936, a petición del demandante y por orden del Presidente de la misma Asamblea. En tales copias no figura documento alguno que sirva para demostrar el análisis previo que el ordenador departamental hiciera acerca del cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 21. Sobre este particular las copias no suministran ninguna luz.

VI. Certificado expedido por el señor Presidente de la misma Asamblea de Antioquia, donde afirma que "en las sesiones ordinarias, en el período legal presente, no se tuvo a la vista otros documentos que los que aparecen en la copia precedente." En seguida agrega que varios Diputados tuvieron ocasión de examinar a espacio el antiguo expediente levantado en el año de 1931 y que sirvió de base para expedir la Ley 21, y que tal expediente "reúne las exigencias legales requeridas."

VII. Copia expedida por el Archivero del Departamento de Antioquia, del expediente que se formó para expedir la primera ordenanza sobre creación del Municipio de Tarso. Este documento fue presentado por el opositor. En tal copia no hay prueba de que se hubiera establecido la existencia de los requisitos que debía llenar el Municipio de Tarso conforme a la Ley 21 de 1936.

Es el caso de analizar ahora esta serie de elementos probatorios.

Por lo que hace a la ausencia de toda prueba respecto de la extensión territorial con que quedaran después del 4 de marzo de 1936 Jericó y Pueblorrico, hasta donde es posible acreditar la evidencia de un hecho negativo, el demandante presenta un conjunto de comprobantes de la mayor importancia, capaces de llevar al ánimo del juzgador una completa convicción acerca de este particular.

En efecto: un dato de orden enteramente técnico, como es el relativo a la extensión territorial de un Municipio, no se demuestra en forma convincente sino por medio de un plano o mapa con sus correspondientes cálculos elaborados por expertos, o por medio de una inspección ocular practicada también con el auxilio de peritos.

Y no es fácil que una prueba de esta índole, susceptible de decidir por sí sola el problema controvertido, pase inadvertida, ignorada, por los que tienen interés en sostener la creación del Municipio de Tarso, si existió en realidad.

Si tal comprobante no reposa entre los documentos que en el archivo departamental quedan como antecedentes de la creación del nuevo Distrito; si la Gobernación del Departamento no tuvo conocimiento de él; si cuatro ciudadanos cuya honorabilidad y rectitud no ha sido discutida, y que asistieron como Diputados a todo el proceso de la elaboración de la ordenanza, juran que no fue presentado en ningún momento; si dos de esas mismas personas afirman que no estaba incorporado al expediente respectivo; si los miembros de la Asamblea que informaron favorablemente al proceso apenas se atreven a decir con frase de extremada vaguedad que "varias informaciones" les hicieron creer que si se habían cumplido los requisitos legales; si en las copias del expediente elaborado por la Asamblea de 1936 tampoco hay prueba alguna al respecto; si el Presidente de la Asamblea certifica que en las sesiones ordinarias de esa entidad no se tuvieron a la vista documentos distintos de los que figuran en las copias; si durante el curso de este largo e intrincado litigio, en que las partes han sostenido tan empecinada-

mente sus puntos de vista, no pudo ser descubierto ni aducido por los impugnadores, debe concluirse que tal comprobante no fue constituido jamás.

Sin que proceda alegar, como lo cree el señor Fiscal, que las actuaciones de las corporaciones públicas no pueden probarse sino por medio de las actas de las respectivas sesiones, pues con relación al problema que se contempla hay varios hechos que no constan en tales actas, como son las deliberaciones internas de las comisiones y las piezas de que se compone un expediente que se presenta ante la Asamblea. Y porque la tesis jurídica sobre la materia es que una acta constituye prueba suficiente respecto de los hechos y sucesos que en ella han sido registrados, sin que pueda destruirse dicha prueba sino demostrando la falsedad de la misma acta, pero no en manera alguna respecto de los hechos o sucesos que no constan allí por una u otra razón. Sólo determinados actos jurídicos exigen pruebas especiales y exclusivas señaladas en la ley. Respecto de los hechos jurídicos, y con mayor razón de los hechos en general, el principio admitido es que pueden acreditarse por todos los medios probatorios reconocidos por la legislación vigente. Fuera de que nadie ha pretendido durante el juicio que las actas de las sesiones de la Asamblea estén en contradicción respecto de ningún punto con los testimonios de los declarantes.

Todo proceso representa un debate, una presentación contradictoria de elementos de convicción, un verdadero diálogo entre las partes. No es cierto que el papel del actor haya de ser activo en todo momento, y pasivo en todo momento el del demandado o impugnador.

La lógica exige un sucesivo cambio de planos en la posición recíproca de los litigantes. Desde luégo a todo el que hace una afirmación positiva o negativa le corresponde probarla. Pero cuando dentro de este deber el demandante logra sustituir con una serie de presunciones que están a su favor, las presunciones que al iniciarse el debate la ley consagra en favor del mantenimiento de las situaciones jurídicas, corresponde al impugnador destruir a su turno los nuevos elementos de verdad introducidos al expediente sin que pueda limitarse a la inacción. Y esto es especialmente cierto cuando se trata de la prueba de hechos negativos. Probar de manera incontestable que determinado hecho no ocurrió, que determinada persona no ha ejecutado un acto, es cosa difícil y en ocasiones prácticamente imposible. En tal caso, establecidas por el demandante probanzas suficientes para desplazar la presunción que favorece la legitimidad del acto, corresponde al impugnador suministrar la prueba del hecho positivo, que es de muy expedita presentación y que destruye por sí misma las alegaciones del actor. Así, por ejemplo, en el caso concreto que se contempla, correspondía a la parte opositora presentar el plano, el documento, las declaraciones de expertos, en una palabra, la prueba de que se valió la Asamblea de Antioquia para convencerse de que los Municipios de Jericó y Pueblorrico conservan las dos terceras partes de su territorio después de erigido Tarso en Distrito, si es que esa prueba existió; una vez que el demandante suministró una serie de medios probatorios de mucho valor para demostrar que tales documentos o datos técnicos no fueron jamás aducidos ante la corporación. No habiéndose controvertido estos últimos medios probatorios mediante la presentación del dato positivo, enteramente fácil de aducir, fuerza es conceder la razón al demandante. (Véase Josserand, *El espíritu de los derechos,* página 401, número 310).

Cosa enteramente análoga ocurre con la actitud de la Asamblea respecto de otros de los puntos debatidos, o sea sobre las posibilidades que el Municipio de Tarso tuviera para organizar rentas anuales por lo menos de siete mil pesos, y sobre las sumas con que hubiera contribuido

durante los tres años anteriores a las rentas de los Municipios de Jericó y Pueblorrico.

Acerca de este punto existen declaraciones juradas de los Diputados señores Obdulio Gómez, Antonio Jiménez, José Domingo Vargas y José María González, quienes dicen que la Asamblea no tomó dato ninguno de carácter técnico acerca de ese problema, así como el resultado de la inspección ocular verificada por el Tribunal de Medellín el 7 de octubre de 1936, donde consta que en el expediente que tuvo a la vista el ordenador departamental no figura tampoco información ni prueba alguna sobre este problema.

Son aplicables, por lo tanto, con relación a este punto, las consideraciones que acaban de formularse a propósito de la extensión territorial que hayan conservado Jericó y Pueblorrico.

Es verdad que, como se ha dicho ya, en el certificado que expidió, a solicitud del actor, el señor Presidente de la Asamblea de Antioquia, con fecha 31 de marzo de 1936, este funcionario afirma que varios de los Diputados tuvieron a la vista el expediente que sirvió de base al Congreso para expedir la Ley 21 de 1936, y que dicho expediente "reúne las exigencias legales requeridas." Pero, de una parte, la certificación del Presidente de la Asamblea no tiene sino el valor de un indicio respecto de los documentos que contiene un expediente presentado al Congreso; de otra parte, el doctor Pedro Claver Aguirre habla en bloque y sin discriminación alguna acerca de que el expediente reúne los requisitos legales, de manera que no se puede saber cuáles son esos requisitos: si los de la Ley 49 o los de la misma Ley 21, ni si el expediente se refiere a los requisitos necesarios para expedir una ley o para expedir una ordenanza; y, por último, el mencionado Presidente dice apenas que ciertos Diputados estudiaron los documentos a que se refiere, pero no que la corporación los tuviera a la vista, como era de rigor.

Cabe advertir a este respecto que habiendo solicitado el impugnador una copia del legajo de que se viene hablando, a la Secretaría de la Cámara de Representantes, esta oficina informó que en sus archivos no existía documentación ninguna relativa al Municipio de Tarso.

No puede, pues, sostenerse que el certificado expedido por el doctor Pedro Claver Aguirre pueda desvanecer o atenuar en forma apreciable los otros elementos de convicción suministrados por el demandante.

Por lo que hace a la cuestión relativa a la cuota proporcional que la Asamblea estaba obligada a señalar al nuevo Distrito de Tarso en las deudas de aquellos mismos Municipios, la inspección ocular no ofrece luz, y los testimonios de los declarantes son mucho menos precisos, pues apenas dicen algunos de ellos que no recuerdan si la Asamblea tuvo en cuenta deudas distintas de las correspondientes a la sucesión del señor Emilio Restrepo Callejas.

Pero en cambio el demandante ha demostrado plenamente, con los certificados de los Tesoreros respectivos, que la Asamblea no observó criterio alguno de proporcionalidad al fijar tales cuotas. De una parte, es evidente, por el cotejo de las cantidades respectivas y por la declaración expresa que consta en el texto de la misma ordenanza, que sólo se tuvieron en cuenta las deudas que Pueblorrico y Jericó tenían pendientes con la referida sucesión del señor Restrepo Callejas, siendo que tales Municipios tenían otras deudas diferentes bastante mayores. Y de otra parte, resulta que siendo la deuda de Jericó menor en $ 22.556.71 que la de Pueblorrico, se señaló a Tarso como cuota contributiva en favor de aquel Municipio una suma que representa el doble de la señalada a favor del último Distrito, sin que se haya demostrado que la Asamblea tuviera razones diferentes para establecer esta disparidad tan marcada de tratamiento entre Jericó y Pueblorrico.

Violó, por lo tanto, la Asamblea de Antioquia la Ley 21 de 1936 que le imponía el deber de establecer cuotas proporcionales y no arbitrarias.

Es verdad que el artículo 2º de la Ley 49 de 1931 establece un recurso que los Municipios lesionados pueden intentar ante la jurisdicción administrativa contra la fijación de tales cuotas, y que en el caso de autos no aparece que ese recurso haya sido ejercitado. Pero también es verdad que no por el hecho de existir tal derecho para los perjudicados, quede la Asamblea descargada de la obligación de cumplir la respectiva prescripción legal.

A este respecto cabe aducir el caso del artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, numeral 4º, donde dispone el constituyente que si de un acto de agregación o segregación que afecte a un Municipio se quejare algún vecindario interesado, la resolución definitiva corresponderá al Congreso.

Es claro que en virtud de este precepto, pueden las Cámaras mantener o dejar sin efecto una ordenanza de agregación o segregación municipal. Pero, como lo ha dicho repetidas veces el Consejo de Estado, tal disposición no quiere decir que las autoridades de la rama contencioso-administrativa carezcan de competencia para dictaminar sobre la legalidad o ilegalidad de la segregación o agregación. Lo que ocurre es que coexisten dos recursos de índole diversa. Y no puede afirmarse que por el hecho de no haberse ejercitado el uno no pueda ejercitarse el otro, ni que los dos órdenes de atribuciones entren en conflicto para excluirse entre sí.

Dentro de una sana interpretación que consulte el objeto social y la razón de ser de los textos legales, debe aceptarse que el legislador quiso, por medio del artículo 2º de la Ley 49, subsanar los errores en que pudieran incurrir involuntariamente las corporaciones públicas al establecer la proporcionalidad de las cuotas, dentro de un criterio de equidad que debe tomar en cuenta "los recursos fiscales con que quede el Municipio o los Municipios de los cuales se hace la segregación." Pero cuando aparece de manifiesto, como en el presente caso, que la Asamblea sólo consideró una parte de las deudas existentes, por falta de información técnica, y que no observó proporcionalidad alguna, sino que fijó, por el contrario, cuotas que contrarían el concepto mismo de proporción, es preciso concluir que la jurisdicción administrativa conserva la plenitud de su competencia ordinaria para sancionar las violaciones de la ley, cometidas por los ordenadores departamentales.

Como se ha dicho ya, el actor interpuso en este juicio no sólo la acción pública sino también la privada. Pero una vez admitidos los fundamentos legales en que se apoyó la primera de ellas, resulta claro que no es del caso considerar las bases que puedan sustentar la segunda, pues el fallo dictado a virtud de la acción pública implica un pronunciamiento *erga omnes*.

A 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 y en su lugar anula la Ordenanza número 3, de 1936, expedida por la Asamblea de Antioquia, y por la cual se crea el Municipio de Tarso.

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

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Ricardo Tirado Macías—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas.
El Conjuez, *Luis Rafael Robles—Luis E. García V.*, Secretario.

Impuesto sobre la renta

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

A la declaración de renta no puede atribuírsele valor absoluto. Después de presentada, continúa el proceso impositivo que establece la ley. Ella no suele definir, por tanto, la situación del contribuyente de un modo invariable.

Consejo de Estado—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos treinta y siete.

En apelación interpuesta por el interesado, doctor Eugenio J. Gómez, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de esta ciudad, de fecha seis de noviembre del año pasado, ha venido a esta Superioridad el juicio de nulidad de las Resoluciones 1254, de 4 de diciembre de 1935, y 198, de 16 de marzo de 1936, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

La sentencia de primera instancia, apelada, dijo en su parte resolutiva:

"1º No se declara la nulidad de las Resoluciones números 1254, de fecha 4 de diciembre de 1935, y 198, de fecha 16 de marzo de 1936, expedidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a que se refiere este juicio;

"2º El señor Eugenio J. Gómez, en tiempo oportuno, hizo su declaración de renta bruta y de gastos, ciñéndose a los formularios editados por el Gobierno;

"3º La Administración de Hacienda Nacional y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales exigieron, con facultad legal, del contribuyente, comprobantes que no fueron presentados, y

"4º No se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda."

El asunto ha recibido ya en esta corporación la tramitación legal que le corresponde, sin que se observe vicio de nulidad alguno que invalide lo actuado; por tal motivo se procede a resolver lo que sea pertinente, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Por la primera de las Resoluciones acusadas, la Jefatura Nacional de Rentas fijó al demandante un impuesto de $ 620.11 por su renta obtenida en el año de 1934.

Son de la segunda Resolución acusada, recaída a un memorial de reconsideración del interesado, los siguientes apartes:

"El doctor Gómez no ha denunciado renta propiamente dicha, porque se limitó a manifestar (en relación con su negocio de harinas), que había tenido ingresos por ventas en el año gravable, de $ 324.534.01, de los cuales pretende deducir el costo total no solamente de las mercan-

cías que produjeron esos ingresos, sino también de todas las existencias que debieron quedarle al fin del año gravable. Es perfectamente obvio que para que los ingresos provenientes de un negocio como el del doctor Gómez constituyan renta bruta de determinado año gravable, debe deducírseles el costo de las mercancías vendidas en ese año, pero no más sino ese costo, y como ese dato no aparece por ninguna parte, hay una dificultad invencible para conocer la verdadera renta bruta obtenida por el doctor Gómez en el año de 1934."

Con el fin de establecer ese costo, la Jefatura exigió al interesado algunos datos, y éste manifestó que no los tenía, por lo cual dice la Jefatura:

"Subsiste, pues, una imposibilidad para la Jefatura, y no por culpa de ella sino por omisión del contribuyente, de poder saber hasta dónde pueden aceptarse las deducciones solicitadas por concepto de costo de trigo molido y empaques que, se repite, deben limitarse al costo de los productos vendidos durante el año.

"Ante esta dificultad es de aplicación el artículo 14 de la Ley 81 de 1931, que en su parte pertinente dice:

'El Director General en ningún caso podrá, como resultado del estudio de la reclamación, reducir el monto de la fijación reclamada, sin que se le haya suministrado toda la información requerida por él para la decisión correspondiente, inclusive, si así lo estimare necesario, la presentación de los libros y comprobantes del contribuyente respectivo.'

"Lo anterior es suficiente para negar la reconsideración solicitada, y así lo resuelve la Jefatura."

Los hechos fundamentales de tales Resoluciones tuvieron lugar así:

El 25 de enero de 1935, presentó el doctor Gómez su denuncio sobre la renta obtenida en el año de 1934, es decir, dentro del término señalado para el efecto. En este denuncio manifestó que sus entradas brutas en el año de 1934, habían sido las siguientes:

Entradas brutas	$	324.534.01
Salidas		320.377.04
Renta de	$	4.156.97

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales exigió algunos informes escritos al contribuyente para comprobar tales deducciones, y éste manifestó que por varias razones sólo llevaba los cuadernos y cuadros que le permitían controlar su negocio, pero que no llevaba libros completos, siéndole por tal motivo imposible suministrar todos los datos que se le pedían.

Por estos motivos la oficina recaudadora no admitió todos los gastos denunciados y estimó que varios de ellos no eran admisibles, lo que dio lugar a la reclamación del doctor Gómez y a su solicitud de nulidad de las Resoluciones de que trata este juicio.

Es evidente la obligación en que están los comerciantes al por mayor, de llevar libros de acuerdo con la ley, entre los cuales debe figurar el de inventarios y balances, aun para los comerciantes al por menor (artículos 27 y 28 del Código de Comercio), pues sólo así puede conocerse en un momento dado el estado de sus negocios, y, por consiguiente, la renta obtenida en un año determinado.

Con todo, según el certificado de la Cámara de Comercio de esta ciudad, visible a folios 15 y 16 del cuaderno principal, el demandante llevaba sus libros completos o, cuando menos, debía llevarlos, a la época de la reclamación; no obstante, se negó a suministrar la comprobación basada en ellos, que le había sido solicitada.

A la declaración de renta no puede atribuírsele valor absoluto, como pretende el demandante. Después de presentada continúa el proceso impositivo que establece la ley. Ella no suele definir, por tanto, la situación del contribuyente, de un modo invariable.

En efecto:

Rendido el informe que indique la renta bruta durante el año gravable anterior, con especificación de las deducciones y exenciones permitidas y acompañado de cualquiera otra información necesaria para la determinación de la renta líquida gravable en la forma que el Director General de Rentas lo requiera (artículo 11 de la Ley 81 de 1931), sobreviene la revisión en cada Departamento por el Administrador de Hacienda Nacional con aquel fin, sobre las bases de la declaración y de cualquiera otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada, pudiendo dicho funcionario exigir informes escritos del contribuyente cuando sospeche que las declaraciones son falsas o inexactas (artículo 12 ibidem). Aun así, la cuantía del gravamen es susceptible de modificación por el Director General de Rentas Nacionales, si media un reclamo, y este funcionario (artículo 14 ibidem) no puede reducir el monto de la fijación sin que se le haya suministrado toda la información *requerida por él* para la decisión correspondiente, inclusive, si así lo estimare necesario, la presentación de los libros y comprobantes del contribuyente respectivo. Para apreciar cuáles deban ser éstos es lógico que se atienda a la naturaleza de los negocios que dan lugar a gravamen, civiles o mercantiles, y que la principal fuente de información acerca de los últimos sean los libros que el comerciante esté obligado a llevar, o emane de los mismos. Resulta ocioso, por lo menos, afirmar que la tasación de la Administración de Hacienda Nacional tiene fuerza de cosa juzgada.

El doctor Gómez evadió el requerimiento del Jefe de Rentas, invocando razones inadmisibles, puesto que el comerciar por cuenta propia no exime de las obligaciones legales pertinentes, para efectos fiscales, que son los de que se trata. Y en cuanto a la ausencia del país alegada por él, baste observar que ella ni implicaba, ni podía implicar, imposibilidad de atender los compromisos con particulares y con el Estado, por razón de la explotación de sus empresas.

Nada tiene qué objetar el Consejo a lo dicho en la sentencia de primera instancia, que a continuación se transcribe:

".....Se trata de establecer si las deducciones anotadas en la declaración del señor Eugenio J. Gómez han debido aceptarse en su totalidad o nó.

"Es verdad que, en principio, la declaración puede aceptarse en su integridad; pero no es cierto que ella deba serlo, por dos razones:

"1ª Porque la inclusión de deducciones no es confesión, ya que ésta es la manifestación de una parte de ser cierto el hecho *que le perjudica* (artículo 604 del Código Judicial), y es claro que las deducciones no perjudican, sino que, al contrario, benefician al declarante; y

"2ª Porque, según la Ley 81 de 1931 (artículo 12, parágrafo, numeral 2º), los Administradores de Hacienda Nacional pueden exigir informes escritos de los contribuyentes cuando sospechen que las declaraciones son falsas o inexactas.

"Tal cosa ocurrió, precisamente, en el caso que se estudia; el Administrador solicitó del señor Gómez un balance de sus negocios en 1934, según propia confesión del reclamante (folio 3 al principio), quien no lo suministró por considerarlo innecesario (ibidem), y porque no llevó libro de balances e inventario, como lo manifiesta el señor Gómez, en su comunicación al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, de 3 de marzo de 1936 (folio 25 *in fine*).

"Estas razones para nó presentar el balance exigido no son aceptables, porque el señor Gómez estaba obligado a llevar el libro correspondiente (artículo 27 del Código de Comercio).

"Que el demandante es comerciante al por mayor, lo indican claramente tanto el volumen de sus negocios ($ 324.534.01) como el hecho de haber registrado en la Cámara de Comercio de esta ciudad precisamente los libros que deben llevar los comerciantes al por mayor (folio 15).

"De manera que habiéndosele exigido al contribuyente que presentara un comprobante que estaba obligado a tener, según la ley, y no habiéndolo presentado, autorizó al Administrador de Hacienda para no aceptar en su integridad las partidas que aquél consideró como deducciones.

"Con todo, estudiemos separadamente las partidas rechazadas para concluír si, efectivamente, han debido aceptarse o nó:

"Exención por cuatro personas a cargo (hijos) .. .. $ 800.00

"No presentó el contribuyente el certificado exigido por el aparte c) del artículo 10 de la Ley 81 de 1931, luego estuvo bien rechazada esa partida.

"Arrendamientos por habitación particular .. .. $ 305.00

"No es deducible según el artículo 2º de la citada Ley.

"Gastos de producción del molino, luz, energía, jornales, aceites, grasas, reparaciones, repuestos, hilo, seguros .. .. $ 21.494.78

"La Jefatura aceptó únicamente los gastos comprobados, en lo cual procedió correctamente, ya que al contribuyente se le solicitó la información de que se habló arriba, sin que él atendiera tal exigencia.

"Descuentos, bonificaciones ....$ 2.401.73

"Tampoco pudieron ser aceptados por la Jefatura debido a la remisión del contribuyente en presentar sus balances, a lo cual estaba obligado, como ya se vio.

"Agua y luz no incluídos en arrendamientos (casa particular) .... $ 60.00

"No son deducibles ni constituyen exención.

"En cuanto a salarios, jornales y otras compensaciones por servicios personales, la Resolución 1254, contiene razones legales suficientes para confirmarla en este punto también......"

Aún más:

Si en vista de los comprobantes que invoca el doctor Gómez, y que había presentado ante la Jefatura con anterioridad a la primera decisión de ésta, el Consejo dedujera total o parcialmente el gravamen asignado, se expondría, dada la indeterminación de la demanda por distintos conceptos, a conceder de nuevo deducciones y exenciones a las cuales ya había accedido la Jefatura.

Al surtirse la primera instancia, el doctor Gómez presentó tres cuadernos de listas de obreros y de pagos por jornales y salarios hechos en 1934. Sobre este particular prescribe el artículo 2º de la Ley 81 de 1931, que no se hará ninguna deducción por pago o pagos de........ salarios, jornales y otras compensaciones por servicios personales, si tales pagos ascienden a cien pesos o más *en el año*.......... a menos que el contribuyente presente con su informe de renta una declaración que contenga el nombre y dirección de quienes hayan recibido el pago o pagos y el monto de las sumas pagadas, lo que tampoco cumplió oportunamente el demandante. Además, lo anotado en dichas listas, que por sí mismas carecen de valor probatorio, debió ser consignado siquiera globalmente en los respectivos libros de comercio.

Y aunque se incurra en repetición, sólo resta observar que la circunstancia de no haber sido aceptadas las exenciones pedidas por el interesado, no querría decir que ellas no se hubieran llevado a cabo, ni que por tanto sea falsa su declaración de renta, sino que no se comprobaron satisfactoriamente en la forma que determina la ley.

Dice el señor Fiscal en su vista de fondo:

"Por lo expuesto, soy de concepto que debe confirmarse la sentencia recurrida, no sin observar antes que las declaraciones que hace al respecto el Tribunal en la parte resolutiva de su fallo son del todo improducentes. El Tribunal no tiene facultad sino para declarar o nó la nulidad de los actos acusados, ordenando, como consecuencia, el reintegro de las sumas que se hubieren pagado con exceso. Las declaraciones de los puntos 2º y 3º están fuera de lugar, y creo que, por tanto, debe reformarse la sentencia en el sentido de negar simplemente las peticiones de la demanda."

Son también atendibles las razones anteriores, para el efecto de modificar la sentencia recurrida. La solicitud relativa a que la declaración de renta se hizo oportunamente tendía a respaldar la pretensión del actor de que dicha declaración tiene valor absoluto y ya se vio cómo no es así.

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

FALLA:

1º No son nulas las Resoluciones números 1254 de 4 de diciembre de 1935, y 198 de 16 de marzo de 1936, dictadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales; y

2º No es el caso de hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Queda en estos términos modificada la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Pedro Martín Quiñones. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Con mi voto negativo, *Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Inamovilidad de los Profesores

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

En nada cambia el carácter que por sí tiene un establecimiento, por habérsele conferido a su rector la calidad de miembro de junta directiva de establecimiento distinto al que regenta. El Gobierno ha asignado a la enseñanza comercial la calidad de instrucción secundaria técnica.

Consejo de Estado—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos treinta y siete.

Pide el doctor Nicasio Anzola, en demanda presentada el 2 de julio de 1937, que se declare la nulidad del Decreto ejecutivo número 441, de fecha 19 del pasado febrero, por cuanto omitió o suprimió, al reglamentar en general los estudios de comercio, la cátedra de Economía Política que él venía regentando en la Escuela Nacional de Comercio que funciona en esta ciudad.

A juicio del demandante, la supresión de la referida asignatura ocasiona virtualmente su separación o destitución, con detrimento de los derechos que como a profesor le otorgan las leyes y decretos ejecutivos sobre instrucción pública.

Plantea la demanda las siguientes cuestiones que se examinarán más adelante con el debido detenimiento.

a) En el Decreto 1403 de 1910, reglamentario de la Escuela Nacional de Comercio, expedido en ejercicio de la atribución que al Presidente de la República le confería el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución de 1886 (hoy numeral 13 del artículo 115), se dio a dicha Escuela el carácter de instituto de educación *profesional;*

b) *Por razón de ese carácter,* el Rector de la Escuela Nacional de Comercio entró a formar parte del Consejo Universitario creado por el artículo 4º del Decreto 1904, reglamentario éste de la Ley 39 de 1903, orgánica de la instrucción pública, y los profesores de la misma Escuela vinieron a quedar bajo la protección general que les dispensa el artículo 26 de dicha Ley, y

c) De conformidad con la Ley orgánica de la Universidad Nacional (68 de 1935), la persona jurídica correspondiente comprende las "escuelas profesionales" (artículo 2º), e, implícitamente, la Escuela Nacional de Comercio, y los respectivos profesores no pueden ser destituidos (artículo 26), sino por mala conducta o incompetencia y a moción del Consejo Directivo.

El doctor Anzola ha invocado y acreditado, además, entre otros hechos, su nombramiento como profesor de Economía Política de la Es-

cuela Nacional de Comercio, por Decreto 787 de 1926, la subsiguiente posesión y el desempeño de la cátedra hasta la expedición del Decreto 441 del año en curso, acusado como queda dicho.

Invoca, por último, como violados, el artículo 26 de la Ley 39 de 1903, el artículo 26 de la Ley 68 de 1935 y las demás disposiciones pertinentes.

Se ha surtido la tramitación que corresponde y ha llegado el momento de decidir en el fondo, para lo cual se considera:

La Ley 39 de 1903, dividió la instrucción pública en primaria, secundaria, industrial y profesional (artículo 2º); colocó la secundaria, lo mismo que la primaria (artículos 3º y 4º), bajo la inspección del Ejecutivo, lo que sobraba decir, dado lo dispuesto en el artículo 120, numeral 15, de la Constitución de 1886; dividió también la secundaria en técnica y clásica (artículo 11); dispuso *taxativamente* (artículo 23), que la instrucción *profesional* se daría en la Facultad de Filosofía y Letras del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en las Facultades de Ciencias Naturales y Medicina, Matemáticas e Ingeniería Civil, Derecho y Ciencias Políticas, en la Escuela de Veterinaria y en el Colegio Dental establecido en la capital de la República, así como en las Facultades de los Departamentos referidas en el artículo 33; colocó a las Facultades distintas del Colegio del Rosario bajo la dirección inmediata de un Consejo Directivo, compuesto del Rector y de cuatro profesores designados anualmente por el Gobierno (artículo 25); estableció (artículo 26) que los profesores los nombraría el Ejecutivo de ternas presentadas por los respectivos Consejos, previo dictamen del Consejo Universitario, que los catedráticos nombrados así serían inamovibles mientras fueran aptos y observaran buena conducta, y confirió a dichos profesores la facultad de retirarse, al cumplir sesenta y cinco años, con derecho a las dos terceras partes del sueldo anual de que hubieran disfrutado, siempre que hubieran desempeñado la respectiva cátedra durante diez años a lo menos, y el mismo derecho a todo profesor, sin consideración a su edad, que hubiere desempeñado una cátedra durante más de veinte años en las Facultades profesionales, en la Escuela Nacional de Minas o en el Instituto Agrícola; dispuso también (artículo 27), que el Consejo Universitario —cuerpo consultivo del Gobierno en lo tocante a instrucción profesional— se compondría del Ministro de Instrucción Pública y de los Rectores de las Facultades de que habla el artículo 23, y (artículo 28) asignó al Gobierno la facultad de fijar, oído el concepto de los Consejos Directivos de las Facultades, las asignaturas de cada una de ellas.

De lo expuesto se deduce que la Ley 39 de 1903 no incluyó, ni expresa ni tácitamente, a la Escuela Nacional de Comercio entre los institutos profesionales y facultades cuyos profesores, únicamente, gozaban del beneficio de inamovilidad según lo previsto en ella.

Cuando se expidió el Decreto 441 que se acusa, regía la Ley 68 de 1935, que sustituyó a aquélla en lo relativo a instrucción profesional, a facultades y *escuelas profesionales* donde se da dicha instrucción y que constituyen la Universidad, entendiéndose que unas y otras lo son en razón de la designación que se les da *(Facultad* de Ingeniería, *Escuela* de Minas, etc.) y de la naturaleza de los cursos que en ellas se siguen; en lo relativo a la formación del Consejo Directivo, a designación y remoción de profesores, etc.

Evidentemente, la Escuela Nacional de Comercio tendría el carácter de Escuela profesional si como tal hubiera funcionado al expedirse la Ley 68 ibidem. A la determinación con que venía actuando y actuaba entonces debe contraerse, ante todo, el presente fallo.

Alega el actor que ese carácter de instituto profesional se le atribuyó en el Decreto 1403 de 1910, al cual se remite un certificado expedido por el señor Secretario de la Escuela Nacional de Comercio (folio 3 del

cuaderno principal), que contiene una afirmación en sentido idéntico.

Pero en dicho Decreto no hay norma expresa alguna que disponga cosa igual o siquiera semejante. Si se dictó en desarrollo de la Ley 39 ib. y su decreto reglamentario, mal hubiera podido preceptuar medidas contrarias o que convirtieran en institutos profesionales los no comprendidos en la enumeración *taxativa* del artículo 23 de la mencionada Ley. Si, como asevera el actor, tuvo su origen en el artículo 120, numeral 15, de la Constitución de 1886 y se pudiera colegir que obraba a título de *adición* del citado artículo 23, no podía inferirse tácitamente de él, como no se infiere, el pretendido carácter de la Escuela Nacional de Comercio.

Dentro de la lógica, idéntica fuerza, cuanto a su procedencia constitucional, debe asignársele al Decreto acusado, y suponiendo que éste es violatorio de la Constitución, por la omisión que el actor anota, correspondería a otra entidad conocer de la demanda respectiva, si acaso el acto que creó la cátedra que tan brillantemente regentaba el doctor Anzola produjo una situación jurídica inmodificable y si fuere posible, por tanto, declarar la nulidad de un decreto por violación de los derechos civiles nacidos de otro decreto.

El artículo 78 de la Ley 130 de 1913 —citado por el demandante— concede acción contra los actos del Gobierno o de los Ministros, que no sean de la clase de los sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema según el artículo 149 de la Constitución, cuando sean contrarios a ésta, o a *la ley*, o lesivos de derechos civiles.

Por este último concepto entabló su demanda el actor, es decir, promovió la acción privada, acreditando una situación individual y concreta que, dice, el Decreto 441 ib. le desconoce.

No existiendo la pretendida lesión porque para ello se requeriría que los vínculos entre el actor y el Estado, provenientes de haber desempeñado el primero una cátedra, implicaran, ante todo, relaciones de derecho privado y su desconocimiento constituyera a su vez violación de las disposiciones *legales* que amparan esas relaciones.

Ya se vio cómo el beneficio de inamovilidad acordado por el artículo 26 de la Ley 39 de 1903 rigió hasta la vigencia de la Ley 68 de 1935, que consagra idéntica norma, en favor de los profesores de institutos profesionales, elegidos por el Ejecutivo de ternas presentadas *por los Consejos Directivos de las Facultades profesionales*, previo dictamen del Consejo Universitario. Y aunque hubiera de presumirse que de tal manera se nombró por el Gobierno al doctor Anzola, cabe repetir que jamás la Escuela Nacional de Comercio ha tenido el carácter de instituto profesional.

Se argüirá que por haber dispuesto el Decreto número 970 de 1910 (28 de octubre) que el Rector de la Escuela Nacional de Comercio de esta ciudad formaría parte del Consejo Universitario restablecido por el Decreto 949 del mismo año, dicha Escuela quedó en igual pie que los establecimientos donde se daba instrucción profesional.

Pero, aparte de lo expuesto, procede decir que la reglamentación legal o ejecutiva respecto del profesorado de las Facultades profesionales difiere de la que atañe a los Consejos Directivos y al Consejo Universitario, y que en nada hubiera cambiado el carácter que por sí tiene la Escuela Nacional de Comercio por habérsele conferido a su Rector, verbigracia, funciones directivas en el ramo de enseñanza primaria, como no cambia la naturaleza del Poder Público por su intervención como tal en actividades de la vida privada.

Generalmente el Gobierno ha fijado, por medio de decretos, el plan de estudios o pénsum de los establecimientos nacionales de educación, sin sujetarse a normas rígidas. Y particularmente le ha asignado a la enseñanza comercial la calidad de instrucción secundaria técnica, lo

que se deduce de varias disposiciones, una de ellas el artículo 119 del Decreto 491 de 1904, Título XII, Capítulo II, que precisamente trata "de la instrucción secundaria técnica."

Aun suponiendo que los profesores de enseñanza secundaria gozan de prerrogativas iguales a las de los maestros de escuela primaria o a las de los catedráticos de los establecimientos profesionales, por lo que hace a las condiciones requeridas para su remoción y *mientras subsistan* las asignaturas a su cargo, nada tan evidente como que el mantenimiento o la supresión de éstas queda al arbitrio del encargado de elaborar los pénsums o planes de estudios. La intervención legislativa ha sido casi nula por este aspecto y se ha limitado a conceder al Gobierno la mayor amplitud, dando los lineamientos generales sobre lo que debe ser cada variedad de la instrucción o educación pública.

De otro modo ocurriría si determinada asignatura perteneciera como cosa propia al respectivo profesor, acerca de lo cual no existe precepto legal alguno. Los empleos y cargos de creación constitucional o legal tienen excepcionalmente período fijo, lo que no obsta para que el constituyente o el legislador, según el caso, pueda reducir éste o suprimir aquéllos. En lo referente a catedráticos de la Escuela Nacional de Comercio, el artículo 20 del Decreto 1403 de 1910 establece que su nombramiento corresponde al Gobierno, y, tocante a su remoción, tampoco hay norma que exceptúe o restrinja las atribuciones ejecutivas.

En apoyo de todo lo expuesto, el Consejo se limita a transcribir los siguientes artículos del Decreto ejecutivo número 1451 (diciembre 30) de 1921:

"1º La Escuela Nacional de Comercio es un plantel oficial de enseñanza secundaria.

"Su organización, plan y método de enseñanza son impuestos por el Gobierno.

"Su personal: superiores y profesores, son empleados de Gobierno, y éstos, como el plantel en general, están bajo las órdenes y la supervigilancia inmediata del señor Ministro de Instrucción Pública.

"2º Los estudios de la Escuela Nacional de Comercio comprenderán dos secciones: la comercial y la de bachillerato.

. . . . . .

"21. Los catedráticos de la Escuela Nacional de Comercio serán nombrados por el Gobierno, a propuesta del Rector, para un período de un año. En caso de no hacerse nuevo nombramiento, subsistirá el anterior.

. . . . . .

"62. Quedan derogados los reglamentos que se hayan dado para la Escuela Nacional de Comercio con anterioridad al presente."

A manera de antecedente, invoca también el doctor Anzola un fallo del Consejo, anulatorio del acto que omitió la inclusión en un presupuesto de una partida oportuna y legalmente votada, caso que en un todo difiere del particular suyo porque ella había sido prevista y ordenada. Pero, ¿de dónde deducir que una cátedra creada por decreto ejecutivo no pueda ser suprimida por otro decreto?

El señor Fiscal es de concepto que no debe accederse a lo pedido.

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

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese.

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Pedro Martín Quiñones. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Cesión de bienes departamentales

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

Cuando el constituyente dispuso que los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, quiso consagrar en favor de esas entidades el concepto clásico de propiedad con todos sus atributos.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre veintitrés de mil novecientos treinta y siete.

A virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal demandante, vino al Consejo el juicio sobre nulidad de los artículos 4º y 5º de la Ordenanza número 3, de 28 de junio de 1935, expedida por la Asamblea de Santander, que el Tribunal Administrativo de Bucaramanga despachó en forma adversa a las peticiones de la demanda.

Son del siguiente tenor los artículos acusados:

"Artículo 4º Cédense a favor del Municipio del Socorro los derechos que hoy tenga el Departamento en la Casa de Gobierno, situada en la plaza principal de esa ciudad, en su acera norte, marcada con los números 908 a 918 y deslindada así: por el Oriente, con propiedad del mismo Municipio; por el Norte, con la calle décima; por el Sur, con la plaza principal, y por el Occidente, propiedades de los señores Jorge Rivero y Roso Beltrán.

"La Secretaría de Hacienda procederá, una vez sancionada esta Ordenanza, a otorgar escritura pública, en nombre del Departamento y a favor del Municipio del Socorro, representado por su Personero Municipal, de los derechos que se ceden.

"Artículo 5º Cédense al Municipio de Galán los derechos y acciones de propiedad del Departamento en un predio ubicado en esa jurisdicción y en el sitio de *Los Medios*, y que le fueron adjudicados en el remate verificado ante el Juez de dicho Municipio en el juicio seguido contra Luis Francisco Pinilla por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales del Departamento y predios cuyos linderos constan en la respectiva diligencia de licitación."

Para decidir en definitiva, se observa:

Se encontraba el señor Gobernador, cuya intervención en este juicio ha sido insistente, en condiciones jurídicas idénticas a las del antecesor suyo, que sancionó la Ordenanza, cuyos artículos 1º y 2º hubieran podido merecer tachas iguales a las propuestas y que no fueron objeto de acusación. La demanda introducida pretende que hubo violación de los artículos 98 y 198 del Código Político y Municipal.

Las sentencias deben estar en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes (artículo 471 del Código Judicial). Y la demanda, en juicios contencioso-administrativos debe expresar lo que se pide, las disposiciones constitucionales y legales en que se funda, etc. (artículo 54, Ley 130 de 1913). Esta especificación de requisitos no se aviene con la eventualidad de que a cualquier libelo, por el solo hecho de ser presentado en tiempo oportuno, se le interprete en forma que haga viable el estudio por todo concepto de las disposiciones acusadas. Se burlaría el mandato del legislador si la decisión final tuviera tánta amplitud de apreciación que bastara pedir en la demanda el examen del acto acusado a la luz de todas las disposiciones constitucionales, legales, etc. La demanda determina todas las incidencias del proceso, y, lo que es más importante, la calidad, el mérito, la conducencia, la finalidad de las pruebas. Desoir la norma que la ley señala en el particular es romper el equilibrio que debe regir la actuación de las partes, implica desconocimiento de la igualdad jurídica de éstas y hace, en muchos casos, baldía, difícil o aun imposible la defensa de un interés o de un legítimo derecho del opositor, sobre todo cuando trata de aplicarse una norma no invocada en oportunidad, que prevea situaciones de hecho. Y aunque la ley da cabida a autos para mejor proveer, parece que el uso de tal atribución debe ceñirse a lograr el esclarecimiento de las dudas que suscite lo sustancial del proceso, según los términos de la demanda, en manera alguna el de nuevos aspectos surgidos durante el curso del juicio.

Las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de dichas palabras cuando el legislador no las ha definido expresamente. "Aplicar," conforme al Diccionario de la Academia Española, equivale a emplear una cosa para conseguir determinado fin; a destinar o a adjudicar. "Destinar" es señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto. "Adjudicar" significa declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho. "Ceder," a su turno, es lo mismo que dar, transferir, traspasar a otro una cosa, acción o derecho. Y "dar" se toma, asimismo, como sinónimo de "aplicar." Hay, como se ve, estrecha conexión entre los vocablos que se analizan, con la circunstancia de que "aplicar" es más comprensivo y amplio y contiene, por lo tanto, distintas acepciones que obran en el presente caso y para los efectos legales, con plena eficacia, sobre todo si la disposición citada que lo emplea se estudia, según se dijo atrás, en presencia de otras que, a juicio del Consejo, complementan y explican ese artículo 198.

En efecto, cuando el constituyente de 1910 dispuso que los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, quiso consagrar, ante todo, en su favor, el concepto clásico de propiedad con todos sus atributos jurídicos. Que a continuación dijera que dichos bienes y rentas gozan de las mismas garantías de las propiedades y rentas de los particulares, es cosa que no puede entenderse a título de limitación de aquel principio o en el sentido de que sólo se pretendió amparar aquel derecho contra actos abusivos. Es separable en dos períodos, con significación o alcance propio e independiente, la primera parte, materia de este comentario, de la respectiva disposición constitucional. Y, más claro, la segunda refuerza la primera y reafirma el propósito de atribuir a los bienes y rentas de los Departamentos y Municipios las características esenciales, las modalidades sustantivas del derecho de propiedad.

Ataca la demanda el acto de la Asamblea por su aspecto de fondo, es decir, sobre la hipótesis de que los Departamentos carecen del derecho de *disponer* de sus bienes, y en ella se omite toda consideración tocan-

le a condiciones de forma o a los requisitos que hubieran de hacer valedera o eficaz la intención de dicha entidad, por lo cual resulta ociosa, inoportuna e improcedente toda observación al respecto.

En desarrollo del precepto constitucional invocado, que bastaría como fundamento de esta decisión final, se consignó en el artículo 195 del Código Político y Municipal una norma según la cual "*pertenecen* a los Municipios..... los bienes que *les señalen* las leyes y ordenanzas," previsión ésta que, si se admitiera la tesis de la demanda, daría cabida al absurdo de que dicho señalamiento podría versar únicamente sobre los bienes que no fueran nacionales o departamentales.

Siendo, por otra parte, subsidiaria la petición encaminada a que se declaren nulos los artículos 4º y 5º de la Ordenanza número 3 de 1935 por violación del 98 del Código Político y Municipal, de la que pretende la infracción del artículo 198 ib., pecaría por exceso toda consideración sobre cuestiones ajenas al texto de la demanda o que en ella no se plantearon o no se supieron plantear. Si ella no fuera fundamento obligado del fallo de fondo, las alegaciones posteriores valdrían tanto como adiciones, reformas o enmiendas de la misma, contra nociones elementales de procedimiento.

Por último, en cuanto a la cuestión de si la Asamblea se inspiró en motivos graves de interés público, existe la presunción de que tal requisito fue acatado, puesto que a los autos no vino antecedente alguno de la Ordenanza, que pudiera respaldar apreciaciones en sentido diferente. Cabe argumentar así con referencia a otros puntos que, como atrás se dijo, se han alegado tocante a aspectos adjetivos del problema.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su Fiscal, CONFIRMA la sentencia recurrida.

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

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Salvando voto, *Pedro Martín Quiñones—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

La cesión pura y simple de los bienes departamentales o de alguno de ellos, sin compensación, no puede tener causa distinta de la liberalidad. Mas queda descartada la liberalidad como causa lícita de las actividades de las Asambleas, entre otras razones, porque de manera expresa así lo consagra el ordinal 4º del artículo 98 del Código Político y Municipal.

Debo dejar constancia de mi disentimiento con la mayoría del Consejo en este concreto caso por la grande importancia que se asigna al fenómeno en relación con las actividades funcionales de las Asambleas. Para llenar este propósito basta extractar algunos pasos del proyecto que hube de someter a la consideración de mis colegas cuando terminó la labor a mi cargo.

Por lo que atañe a la administración y disposición de bienes departamentales, tienen las Asambleas estas funciones: por el ordinal 2º del artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, "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 caminos y 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, la fiscalización de las rentas y gastos de los Distritos y cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno"; y por el ordinal 9º del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal, "la administración de los bienes del Departamento," y por el 10 "el fomento y administración de las obras y establecimientos públicos que interesen exclusivamente al Departamento," y por el 26 "reglamentar el repartimiento o la enajenación o destinos de los terrenos baldíos cedidos al Departamento de conformidad con las leyes."

El artículo 129 del Código de Régimen Político y Municipal recoge el principio constitucional que garantiza la propiedad exclusiva de los bienes y rentas de los Departamentos y los somete al régimen de derecho común para todo lo relativo a esa individualidad jurídica.

La ley reconoce tres categorías de bienes: los de la Nación, los de los Departamentos y los de los Municipios. Son otros tantos patrimonios distintos y separados, para cuyo arreglo, respecto de los primeros, procede la expedición de una ley; los segundos, exigen ordenanzas, sobre las bases dadas por la ley, y los terceros, acuerdos sobre bases legales y ordenanzales.

El sistema legal reconoce que hay dos funciones en cuanto a los bienes de las entidades públicas: la meramente administrativa, que es la que se llama comúnmente de administración y que comprende su conservación, mejora, uso, goce y movimiento; y la disposición que comprende su enajenación, cesión, adjudicación, etc. El Código Fiscal le consagra a estas dos manifestaciones de la actividad dos capítulos separados, por lo que a la Nación respecta.

El mismo Código repite que hay haciendas departamentales y municipales, que se rigen "en cuanto a su organización, administración y disposición, por ordenanzas o acuerdos dentro de los límites trazados en la Constitución y en la ley."

El Código Fiscal reglamenta todo lo que concierne a la enajenación de los bienes nacionales; el Código Político y Municipal, artículo 204, estatuye los requisitos necesarios para la disposición de los bienes del común, del Municipio; pero en parte alguna de estas dos obras se incluye lo relativo a bienes departamentales.

Téngase en cuenta que la unificación de la legislación nacional y la codificación adoptada con tan laudable propósito conserva aún aplicados al ambiente general de la República algunos viejos códigos expedidos durante la existencia de los antiguos Estados Soberanos, es decir, en la época de la República Federal; que los Departamentos, constituídos en dichos Estados Soberanos, tenían plena libertad de legislar sobre todo lo concerniente a sus propias Haciendas y que todos los Estados expidieron el Código Fiscal, que sistematizó esa función, algunos de los cuales gobiernan las finanzas locales.

Las leyes expedidas a partir de la centralización operada en 1886, que ha venido atenuándose comprensivamente, no se detienen, sin embargo, a reglamentar detalladamente la disposición del patrimonio departamental; el artículo 237 del Código de Régimen Político y Municipal deja esto a las ordenanzas, como ya se dijo, pero ceñidas a las normas legales; hay, pues, un vacío que corresponde llenar a los respectivos Códigos Fiscales.

Todos éstos tienen hoy el rango de ordenanzas normativas de importancia trascendental, que obligan aun dentro de la técnica jurídica, a los propios cuerpos que las expiden. Pero en el ambiente general del Derecho positivo colombiano no puede anularse una ordenanza por contraria a preceptos generales contenidos en otra ordenanza.

Surge entonces el problema referente a la legalidad de esos Códigos Fiscales departamentales; ¿podría, en efecto, declararse la nulidad de los mandatos ordenanzales recogidos en estas obras, muchas de las cuales, por ejemplo la del Departamento de Caldas, son modelos de legislación fiscal? Evidentemente que nó, porque responden con fidelidad inobjetable a los principios constitucionales que dan vida y acción a los Departamentos y a sus organismos de administración, y porque mantienen el imperio de los preceptos legales que sistematizan el funcionamiento de las Haciendas nacional y municipal, y siguen la misma ruta, acomodada a las circunstancias.

Luego, si se conforman al ambiente jurídico nacional, si cumplen una función impuesta por la interdependencia de las entidades públicas, son de ineludible imperio, y a esos Códigos debe acomodarse la labor de los órganos superiores de la administración seccional cuando tratan de proveer lo que atañe a la enajenación de un bien de su propio patrimonio.

Ya se dijo, pero debe repetirse, que el Código de Régimen Político y Municipal y la Constitución regulan taxativamente las funciones de las

Asambleas y que todas ellas miran a su actuación como cuerpos administrativos; que son sustancialmente distintos los conceptos "administración" y "disposición," aplicados a los bienes de las entidades de derecho público, y que lo relativo a ésta sólo está enunciado para los Departamentos en la ley, y delegado en su reglamentación a las ordenanzas, siempre dentro de los principios legales.

El primero de los cuales proclama la facultad de enajenar los bienes que no estén afectos a los servicios públicos, es decir, aquellos respecto de los cuales no tiene el Departamento una necesidad de aprovechamiento actual. Esa enajenación se entiende a título oneroso y debe cumplir requisitos semejantes a los que rodean la venta de bienes nacionales y municipales, porque las tres entidades deben estar sometidas a regímenes idénticos.

Así, las ordenanzas pueden autorizar la venta de esos bienes no necesarios para el servicio público y aun eximir, en circunstancias excepcionales, esa venta de determinados requisitos.

Ahora bien: la cesión pura y simple de esos bienes o de alguno de ellos sin compensación, no puede tener causa distinta de la liberalidad.

La ley no ha podido prever el caso de que las entidades públicas se hagan cesión gratuita de ciertas especies, sin sujeción a las reglas de derecho común, por cuyo imperio se exigió la reforma constitucional de 1910. Queda, pues, descartada la liberalidad como causa lícita de las actividades de las Asambleas, no sólo por virtud de lo ya expuesto, sino porque de manera expresa así lo consagra el ordinal 4º del artículo 98 del Código Político y Municipal: "Decretar a favor de alguna persona natural o *jurídica* gracias o pensiones....."

Algunas disposiciones esparcidas a lo largo de las faenas legislativas apoyan las tesis expuestas: por virtud de la Ley 62 de 1919 pueden los Departamentos enajenar ciertos bienes de su propiedad, y hay otras leyes que regulan esta acción aplicada a los bienes adscritos al servicio de la instrucción pública, a las cuales alude el Consejo en la sentencia de 5 de diciembre de 1935.

Pero se arguye con insistencia que no se trata de cesión a título gratuito sino de aplicación de esos bienes departamentales a los Municipios querellantes, cual autoriza el ya comentado artículo 48. Este concepto legal exige determinadas especiales ocurrencias de interés general para que los Departamentos puedan, efectivamente, destinar a ciertos servicios municipales algunos de sus bienes; es decir, para que puedan aplicar el uso y el goce de tales bienes a dicho servicio municipal, pero sin desprenderse, claro está, de la propiedad nuda, que para esto surge el imperio de las reglas normativas atrás interpretadas.

Aplicar los bienes a ciertos Municipios cuyo patrimonio sea escaso o deficiente, y cuyos servicios sean, empero, de interés general, no equivale a una cesión gratuita de su dominio; esa aplicación no transfiere válidamente tal dominio, ni puede por este medio sustraerse al patrimonio departamental un bien dado, porque ya se ha dicho que ese patrimonio sólo puede afectarse según el sistema general aplicable.

Dentro del derecho común, los modos de adquirir y los títulos traslaticios del dominio están sujetos a otros tantos regímenes que no se compadecen con la extensión que el Tribunal *a quo* da al artículo 198 del Código Político y Municipal, norma ésta de restringido alcance al campo meramente administrativo y que no puede crear nuevas categorías de disposición para los bienes particulares de las entidades públicas. Válidamente, pues, por el sistema puesto en boga por la Asamblea de Santander, no se transfiere dominio de derecho real alguno sobre los inmuebles allí determinados y que son de propiedad departamental.

No puede argüirse válidamente que con esta teoría se restringe la autonomía departamental, como no se restringiría la nacional si se hiciese igual reparo a una providencia de este orden. La autonomía reza con la acción administrativa y exige mayor amplitud en cada movimiento de avance por la senda del progreso. Pero la autonomía párte y debe surgir de la Constitución y de la ley; y el abuso de ella lleva al desconocimiento de esas normas superiores en perjuicio de los propios intereses administrativos.

Pedro Martín Quiñones—Luis E. García V., Secretario.

Inexactitud en la declaración del patrimonio

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

No es doctrina aceptable la que pretende que las sanciones legales sólo pueden recaer sobre aquella parte de patrimonio en que hubo declaración inexacta. El gravamen asignable es uno. Sería absurdo sostener que son tantos cuantos elementos formen el patrimonio a él sujeto.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

Al conocimiento de esta entidad ha venido, sólo por via de consulta, el juicio promovido por la señorita Vicenta Aguiar Hernández contra la Resolución número 327, de 13 de marzo del año en curso, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en el cual se dictó sentencia el 30 de julio pasado por el Tribunal Administrativo de Bogotá, la que en su parte resolutiva dispuso:

"Refórmase la Resolución número 327 de 13 de marzo de mil novecientos treinta y siete (1937), procedente de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en el sentido de que la sanción por las inexactitudes en el denuncio de la señorita Vicenta Aguiar Hernández, sólo puede aplicarse a aquella parte de su patrimonio en que hubo inexactitud en el denuncio, y por lo mismo la Nación queda obligada a devolverle la suma mayor de pesos que la interesada haya consignado por tal concepto, inmediatamente que quede ejecutoriada esta sentencia, la cual debe consultarse con el Consejo de Estado....."

Surtida la tramitación correspondiente, se pasa a decidir.

Sólo cabe examinar si es legalmente fundada la parte resolutiva transcrita, o sea si la obligación que en ella se declara a cargo del Estado ha de mantenerse o nó. Esto, porque la sentencia del Consejo no podría ir más allá que la del Tribunal, volviendo sobre todas las cuestiones que plantea la demanda. Y es que la consulta que se surte a virtud de lo dispuesto en el articulo 508 del Código Judicial no procede, en el presente caso, sino pâra el efecto de que se decida sobre la oportunidad jurídica del reintegro ordenado, mejor dicho, únicamente confiere jurisdicción al Consejo en lo desfavorable a la Nación y en la parte que produjo tal resultado.

De la primera resolución de la Jefatura, recaída sobre la reclamación de la señorita Aguiar contra la liquidación verificada por la Administración Nacional de Hacienda de Cundinamarca, se destacan los siguientes apartes, para la debida inteligencia del asunto:

"La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca no aceptó la declaración por considerarla inexacta, y, al efecto, procedió a tomar las informaciones pertinentes. De acuerdo con datos oficialmente obtenidos en la Recaudación de Hacienda Nacional de Chiquinquirá, se comprobó que el valor de la mitad de la hacienda de *La Esmeralda* es de quince mil pesos ($ 15.000) y no de dos mil quinientos ($ 2.500), declarado por la propietaria. Igualmente se comprobó que el valor catastral de una casa situada en el mismo Municipio es de cuatro mil pesos ($ 4.000), y no de cuatrocientos ($ 400), como lo afirma en su declaración la señorita Vicenta Aguiar Hernández. En consecuencia, por concepto de patrimonio, la interesada ocultó valores que ascienden a la cantidad de diez y seis mil cien pesos ($ 16.100).

"En su memorial de reclamo afirma la contribuyente haber sufrido una equivocación al declarar en la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) el valor de la mitad de la hacienda de *La Esmeralda,* pero que posteriormente enmendó el error informando que el valor catastral de tal propiedad era mayor. Efectivamente, en carta de 17 de julio del año en curso, dirigida al señor Auditor de Impuestos de la Administración de Hacienda, la señorita Aguiar dice que 'asignó a la mitad de la hacienda de *La Esmeralda,* de que soy propietaria, la suma de doce mil pesos, como avalúo catastral.' Esta afirmación es igualmente inverídica, pues el avalúo catastral de la finca asciende a la suma de treinta mil pesos ($ 30.000). En cuanto al valor de la casa de Chiquinquirá, no dice nada, en la comunicación referida, pero en el memorial manifiesta que se le olvidó poner un cero en la cifra que determinaba el precio de esta propiedad.

"Estudiada cuidadosamente la declaración fundamental, la carta que posteriormente la adiciona, el memorial de reclamo y los elementos de información allegados por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, así como también los recibos que adjuntó la interesada para probar la partida de impuestos pagados, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales llega a la conclusión de que la declaración de la reclamante fue inexacta....."

Pretende la demandante que las sanciones legales sólo pueden recaer sobre aquella parte del patrimonio en que hubo declaración inexacta, que debe ser proporcional. A este respecto, el Tribunal razona así:

"..... Son suficientes las anteriores reflexiones para que el Tribunal deduzca que no es el aspecto del dolo la circunstancia que deba tenerse en cuenta para interpretar el artículo 2º de la Ley 78 de 1935, sino que tal interpretación debe hacerse teniendo en cuenta consideraciones de ética legal, y que por este aspecto no se aviene con ésta una aplicación rigurosa en el sentido de que la pena que se imponga se refiera al 100% del impuesto, sobre la totalidad del patrimonio del contribuyente, sino que tal sanción ha de referirse a aquella parte del patrimonio donde recayó la inexactitud. De lo contrario, sería inequitativo e injusto sancionar el denuncio del contribuyente en la parte que no merece reparo legal, pues valdría tanto como sancionar el cumplimiento de la ley en aquella parte.

"Porque se trata de aplicar una disposición que impone pena o sanción, hay que interpretarla de acuerdo con el principio universalmente aceptado de que las leyes que no son suficientemente claras, se deben considerar con un criterio de ética legal, porque esto es lo que se aviene con la moral, considerando el asunto desde un punto de vista favorable al contribuyente.

"Sin embargo, no es que el Tribunal pretenda distinguir donde la ley no distingue; es que, por otro aspecto, la ley da margen para interpretarla, en la forma indicada. Esta expresa que la sola inexactitud en la declaración del patrimonio de la renta dará lugar a un recargo del cien-

to por ciento, lo que implica que esa inexactitud debe entenderse, que se refiere, dentro de sana lógica, sólo a la parte inexacta de la declaración. Así lo comprendió igualmente el Poder Ejecutivo al reglamentar el artículo 2º de la Ley 78 de 1935, por medio del Decreto número 818 de 16 de abril de 1936, puesto que dijo:

'Esta disposición no es aplicable a errores o diferencias de apreciación en que pueda incurrir el contribuyente sobre lo que *constituye su renta o patrimonio gravable,* sino a los que *declaren ingresos menores* de lo que realmente les corresponde.' "

A juicio del Consejo, no es aceptable tal doctrina.

El artículo 20 de la Ley 78 de 1935 establece un recargo del ciento por ciento por la sola inexactitud en la declaración del *patrimonio* o de la *renta,* forma que se halla consignada en el capítulo correspondiente al impuesto sobre exceso de utilidades y que guarda estrecha relación con la del artículo 31 ibidem del cuerpo de preceptos referentes al impuesto sobre el patrimonio.

Al tenor del artículo 21 ib. "el impuesto sobre la renta y los otros que en él se mencionan se considerarán como un *todo indivisible,* para *todos* los efectos legales," con lo cual quiso indicar el legislador la vinculación que entre ellos existe cuando hubiere lugar a cobrarlos.

Según la definición legal, el patrimonio "es un *conjunto* de derechos apreciables en dinero que tiene una persona, deducido el monto de sus deudas." Y, dada su unidad jurídica y económica, cualquiera inexactitud al denunciarlo afecta la cifra que lo expresa, su valor *total* y el del impuesto que realmente haya de asignársele. La inexactitud, la noción así designada por la ley de modo *singular,* tiene asimismo un contenido indivisible, que responde a la consideración de *conjunto,* que determina el concepto de "patrimonio."

Del mismo modo que el patrimonio, la renta, bruta o líquida, para efectos impositivos (artículo 1º, numeral 1º, Ley 78 de 1935), es un conjunto, una unidad jurídica y económica, que comprende ganancias, beneficios, *rentas* (sic), considerado con prescindencia de sus elementos integrantes. De suerte que cualquiera inexactitud al denunciarla, afecta también su monto total, circunstancia ésta que impide entender qué sanción respectiva recae sobre el componente en que hubo inexactitud. De lo contrario, se distinguiría dónde la ley no distingue, se confundiría la parte con el todo y se haría ineficaz el propósito de que cada declaración sea fiel, verídica y puntual, a pesar de que las normas vigentes conceden plazos y bases suficientes para que cada persona sujeta a los gravámenes de que se trata, o a cualquiera de ellos, pueda, en un momento dado, precisar su situación real ante el Fisco.

Por exceso o por defecto se incurre en inexactitud, dadas las bases de apreciación de que dispone cada contribuyente para formular su denuncio. Declara alguien, verbigracia, un patrimonio líquido gravable de $ 25.000 y una utilidad líquida gravable de $ 5.000. Hay lugar entonces al impuesto sobre la renta, al adicional por exceso de utilidades y al complementario sobre el patrimonio. Si la persona o entidad que se encuentra en tales circunstancias asigna a los derechos que constituyen su patrimonio un valor superior al que les corresponde *realmente,* ocasiona una reducción del exceso de utilidades, impuesto que *necesariamente* se regula con relación a la cuantía del patrimonio y de la renta. Conocida esa inexactitud, la sanción, o sea un recargo del ciento por ciento del impuesto por los tres conceptos, no recae sobre la cantidad que resulte *de más,* porque sólo puede considerarse el valor *efectivo* del patrimonio al hacerse la tasación. En otros términos, dicha sanción procede *independientemente* del exceso declarado, que, por lo dicho, no sería gravable. Y es claro que debe aplicarse el mismo criterio a la de-

claración con estimación inferior a la verdadera. Basta el hecho de la inexactitud.

Además, el recargo, de conformidad con el Decreto 818 de 1936, se refiere al *impuesto,* no puede ser proporcional a la cuantía de la inexactitud, porque, ante todo, el gravamen asignable es *uno.* Sería absurdo sostener que son tantos cuantos elementos formen el patrimonio, etc., a él sujeto.

En cuanto a causales exculpativas, resulta indiscutible que no merecen sanción "los errores (artículo 125 del Decreto citado), en que pueda incurrir el contribuyente sobre lo que constituye su renta o patrimonio gravable." Con lo cual se quiso significar que suelen presentarse situaciones complejas de difícil dilucidación, para efectos impositivos, por ejemplo cuando se contempla el evento previsto en el ordinal 2º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, nó cuando la misma Ley suministra bases suficientes para una acertada estimación de los bienes raíces que componen el patrimonio (ordinal a) del artículo 98 del Decreto).

Contiene varias observaciones la sentencia consultada acerca de la ausencia de dolo en la declaración de la señorita Aguiar, desde luégo improcedentes, porque el dolo y la inexactitud son fenómenos que acarrean sanciones distintas, causas que se aprecian por separado. Se califica la inexactitud con prescindencia de la intención de defraudar, en tanto que para afirmar la existencia del dolo se requieren comprobaciones sobre móviles subjetivos y otros de la persona a quien le sea imputable.

La demanda de la señorita Aguiar fue dirigida solamente contra la Resolución número 327, de 13 de marzo del año en curso, en virtud de la cual la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales no accedió a revocar ni modificar la 1849, de 25 de noviembre de 1936, también de dicha Jefatura.

De ahí que tampoco hubieran podido prosperar, por este nuevo aspecto, las pretensiones de la demandante, según la doctrina del Consejo que se desprende de lo que a continuación se transcribe:

".....Como se ve, sólo fue demandada la Resolución últimamente citada, que negó la reconsideración de la número 68. Procede, pues, el estudio de la demanda, y para ello el Consejo observa:

"No habiéndose demandado la Resolución número 68, que declaró que el Ministerio no tenia jurisdicción para conocer de la consulta formulada por el Gerente de The Santa Marta Railway Company, Limited, el Consejo carece de jurisdicción para analizar los fundamentos legales en que ella se basa, es decir, no puede entrar a estudiar si es violatoria de la ley o lesiva de los derechos civiles del señor Sánchez.

"Y si el Consejo no puede analizar la Resolución inicial, por no estar *sub judice,* es improcedente la demanda contra la Resolución que negó su reconsideración, por los siguientes motivos:

"a) Porque la Resolución demandada, considerada aisladamente, como lo hace el demandante, no contiene en si ninguna violación de la ley, ni de sus derechos civiles, pues ella sólo viene a declarar ejecutoriada la primitiva providencia, a ponerle fin a la tramitación administrativa.

"El actor ha debido acusar ambas Resoluciones, y los motivos alegados por él, para fundamentar la demanda de la Resolución número 133, ha debido aducirlos contra la Resolución número 68, que fue la que decidió la cuestión principal, y no contra la número 133, que no hizo sino negar la reposición, y, por tanto, declarar ejecutoriada la primera;

"b) Porque si únicamente se decreta la nulidad de la Resolución acusada, quedaría vigente la número 68, que declaró la carencia de jurisdicción del Ministerio de Industrias para conocer de la consulta formulada por la referida empresa ferroviaria, es decir, quedaría sin valor alguno el fallo del Consejo, y se presentaría el caso, antijurídico, de que

sobre un mismo punto de derecho existieran dos decisiones ejecutoriadas y perfectamente contradictorias, y

"c) Porque si se declarara que el Ministerio debe acceder a la reposición pedida por el demandante, habria que decidir en qué sentido debía quedar reformada la Resolución número 68, que no ha sido objeto de la demanda, lo que seria ilegal, ya que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes....."

Por último, como observa el señor Fiscal..... "el Tribunal no dio cumplimiento al artículo 5º de la Ley 45 de 1931, pues cuando se demanda el reintegro o devolución de sumas de dinero pagadas con exceso por impuestos; la sentencia *debe expresar necesariamente la suma liquida* que debe reintegrarse por el Fisco respectivo." Mas, como por todo lo dicho se impone la revocatoria del fallo recurrido, no es posible modificarlo en esta parte. Se hace mérito de lo anterior a título de observación.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con el señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia consultada y, en su lugar, NIEGA las peticiones de la demanda.

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

Carlos Lozano y Lozano—Elias Abad Mesa—Pedro Martin Quiñones. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Falsedad en escrutinios

Consejero ponente, doctor ELIAS ABAD MESA

Las meras declaraciones de testigos no son suficientes para anular los registros de escrutinios por falsos o apócrifos, o por resultar falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación, si no se han tenido a la vista, por lo menos, esos documentos.

Consejo de Estado—Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Alejandro Gutiérrez Calderón demandó, ante el Tribunal Administrativo de Cúcuta, en escritos de fechas 8 y 13 de abril de 1937, la nulidad de las elecciones para Representantes al Congreso verificadas el día 4 del mismo mes en el Municipio de Cáchira y los escrutinios y registros de escrutinio efectuados por el Jurado Electoral de ese Municipio el día 8 de los mismos.

Como hechos fundamentales de la primera demanda adujo los siguientes:

"1º El partido conservador ha declarado abstención integral;

"2º En Cáchira este partido ha sido de absoluta mayoría y ha acatado la abstención decretada por sus directivas;

"3º No obstante, en los registros de los Jurados de Votación figuran sufragando conservadores reconocidos por listas adversas a su partido;

"4º Estos sufragios son necesariamente falsos y resultado de la violación del derecho del sufragio, que si no obliga en su ejercicio, menos puede ser ejercitado por personas distintas de sus titulares."

En la segunda, sintetiza los mismos hechos y argumentos expuestos en la anterior.

Y alega que hubo violación de todas las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia, especialmente del artículo 14 de la Ley 96 de 1920.

Tramitado el asunto en la forma legal, el Tribunal de primera instancia, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 85 de 1916 falló el 7 de septiembre de 1937 los dos juicios en una sola sentencia, así:

"1º No se accede a hacer las declaraciones pedidas en el libelo de 8 de abril del presente año por el señor Alejandro Gutiérrez Calderón contra las elecciones para Representantes al Congreso, que se efectuaron en el Municipio de Cáchira el día 4 de abril del presente año;

"2º No se accede a la declaración de nulidad de los escrutinios y registros verificados por el Jurado Electoral de Cáchira el día ocho de abril del presente año y en la elección para Representantes al Congreso Nacional;

"3º Por la Secretaria sáquese copia de lo conducente y remítase a los señores Jueces del Circuito en lo Penal de Cúcuta y Ocaña para que investiguen los delitos que hubieran podido cometerse tanto el día de las votaciones como por los funcionarios que en este proceso intervinieron."

Contra la sentencia apeló oportunamente el señor apoderado de la parte actora, y, en tal virtud, han llegado los autos al Consejo, donde, cumplida la tramitación de rigor, se pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones:

Dentro del término legal, el demandante, y el señor Rafael Mendoza Bonilla, a quien se reconoció cómo parte, por tener interés en el juicio, solicitaron la práctica de numerosas pruebas que fueron decretadas oportunamente. Los funcionarios comisionados para el efecto no devolvieron diligenciados los despachos, a pesar de las reiteradas reclamaciones del Tribunal, y el Secretario del Jurado Electoral no remitió documentos esencialísimos en el proceso, que se le habían pedido, por haber sido sustraídos, según informó, del local del Jurado (página 137 del cuaderno de pruebas).

Naturalmente, el Tribunal hubo de limitarse al estudio de las pruebas que pudieron allegarse al informativo, para sobre ellas basar la sentencia, de acuerdo con las pretensiones deducidas por las partes.

Dice el Tribunal:

"El cargo principal formulado por el demandante estriba en la falsedad de los elementos que sirvieron para la práctica de los escrutinios y confección de los registros, por cuanto, se dice, siendo la población de Cáchira exclusivamente conservadora, los votos que aparecieron en las urnas son falsos, por no haber electores liberales en tal número. Para establecer esta circunstancia vinieron a los autos declaraciones rendidas por los señores Víctor Cenón Rendón, Martín Pabón, Luis Vivas y otros, con las cuales se ha pretendido establecer la falsedad alegada. Aparte que los testimonios citados sólo son de referencia, no aparece comprobado que en los registros de votación hubieran figurado los deponentes consignando sus votos ante los respectivos Jurados de Votación que actuaron en Cáchira el día cuatro de abril. No basta afirmar que determinado ciudadano no cumplió con el deber electoral para de allí deducir la falsedad de los votos emitidos, puesto que para ello sería preciso, aparte de la afirmación del elector, la prueba que arroje el registro que se lleva por los Jurados de Votación, donde aparecen anotados los ciudadanos que cumplieron la función electoral.

"Tanto las actas como los registros de votación, papeletas y demás documentos relacionados con el debate electoral del cuatro de abril último desaparecieron del local del Jurado Electoral de Cáchira, según las constancias oficiales que obran en los autos. Carece así el Tribunal de elementos de convicción que pudieran llevarlo a solucionar el problema debatido en conformidad con las peticiones formuladas por los demandantes.

"En tal situación, el Tribunal acoge el concepto del Ministerio Público, que sintetiza el desarrollo de este proceso, donde muchos de los funcionarios, de una manera o de otra, se negaron a evacuar las diligencias ordenadas.

"Evidentemente, del análisis atento de las piezas que obran en el proceso, sólo aparece, con comprobación plena, la existencia de las actas de escrutinios practicados por los Jurados de Votación, el Jurado Electoral del Municipio y el Consejo Electoral del Departamento. Son estos documentos auténticos, y, por consiguiente, hacen plena prueba sobre los hechos electorales a que se refieren. Para acusarlos de nulidad, es indispensable que el actor, a cuyo cargo está la prueba, establezca de manera evidente las causales en que se apoya.

"La determinación de la filiación política de los habitantes de un Municipio, en números exactos, es cuestión, cuando menos, extraña a la naturaleza de este juicio, donde la prueba ha debido circunscribirse a demostrar la falsedad de los elementos de que se sirvieron las entidades electorales para la formación de los registros; esto es, que los votos que aparecen emitidos en los Jurados de Votación lo fueron por personas distintas de quienes aparecen haciéndolo en los registros llevados por los Jurados de Votación.

"No basta la enunciación de posibles causales de nulidad que afecten el acto electoral, para que la jurisdicción administrativa pueda entrar en el fondo del estudio. Precisa que los elementos allegados al proceso arrojen una prueba completa, capaz a producir la convicción al juzgador. Si después del debate, ampliamente desarrollado, nada aparece que varíe la situación legalmente reconocida, al Tribunal, sin entrar en apreciaciones de orden moral, no queda otro recurso que aceptar como válidos los actos consignados en documentos auténticos oficiales que no logró invalidar el actor por estos o los otros motivos."

Y no podía ser de otra manera, porque las meras declaraciones de testigos no eran suficientes para anular los registros de escrutinio por falsos o apócrifos, o por resultar falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación (numeral 2º, artículo 14, Ley 96 de 1920). El hecho de que algunos declarantes afirmen que no ejercieron realmente la función del sufragio no indica que sus nombres fueron suplantados en los registros de votación. Es necesario comprobar, además, que tales ciudadanos, a pesar de no haber sufragado, aparecen como depositando sus votos, lo que puede acreditarse previa su identificación y confrontación con las listas de anotación o registros que llevan los Jurados de Votación.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que por tratarse de cuestiones de hecho se requiere una demostración plena de ellas, no bastando, por consiguiente, un simple indicio sobre las pretendidas irregularidades cometidas en las elecciones demandadas. No habiéndose podido producir la prueba plena que corroborara los hechos denunciados, es claro que no podía prosperar la demanda por el concepto anotado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y de acuerdo con el señor Fiscal, CONFIRMA la sentencia recurrida.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Exenciones en los impuestos

Consejero ponente, doctor ISAIAS CEPEDA

Son los Administradores de Hacienda Nacional y el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, y no el Ministro de Hacienda y Crédito Público, los llamados a resolver si determinados bienes están exentos o nó de los impuestos de renta y patrimonio.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

Los señores Félix y Ernesto de Villa, vecinos de Medellin, en ejercicio de la acción privada, instauraron demanda ante el Tribunal Administrativo de aquella ciudad, contra la Resolución número R. 1608 H., dictada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de fecha 15 de octubre de 1936.

Admitida la demanda y tramitada la instancia, el Tribunal desató la litis, por sentencia del 25 de mayo próximo pasado, así:

"En atención a lo expuesto, el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara ilegal y por ello nula la Resolución número R. 168 (sic) H., del 15 de octubre de 1936, emanada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y como consecuencia de lo anterior se declara que las casas identificadas según los linderos y lugares de su ubicación en esta sentencia precisados quedan libres del impuesto nacional sobre la renta y patrimonio, por el término de diez años y en conformidad con el parágrafo del artículo 20 de la Ley 49 de 1927."

Venido al Consejo para consulta el fallo del que se ha transcrito la parte resolutiva y agotada la tramitación requerida para esta clase de juicios, es oportuno dictar sentencia definitiva, previas las siguientes consideraciones:

Se encuentra en el expediente copia al carbón de un memorial fechado en Medellín el 18 de febrero de 1935, sin firma, dirigido por los demandantes al **Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el que** dan cuenta, entre otras cosas, de que el Recaudador de Hacienda de esa ciudad les ha notificado que va a cobrarles el impuesto sobre la renta de cuatro casas que fueron construidas durante la vigencia de la Ley 49 de 1927, y una nota, igualmente en copia, sin firma ni sello alguno que la autentique, del Subjefe de Rentas Nacionales, remisoria de una copia también sin autenticar de la Resolución número 348 de 1935, que sirve de contestación al memorial ameritado y por la cual se niegan las peticiones de los señores Félix y Ernesto de Villa.

Con la demanda presentaron los interesados copia auténtica de la Resolución R. 1608 H., atrás citada, a la que se contrajo la petición de nulidad, que, como se ha visto, fue declarada por el Tribunal *a quo*.

La Resolución que sirvió de base al juicio contencioso-administrativo tiene, como lo afirma la Fiscalía de esta corporación, por su aspecto material y formal, el carácter de una resolución ministerial, y como tal sólo sería acusable ante el Consejo de Estado; pero como no aparece firmada por el Ministro sino por el Secretario, no es competente el Consejo para conocer del juicio respectivo, y los interesados han debido obtener, previamente, que el Ministro firmara o aprobara la aludida Resolución.

Por otra parte, dice esa providencia. en su parte resolutiva, de manera clara y precisa, que "niega la revocatoria solicitada"; pero por los documentos existentes en los autos es absolutamente imposible cerciorarse de si la Resolución cuya revocatoria se niega emanó de la Jefatura de Rentas, o del mismo Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y, en todo caso, la Resolución principal no fue acusada conjuntamente con la que negó la revocatoría solicitada. Sobre el particular es pertinente reproducir aquí lo que dijo el Consejo en un caso semejante, que se falló por sentencia del 24 de junio de 1936. Dice así:

"Como se ve, sólo fue demandada la Resolución últimamente citada, que negó la reconsideración de la número 68. Procede, pues, el estudio de la demanda, y para ello el Consejo observa:

"No habiéndose demandado la Resolución número 68, que declaró que el Ministerio no tenía jurisdicción para conocer de la consulta formulada por el Gerente de The Santa Marta Railway Company Limited, el Consejo carece de jurisdicción para analizar los fundamentos legales en que ella se basa, es decir, no puede entrar a estudiar si es violatoria de la ley o lesiva de los derechos civiles del señor Sánchez.

"Y si el Consejo no puede analizar la Resolución inicial por no estar *sub judice*, es improcedente la demanda contra la Resolución que negó su reconsideración, por los siguientes motivos:

"a) Porque la Resolución demandada, considerada aisladamente, como lo hace el demandante, no contiene en sí ninguna violación de la ley, ni de sus derechos civiles, pues ella sólo viene a declarar ejecutoriada la primitiva providencia, a ponerle fin a la tramitación administrativa.

"El actor ha debido acusar ambas Resoluciones, y los motivos alegados por él, para fundamentar la demanda de la Resolución número 133, ha debido aducirlos contra la Resolución número 68, que fue la que decidió la cuestión principal y no contra la número 133, que no hizo sino negar la reposición, y, por tanto, declarar ejecutoriada la primera;

"b) Porque si únicamente se decreta la nulidad de la Resolución acusada, quedaría vigente la número 68, que declaró la carencia de jurisdicción del Ministerio de Industrias para conocer de la consulta formulada por la referida empresa ferroviaria, es decir, quedaría sin valor alguno el fallo del Consejo, y se presentaría el caso, antijurídico, de que sobre un mismo punto de derecho existieran dos decisiones ejecutoriadas y perfectamente contradictorias, y

"c) Porque si se declara que el Ministerio debe acceder a la reposición pedida por el demandante, habría que decidir en qué sentido debía quedar reformada la Resolución número 68, que no ha sido objeto de la demanda, lo que sería ilegal, ya que 'las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.' "

Estas irregularidades y deficiencias no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal Administrativo de Medellin al admitir la demanda, ni en el curso del juicio, ni al dictar el fallo respectivo, y llama la atención que el Magistrado sustanciador hubiera admitido como pruebas las copias al carbón de documentos que los actores presentaron como oficiales, sin que al pie de ellos aparezca autenticación alguna. (Cuaderno de pruebas; auto del 25 de febrero de 1937).

De otro lado, es indudable que los interesados erraron el camino e iniciaron acciones y recursos que la ley no les concede.

Todo lo relativo a los impuestos de renta y patrimonio, y a los bienes gravables o no gravables con tales impuestos, está atribuído a los Administradores de Hacienda Nacional y al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, y no al Ministerio de Hacienda, conforme a las leyes y decretos que reglamentan la materia. Aquellos funcionarios son los llamados a resolver si determinados bienes están o nó exentos de dichos impuestos al considerar las denuncias que deben hacerse, de acuerdo con las disposiciones vigentes, y las resoluciones que en definitiva dicte el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales son acusables ante el respectivo Tribunal Administrativo, con apelación ante el Consejo de Estado. Cualquier otro procedimiento estaría fuera de la ley y sería improcedente.

De lo dicho se deduce que la acción fue mal dirigida, por varios aspectos, por lo cual no puede prosperar, ni es el caso de estudiar el asunto en el fondo.

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, revoca el fallo de que se ha venido tratando y en su lugar declara que tanto el Tribunal Administrativo de Medellín, como el Consejo de Estado, carecen de jurisdicción para fallar este asunto en el fondo.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Enmienda de las demandas electorales

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

En los juicios electorales la aclaración, corrección o enmienda de la demanda debe presentarse dentro del término que se tiene para iniciar las acciones correspondientes. Como el artículo 190 de la Ley 85 de 1916 fija el término perentorio de cuatro días para iniciar las demandas electorales de que allí se trata, es claro que no podrán aclararse, corregirse o enmendarse después de vencido dicho término.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

El señor Antonio Fernández Llinás, por escrito dirigido al Tribunal Administrativo de Barranquilla, presentado el 21 de abril del año en curso, pidió lo siguiente:

"Que, previa la sustanciación del correspondiente juicio, se decrete y se lleve a efecto por ese mismo Tribunal, la rectificación del escrutinio verificado por el Consejo Electoral del Departamento del Atlántico. el día diez y siete de los corrientes, y de acuerdo con el cual se declaró electos Diputados a la Asamblea del Departamento, por el Círculo Electoral de Soledad, a los señores César Fernández de la Hoz y Joaquín R. de la Cruz, y que de acuerdo con la rectificación pedida, se declare electos Diputados en reemplazo de los señores nombrados, a los candidatos que en la rectificación se comprobare que obtuvieron mayor número de votos que ellos en las elecciones verificadas el día cuatro de los corrientes."

El actor apoyó su demanda en los siguientes hechos:

"1º El día diez y siete del mes en curso se terminaron los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Departamento de los votos emitidos en las elecciones que se llevaron a efecto el día cuatro de los corrientes;

"2º El Consejo Electoral, en virtud del mencionado escrutinio, declaró que habían sido elegidos Diputados a la Asamblea Departamental, por el Círculo Electoral de Soledad, los señores César Fernández de la Hoz y Joaquín R. de la Cruz;

"3º El mismo Consejo Electoral declaró que los mencionados señores Fernández de la Hoz y De la Cruz habían obtenido cuatrocientos cincuenta y nueve y cuatrocientos setenta y dos votos, respectivamente, en el mencionado Círculo Electoral de Soledad;

"4º La cantidad de votos legítimos realmente obtenidos por los mencionados señores es muy inferior al total declarado por el Consejo Electoral del Departamento;

"5º La cantidad de votos obtenidos por la lista de candidatos que encabeza el suscrito es muy superior a la cantidad de votos que recibieron las listas que encabezan los señores Fernández de la Hoz y De la Cruz;

"6º El candidato señor César Fernández de la Hoz figuró en una lista de candidatos en que solamente aparecía él como principal con sus respectivos suplentes;

"7º La plancha en que figura el señor Fernández de la Hoz fue inscrita en la Alcaldía de Barranquilla con su solo nombre como principal y el de sus suplentes;

"8º Al Círculo Electoral de Soledad le corresponden tres Diputados principales con sus respectivos suplentes;

"9º El candidato señor Joaquín R. de la Cruz era el día de las elecciones miembro principal y Presidente del Jurado Electoral de Sabanagrande;

"10. El mencionado señor De la Cruz no se retiró del cargo que estaba desempeñando en el Jurado Electoral de dicho Municipio;

"11. El Consejo Electoral del Departamento computó en favor del candidato señor De la Cruz votos manifiestamente fraudulentos;

"12. El número de votos obtenidos en el Municipio de Malambó por el candidato señor De la Cruz es muy inferior al que le computó el Consejo Electoral del Departamento."

En derecho la fundó en los artículos 184 de la Ley 85 de 1916; 1º de la Ley 80 de 1922, y 4 y 10 de la Ley 7ª de 1932.

El Tribunal, por auto del 26 de abril admitió la demanda y abrió el juicio a prueba.

Posteriormente, el día 28 de abril, el señor Fernández Llinás presentó un nuevo memorial, en el que dijo:

"Reformo y amplío la demanda electoral que tengo presentada en ese Tribunal, así:

"1º Que se decrete la nulidad de los votos emitidos a favor del señor Joaquín R. de la Cruz en el Municipio de Sabanagrande.

"2º Que ordene la nulidad del registro del Jurado Electoral del Municipio de Malambó, verificado el día 8 del presente mes.

"3º Que se decrete la nulidad de la declaración hecha por el Consejo Electoral del Departamento a favor del citado señor Joaquín R. de la Cruz, para Diputado a la Asamblea Departamental.

"4º La rectificación de los votos emitidos en el Círculo Electoral de Soledad, en las elecciones para Diputados el día cuatro del presente mes de abril.

"Como nuevo hecho en la demanda:

"Haberse computado por el Jurado Electoral de Malambó votos emitidos a favor del señor Joaquín R. de la Cruz en el Jurado de Votación de Malambó número dos, donde el citado De la Cruz ni otro candidato obtuvo voto alguno."

A dicho memorial recayó el auto del Tribunal, de fecha 28 de abril, que dice:

"Tribunal Seccional Administrativo—Barranquilla, veintiocho de abril de mil novecientos treinta y siete.

"El señor Antonio Fernández Llinás, por medio del anterior memorial amplia y corrige su demanda de veintiuno de abril de los corrientes, presentada ese mismo día en la Secretaria de esta Oficina, y cuya copia acompaña el actor al prementado escrito.

"El Tribunal, visto el informe de la Secretaría —que constata haber sido presentada la corrección aludida 'antes de que se notifique el auto que abre a prueba' este negocio— admite la corrección y ampliación hechas por el actor en su libelo de demanda.

"Notifíquese."

De paso se observa que la copia a que hace alusión el auto que acaba de transcribirse, y que figura en el expediente sin nota alguna de presentación, no es copia de la primitiva demanda, como lo dice el citado auto, sino una demanda diferente, que contiene peticiones distintas a las de la demanda principal y que, por lo tanto, no puede tenerse en cuenta, porque no aparece presentada ni admitida en forma legal.

Agotada la tramitación propia de la primera instancia, el Tribunal puso fin al negocio por sentencia del diez y seis de julio, con salvamento de voto del Magistrado Alejandro Albor M., así:

"1º No son nulos los escrutinios ni la declaración de elección que hizo el Consejo Electoral Departamental, para Diputados a la Asamblea, en la lista encabezada por César Fernández de la Hoz.

"2º El Tribunal se abstiene de hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

"Por la Secretaría, sáquese copia de lo conducente y envíesela al señor Juez del Circuito de turno, para que inicie la investigación correspondiente."

De dicha sentencia apeló el demandante, y concedido el recurso y tramitado el negocio en esta Superioridad, conforme a la ley, se pasa a fallarlo en definitiva, para lo cual se considera:

Ante todo, es preciso estudiar si en los juicios electorales puede "aclararse, corregirse o enmendarse" la demanda; qué debe entenderse por aclaración, corrección o enmienda, y dentro de qué término debe presentarse.

Teniendo en cuenta que el legislador ha querido someter los juicios electorales a un procedimiento que podríamos llamar breve y sumario; dado que según el artículo 5º de la Ley 80 de 1922, la tramitación de los juicios electorales es, invariablemente, la señalada en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 96 de 1920, y que, conforme al artículo 21 de la Ley últimamente citada, "en estas actuaciones no son admisibles las articulaciones comunes ni otros incidentes distintos de los de impedimento o recusación" y sabido que las demandas electorales deben presentarse necesariamente, dentro de términos perentorios, estima el Consejo que en estos juicios, si tiene cabida la aclaración, corrección o enmienda de la demanda, debe presentarse dentro del término que se tiene para iniciar las acciones correspondientes.

Considera también el Consejo que la aclaración, corrección o enmienda de la demanda comprende únicamente cuestiones adjetivas o de forma y en ningún caso puntos sustantivos o fundamentales, que envuelvan peticiones diferentes, porque esto equivaldría a variar totalmente la acción y a obtener, por ese medio, una sentencia que no habría podido obtenerse con la demanda primitiva.

Por último, como el artículo 190 de la Ley 85 de 1916 fija el término perentorio de cuatro días para iniciar las demandas electorales de que allí se trata, es claro que, como atrás se dijo, si se acepta que pueden aclararse, corregirse o enmendarse las demandas electorales, ello no podría hacerse después de vencido dicho término, y menos cuando, como en el presente juicio, con la reforma o ampliación no se hizo otra cosa que iniciar acciones que no se habían ejercitado oportunamente. Adviértase que la reforma o ampliación de la demanda fue presentada cuando ya habían vencido los cuatro días hábiles que señala el referido artículo 190.

De lo expuesto ligeramente hasta aquí se deduce que no ha debido admitirse la reforma o ampliación de la demanda presentada por el señor Fernández Llinás, y que, consecuencialmente, tal reforma o ampliación no puede prosperar.

Definido este punto trascendental del proceso, se pasa ahora a analizar los pedimentos de la demanda primitiva, en relación con los hechos en que se apoya, con las pruebas allegadas y con los fundamentos de derecho correspondientes.

El señor Fernández Llinás no pidió la nulidad de los escrutinios, ni de la declaratoria de elección hecha a favor de los señores César Fernández de la Hoz y Joaquín R. de la Cruz, sino la rectificación de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Atlántico, en lo relativo al Círculo Electoral de Soledad.

Los hechos principales en que se fundó el demandante fueron: que el Consejo Electoral del Departamento declaró que los señores César Fernández de la Hoz y Joaquín R. de la Cruz obtuvieron 459 y 462 votos, respectivamente; que la cantidad de votos legítimos obtenidos por ellos es inferior a la declarada por el Consejo Electoral, y que la cantidad de votos obtenidos por la lista que encabeza el actor es muy superior a la que obtuvieron aquellas listas.

En autos figura copia auténtica del acta del escrutinio verificado por el Consejo Electoral, de la cual aparece que la cantidad de votos obtenida por cada una de esas tres listas fue la de 459, 462 y 354 votos válidos, respectivamente, y como no figuran en autos las actas de los escrutinios verificados por los Jurados de Votación, ni por los Jurados Electorales de los Municipios que forman el Círculo Electoral de Soledad, ni tales escrutinios fueron acusados oportunamente, por ningún concepto, es forzoso concluir que no están probados los hechos fundamentales de que se ha hablado.

Es verdad que el Tribunal *a quo* practicó dos inspecciones oculares en el archivo del Consejo Electoral, en los documentos referentes a los Municipios de Palmar de Varela y Malambó, del Círculo Electoral de Soledad, de las cuales inspecciones se deduce que allí hubo irregularidades censurables, y seguramente punibles, que conviene investigar por la vía criminal, pero como, por una parte, no se allegaron al expediente las respectivas actas de escrutinio verificados por los Jurados de Votación y por los Jurados Electorales de esos Municipios, y, por otra, como se ha dicho, tales escrutinios no fueron acusados en tiempo y en forma legal, es evidente que las referidas inspecciones oculares no constituyen, por sí solas, prueba legal suficiente para desvirtuar la plena fe que merece el acta del escrutinio verificado por el Consejo Electoral, el cual debe, por tanto, quedar en pie.

Alegó también el demandante que la elección recaída y los votos dados en favor del señor César Fernández de la Hoz son nulos, porque la lista que él encabezaba no contenía sino un solo renglón, contra lo dispuesto en los artículos 4º y 10 de la Ley 7ª de 1932.

De un lado, se repite que el actor no demandó la nulidad de las elecciones, ni de los escrutinios, sino la rectificación de éstos; y, de otro, el Consejo tiene resuelto, en varios fallos que cita el Tribunal *a quo*, que la ley no prohibe inscribir listas con un solo renglón, ni ese hecho está erigido en causal de nulidad. De modo que por este aspecto tampoco puede prosperar la demanda.

Por último, alegó el actor que el señor Joaquín R. de la Cruz desempeñaba el cargo de Presidente del Jurado Electoral de Sabanagrande, e intervino en las diligencias previas y en el escrutinio verificado por el Jurado Electoral mencionado.

Se repite que el señor Fernández Llinás no ejercitó la acción de nulidad sino la de rectificación del escrutinio, cosa muy distinta. Además, aparece probado que el señor De la Cruz era Presidente del citado Jurado Electoral, pero no que actuara como tal en las diligencias previas y en el escrutinio verificado por dicho Jurado, y, finalmente, el artículo 1º de la Ley 80 de 1922 prohibe hacer parte e intervenir en las dili-

gencias previas de la corporación electoral *que declara* la elección, es decir, en el caso presente, del Consejo Electoral del Departamento, y no de las corporaciones inferiores. Por este aspecto tampoco prospera la demanda.

El señor Fiscal del Consejo opina que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, pero de lo dicho antes se deduce que es preciso modificar la parte resolutiva.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º Niéganse las peticiones de la demanda presentada por el señor Antonio Fernández Llinás el veintiuno de abril del año en curso.

2º Niéganse, por ser extemporáneas y por no reunir las condiciones legales, las peticiones formuladas en la reforma o ampliación de la demanda hecha por el señor Fernández Llinás y presentada el veintiocho de abril citado.

3º Queda así modificada la sentencia de primera instancia, la cual se confirma en lo demás.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Denuncio de minas de filón

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

No es suficiente la prueba testimonial para demostrar que una mina está totalmente comprendida en el perímetro de otra, o que hace parte integrante de ésta. En esta materia es indispensable el dictamen pericial, o la inspección ocular practicada con peritos.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

El señor Alfonso Arbeláez V., por escrito del 7 de junio de 1933, denunció ante la Gobernación del Tolima, para él y otros, una mina de filón de oro, plata y otros metales, llamada *Tesorito,* situada en la región de *La China,* del Municipio de Ibagué, denuncio que apoyó en el aviso que había hecho de la propia mina ante la Alcaldía de Ibagué, el día 5 de abril del citado año.

En su memorial de denuncio, el señor Arbeláez V. describió la mina así:

"En los parajes de La Floresta y Santa Clara, en terrenos que se dicen del doctor Telésforo Jiménez, existe una mina antigua situada en la margen derecha de la quebrada de *El Aguila,* cuyo cuadrilátero queda, parte en jurisdicción del Municipio de Ibagué y parte en el de Anzoátegui, cuyos últimos denunciantes fueron los señores Carlos E. Salazar, José Joaquín Arenas y Jesús Arbeláez, como parte de la mina *El Tesoro,* según denuncios de 12 de diciembre de 1923 y 26 de enero de 1924, y que en el acto de la posesión se abandonó, por cuyo motivo la denuncio en legal forma ante usted, para mí y para los señores Jesús Arbeláez y Adolfo Márquez así: para Jesús Arbeláez, 15 acciones; para Adolfo Márquez, 6, y para el suscrito 3, todas de veinticuatroava parte.

"Dicha mina, a la cual le doy el nombre de *Tesorito,* está encerrada dentro de los siguientes linderos: por el Norte, la quebrada del *Aguila;* por el Sur, la quebrada de *La Victoria;* por el Oriente, las minas tituladas *Santa Clara* o *Continuación Sur de Las Animas* y *Continuación Norte de la mina La Floresta;* y por el Occidente, las minas tituladas *Continuaciones Oriental y Norte de La Mirla.*

"El punto preciso para la base de la latitud son dos mojones de piedra clavados sobre la margen derecha de la quebrada de *El Aguila,* distante 240 metros el uno del otro, rumbo oriental-occidente, aproximadamente, siendo punto céntrico otro mojón de piedra clavado en la misma margen a 380 metros más o menos arriba del salto o cascada en la confluencia de las quebradas de *El Aguila* y *Santa Clara.* Las líneas longitudinales se seguirán rumbo hacia el Sur, cuarenta y cinco grados Oeste más o menos, con las reservas del derecho de alteración consagrado en el artículo 26 del Código de Minas."

Durante la tramitación del denuncio, el señor Roberto Marulanda R., por memorial del 3 de abril de 1934, manifestó a la Gobernación que en su carácter de accionado de un grupo de minas denominadas *La Mirla* y sus cuatro continuaciones y haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 9º del Decreto número 223 de 1932, se oponía al denuncio hecho por el señor Arbeláez V. y pedía que se rechazara. El señor Marulanda R. presentó un certificado del Administrador de Hacienda Nacional de Ibagué, para demostrar que había pagado los impuestos correspondientes a las minas *La Mirla* y sus continuaciones, y en su memorial de objeciones dijo:

"Pero es lo cierto, señor Gobernador, que esta mina así demarcada hace parte integral de la extensión general de la mina *La Mirla* y sus continuaciones, comoquiera que el punto de base de su latitud son dos mojones clavados sobre la margen derecha de la quebrada del *Aguila,* distante 240 metros, rumbo oriente-occidente, siendo punto céntrico otro mojón de piedra clavado en la confluencia de las quebradas del *Aguila* y *Santa Clara,* con la advertencia de que las líneas longitudinales deben seguirse con rumbo hacia el Sur, cuarenta y cinco grados Oeste, más o menos, según aparece del denuncio de los señores Arbeláez. Y es la verdad que todas estas dimensiones o medidas están comprendidas dentro del perímetro de las minas de *La Mirla* y sus cuatro continuaciones en que soy accionado, por lo cual haciendo uso del derecho que me otorga el artículo 9º anotado, y habiendo pagado puntualmente los impuestos establecidos por el Decreto aludido, según consta del certificado adjunto, ruego a usted se sirva reponer su auto o providencia de fecha 30 de enero último, dictado en el denuncio de la mina del *Tesorito,* en el sentido de *desechar tal denuncio,* por cuanto que dicha mina hace parte integrante de *La Mirla y sus continuaciones,* según se ha dicho."

La Gobernación del Tolima, por Resolución del 27 de noviembre de 1935, falló el asunto así:

"De conformidad con el artículo 9º del Decreto legislativo procede en consecuencia el rechazo demandado, y en consecuencia así lo resuelve este Despacho, en los siguientes términos:

"Visto lo dispuesto en el artículo 9º mencionado la Gobernación rechaza el denuncio presentado por Alfonso Arbeláez de la mina que llamó *El Tesorito* y fechado el seis (sic) de junio de mil novecientos treinta y tres.

"No procede la solicitud hecha por el doctor Edmundo Vargas para ordenar una nueva diligencia de inspección ocular en los términos reclamados."

De esta Resolución pidió reconsideración el apoderado del señor Arbeláez V. y apeló en subsidio. La Gobernación negó la primera y concedió la apelación para ante el señor Ministro de Industrias y Trabajo.

Este alto funcionario, por Resoluciones del 24 de junio y del 8 de octubre de 1936, confirmó la dictada por el señor Gobernador del Tolima, de que se ha venido haciendo mérito.

En este estado el negocio, el doctor Telésforo Jiménez, obrando como apoderado especial del señor Alfonso Arbeláez V., acusó ante el Consejo, por demanda del 27 de octubre de 1936, las dos Resoluciones dictadas por el señor Ministro de Industrias y Trabajo, por considerar que son "ellas lesivas de los derechos civiles de mi poderdante y sus compañeros y violatorias de la ley, disponiendo en su lugar la revocación de la Resolución de la Gobernación del Tolima, de fecha 27 de noviembre de 1935, y la tramitación correspondiente de tal denuncio, de acuerdo con las reglas de procedimiento indicadas en el Código de Minas."

El actor apoyó su demanda en los siguientes hechos:

"Primero. La mina de *Tesorito* es distinta de la mina *Las Mirlas* y de cada una de las continuaciones de esta mina.

"Segundo. El señor Roberto Marulanda pagó los derechos que gravan las minas *Las Mirlas* y sus cuatro continuaciones; pero no ha pagado derecho alguno que corresponda a la mina denunciada llamada *Tesorito.*

"Tercero. Para que un denuncio de minas pueda ser desechado por la Gobernación en que se presenta, de acuerdo con el artículo 9º del Decreto número 223 de 1932 una oposición, es preciso que se trate de una misma mina, en términos que excluyan toda duda sobre su identidad, y en forma que con el recibo de haber pagado oportunamente los derechos respectivos indicados en el Decreto se deduzca claramente que la propiedad del opositor está plenamente amparada.

"Cuarto. En el escrito de oposición al denuncio de la mina de *Tesorito* hecho por don Alfonso Arbeláez V., Roberto Marulanda no dijo que la mina de *Tesorito* fuera la misma de *Las Mirlas* o algunas de sus cuatro continuaciones con su determinación expresa, pues se limitó a decir: 'pero es lo cierto señor Gobernador, que esta mina así demarcada hace parte integral de la mina de *Las Mirlas* y sus continuaciones,' de donde se deduce que es una mina distinta de las que han pagado el impuesto.

"Quinto. El señor Roberto Marulanda ha estimado que con el denuncio de la mina *Tesorito* se afecta el todo de la mina de *Las Mirlas* o parte de esta mina y sus continuaciones cuando dice: 'pero es lo cierto, señor Gobernador, que esta mina así demarcada hace parte integral de la extensión general de la mina de *Las Mirlas* y sus continuaciones.' De acuerdo con lo expresado por el opositor no podía ejercitar otro derecho que el que otorga el artículo 65 del Código de Minas a los dueños de minas colindantes.

"Sexto. Ni la Gobernación del Tolima ni el Ministerio de Industrias y Trabajo pudieron fundar sus Resoluciones en el artículo 9º del Decreto 223 de 10 de febrero de 1932, pues Marulanda no alegó que la mina de *Tesorito* fuera la misma de *Las Mirlas* ni ninguna de sus continuaciones, y ha habido por consiguiente aplicación indebida del artículo.

"Séptimo. Ni la Gobernación del Tolima ni el Ministerio de Industrias y Trabajo pudieron decretar en la oposición hecha por Marulanda otra prueba distinta del recibo de los derechos fiscales, establecida en el Decreto. Toda otra prueba era arbitraria e improcedente.

"Octavo. Roberto Marulanda ha reconocido que las minas *Las Mirlas* y sus continuaciones comprendieron en su mensura mayor extensión que la que les correspondía y ha estado por interpuesta persona denunciando excesos con posterioridad al denuncio de *Tesorito.*

"Noveno. Con los procedimientos adoptados por la Gobernación y el Ministerio han lesionado los derechos civiles de mi poderdante y sus compañeros.

"Décimo. De la mina de *Las Mirlas* y sus continuaciones no se hizo por el Alcalde de Ibagué al dar la posesión la mensura sobre el terreno sino a distancia considerable del sitio de las minas, pues ni aquella autoridad ni los peritos que debieron practicarla llegaron hasta el lugar de situación de las minas."

En derecho la fundó en los artículos 18, 52, 53, 54, 55, 78, 80, 81 y sus concordantes, de la Ley 130 de 1913 y de las leyes que la adicionan y reforman; 65 y concordantes del Código de Minas; 205 y concordantes del Código Judicial, y en el Decreto número 223 de 1932.

Al negocio se le dio la tramitación propia, y habiendo llegado el momento de fallarlo, se pasa a hacerlo, con base en las siguientes consideraciones:

El artículo 9º del Decreto número 223 de 1932 dice:

"No se podrán denunciar aquellas minas por las cuales se estén pagando los impuestos establecidos en el presente Decreto. En consecuen-

cia, los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales desecharán los denuncios de minas que se les hagan, cuando se acredite, con el correspondiente recibo, que por la mina de que trata el denuncio se ha pagado, en la debida oportunidad, el respectivo impuesto."

Sobre la recta interpretación de este artículo se expusieron, en el curso de las diligencias que terminaron a virtud de las Resoluciones acusadas, tres teorías, que pueden sintetizarse así:

1ª Que la mina denunciada sea exactamente la misma anteriormente titulada, por la cual se esté pagando el impuesto correspondiente, y que esos hechos resulten del propio memorial de denuncio.

2ª Que la mina denunciada sea exactamente la misma titulada, por la cual se esté pagando impuesto, y que el opositor al denuncio presente la plena prueba de tales hechos; y

3ª Que la mina denunciada sea la misma, o haga parte integrante de la titulada, y que esos hechos se comprueben aunque sea sumariamente.

El Ministerio acepta esta última, que expone en los siguientes términos:

"La tesis del Ministerio.

"1º Los motivos de la disposición que se comenta:

"De conformidad con la legislación positiva anterior a la expedición del Decreto 223 de 1932, no había una disposición clara y precisa encaminada a resolver las situaciones creadas por denuncios de minas poseídas con posesión regular. Apenas se sabía que las autoridades debían conservar y hacer respetar los derechos del dueño de la mina, mientras no la abandonara, pero al mismo tiempo se prohibía a los respectivos funcionarios que desecharan los denuncios aun cuando creyeran que los denunciantes no tenían derecho de hacerlos, desde luégo que los impugnadores debían oponerse en oportunidad para que fuera el Poder Judicial el que resolviera sobre los derechos de los particulares. En todo caso, pues, salvo algunas excepciones de otra índole, no quedaba otro camino a los dueños de minas poseídas con posesión regular denunciadas por un tercero, que el de oponerse a la posesión solicitada en tiempo oportuno, para que así el Poder Judicial fallara la controversia.

"Pero este no era el espíritu del Código de Minas ni el de la legislación general colombiana en cuanto se refiere al amparo de los derechos adquiridos con justo título, ni esta situación era lógica y justa. Se imponía buscar y adoptar una fórmula que colocara la propiedad minera en un plano de igualdad con todas las demás reconocidas por la ley, y con la regla general vigente en todo lo tocante al amparo de las autoridades administrativas de los derechos con ella relacionados. Esta necesidad generó el artículo 9º del Decreto 223 de 1932, que puso en manos de las autoridades administrativas el amparo de los derechos adquiridos sobre minas poseídas con posesión regular, para hacerlo efectivo siempre que fuera vulnerado con algún denuncio justo o injusto, de buena o de mala fe. Pero en todo caso debía impedirse que tales derechos se vieran envueltos en una controversia ante el Poder Judicial con un simple denuncio, cuando de modo indubitable apareciera que con tal denuncio se causaba esa vulneración. Así, los propietarios y poseedores regulares de minas, mediante un procedimiento expedito, encuentran un medio de impedir que sus derechos se coloquen en tela de juicio cuando sobre ellos no existe ningún elemento discutible.

"2º Caso de aplicación de esta norma:

"Si este es el espíritu de la disposición legal que se comenta, es necesario fijar ahora su alcance y los casos de aplicación.

"La jurisprudencia de este Ministerio al respecto puede concretarse en los siguientes términos:

'Para demostrar que una mina no puede denunciarse en razón de los derechos que consagra el artículo 9º del Decreto 223 de 1932, es necesario probar, al menos sumariamente, que la mina que se supone invadida por la denuncia está a paz y salvo con el Tesoro Nacional por concepto de impuestos de minas y es preciso probar también que la mina se halla comprendida dentro de la amparada por el pago de impuestos.' (Resolución de 16 de febrero de 1933. *Boletín de Minas y Petróleos.* T. IX. P. 93).

"Esta jurisprudencia fue luégo reafirmada en otras varias resoluciones, dentro de las cuales figura la del 5 de enero de 1934. *(Boletín de Minas y Petróleos.* T. XII. P. 53)."

El Consejo estima igualmente que esta interpretación del artículo 9º del Decreto número 223 de 1932, es la que consulta mejor la equidad natural y el espíritu general que informa nuestra legislación.

Procede ahora examinar las pruebas en que se fundó el Ministerio para aceptar que la mina denunciada hace parte de otras tituladas anteriormente.

Según se deduce de las Resoluciones acusadas, tales pruebas fueron:

a) Las indicaciones contenidas en el memorial de denuncio, conforme a las cuales la mina *El Tesorito* linda con las minas tituladas *Continuación Oriental* y *Continuación Norte de La Mirla.*

b) Las declaraciones extrajuicio de Cristóbal Uribe y José Carlos Uribe, quienes, después de manifestar que conocen la mina *El Tesorito* y los linderos que allí se fijaron a tal mina, expusieron, en forma conteste:

"Es verdad y me consta, por haberlos recorrido y conocerlos, que los linderos transcritos en el punto inmediatamente anterior corresponden a la mina de *El Tesorito,* la cual hace parte integrante de la extensión general de las minas *La Mirla* y sus continuaciones, las cuales conozco también prácticamente por haberlas recorrido."

c) Los títulos de adjudicación de las minas *La Mirla* y sus continuaciones, en cuanto allí se expresan los linderos de ellas; y

d) Una diligencia de inspección ocular practicada por el Alcalde de Ibagué, asociado de testigos, por comisión de la Secretaría de Hacienda del Tolima.

Puede decirse que de las pruebas indicadas el Ministerio sólo tuvo en cuenta la testimonial, acerca de la cual se expresa así:

"Basta tener en cuenta la jurisprudencia de este Ministerio para poderles dar a las declaraciones a que se refiere el punto b) de la anterior enumeración, todo el valor probatorio que les corresponde de acuerdo con la estructura jurídica colombiana sobre pruebas judiciales. En efecto, en la Resolución de 5 de enero de 1934 se dijo lo siguiente, que se transcribe como fundamento de la presente Resolución:

'Para comprobar que una mina denunciada se halla comprendida dentro de otra u otras de las cuales se tiene título de adjudicación, puede emplearse la prueba testimonial, de conformidad con el artículo 697 del Código Judicial, puesto que la ley no lo prohibe.'

"Tal texto reza literalmente así:

'Dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley.'

"Las únicas prohibiciones legales al respecto son las contenidas en los artículos 1767 del Código Civil, 92 de la Ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial.

"Ahora bien, como según se expresó atrás, en el caso del artículo 9º del Decreto 223 de 1932 no hay término para pedir ni para producir pruebas, es evidente que las declaraciones que se aduzcan sólo pueden ser de nudo hecho, porque no hay citación de la parte contraria.

"Como el testimonio de los señores Torres y Alvarez es absolutamente conteste en todas sus partes, debe estimarse como plena prueba respecto de los hechos que afirman." *(Boletín de Minas y Petróleos.* Número 67. P. 59).

"El primero en desconocer el valor probatorio de estas declaraciones fue el señor Secretario de Hacienda del Tolima, en su Resolución de 3 de enero de 1935, en la cual se lee al respecto lo siguiente: 'La prueba testimonial no es la eficaz para dar luz a estos casos.' Y al sentar esta doctrina y convencido de la ineficacia de los testimonios aducidos, ordenó la práctica de una inspección ocular, en asocio de testigos, para dilucidar el punto controvertido.

"Ahora bien: si se tiene en cuenta que la inspección, según los casos, debe practicarse con testigos o peritos, al ordenar dicho funcionario que fuera con testigos, les reconoció a éstos el valor que antes les desconoció y admitió de plano que la cuestión de que se trata no era un punto que necesariamente debiera dilucidarse con la prueba pericial, o con la inspección ocular practicada en asocio de peritos. Esta sola circunstancia sería suficiente para restarle todo valor a la doctrina que se comenta, pero es bueno tener en cuenta otras cuestiones relacionadas con el valor probatorio de los testimonios en estos casos, para que se vea la razón que asiste al Ministerio de admitir y reproducir sus doctrinas anteriores.

"La admisibilidad de la prueba testimonial es la regla general de la legislación colombiana, y ella cabe para establecer cualquier hecho controvertido, salvo que la naturaleza de éste la excluya. La prueba pericial es de rigor cuando para la apreciación de los hechos se requieren conocimientos o prácticas especiales.

"En el caso de estudio se ha querido dar a la cuestión un aspecto exclusivamente técnico, para así sacarla del radio de acción de la apreciación de los testigos y colocarla dentro de la esfera de las actividades de los peritos. Y si bien es cierto que la prueba pericial sería también convincente, y acaso con mayor fuerza que la testimonial, no se puede negar que los hechos declarados caen bajo el dominio de las simples percepciones, sin necesidad de conocimientos o prácticas especiales, por lo cual, esta prueba también es admisible."

No comparte el Consejo la tesis del Ministerio, en cuanto sostiene que es suficiente la prueba testimonial para demostrar que una mina está totalmente comprendida en el perímetro de otra, o que hace parte integrante de ésta.

Es verdad que la ley no dice expresamente que no se admite, en ese caso, la prueba testimonial, o que para establecer tal hecho se exija una prueba determinada. La inadmisibilidad de la prueba testimonial en este caso resulta de que el testigo debe limitarse a relatar hechos que ha presenciado, sin que pueda hacer apreciaciones personales o emitir conceptos para los cuales se requieran conocimientos especiales. En cambio, la prueba pericial tiene por objeto el esclarecimiento de asuntos que dependan de alguna ciencia o arte, o en que haya que hacer apreciaciones o avalúos, como en el asunto de que se trata, en que es necesario hacer mensuras, comparar linderos, establecer distancias y rumbos, etc., todo lo cual no puede ser materia de declaraciones de testigos, sino de apreciaciones periciales, hechas por personas que tengan conocimientos adecuados. De consiguiente, en el negocio de que se trata era y es indispensable el dictamen pericial, o la inspección ocular practicada con peritos y no con testigos.

Es, por tanto, forzoso concluir que como las Resoluciones acusadas se basaron en una prueba testimonial, corroborada, se dice, con una inspección ocular verificada en asocio de testigos, no tiene base legal supección ocular verificada en asocio de testigos, no tienen base legal su

ficiente, toda vez que se apoyan en pruebas ineficaces. (Artículo 596 del Código Judicial).

Lo dicho sería suficiente para que prosperara la demanda presentada por el doctor Telésforo Jiménez. Pero hay más: el actor pidió ante el Consejo varias pruebas de importancia, entre las cuales sobresale una inspección ocular practicada por el Tribunal Administrativo de Ibagué, asociado de peritos ingenieros, nombrados en forma legal, inspección practicada por comisión del Consejo, en los días 22, 23 y 24 de febrero del año en curso.

Pertenecen a dicha diligencia los siguientes pasajes:

"Los peritos, de acuerdo en un todo, expusieron su dictamen así:

"Primero. Hemos constatado sobre el terreno la existencia de la mina *La Floresta* y sus continuaciones norte y oriental. Este conocimiento lo hemos obtenido mediante la identificación de los mojones y demás determinantes de las minas mencionadas, sirviéndonos, para ello, del plano y títulos que nos fueron presentados y que forman parte de los autos. Conforme a lo dicho, declaramos que las minas *La Floresta* y sus continuaciones existen no solamente por los títulos expedidos a favor de sus dueños, sino porque dichas minas están localizadas técnicamente —tal como lo ordena el Código de Minas— sobre el terreno. Para mayor claridad advertimos que las minas *La Floresta* y sus continuaciones arrancan de la quebrada llamada *La Floresta* —ubicada ésta en la región del mismo nombre— y van a terminar más allá de la cuchilla de *El Aguila* —ubicada ésta en la *región* comúnmente conocida con el nombre de *Las Mirlas*. Igualmente manifestamos que el ochenta por ciento (80%) de la superficie del rectángulo de la *Continuación Norte de La Floresta* está ocupada, y en laboreo, por los dueños de las minas *Las Mirlas* desde hace varios años, con la creencia (no sabemos si por ignorancia o con conocimiento) de que tal superficie o zona no pertenece a las minas de *Las Mirlas* y sus continuaciones. Sobre el terreno encontramos únicamente el mojón M de *Las Mirlas* que aparece localizado aproximadamente en el plano, agregado a estas diligencias, sin estar referenciado —en cuanto a la distancia, pues sí lo está en cuanto al rumbo— a ninguno de los puntos o líneas que tal plano contiene. A pesar de nuestra búsqueda diligente, no encontramos en el terreno las trochas o trazos de los rectángulos que deben formar el grupo de las minas de *Las Mirlas*.

"Segundo. La mina *Las Mirlas* y sus continuaciones están ubicadas en el paraje del mismo nombre, en el Municipio de Ibagué. Sirviéndonos del mojón M, que encontramos sobre el terreno, del cual ya se hizo mención en el punto anterior, localizamos conforme con el contenido de las diligencias de posesión de las minas *Las Mirlas* y sus continuaciones, las orientaciones de las líneas que deben determinar todas y cada una de tales minas; así pudimos constatar que tales minas van paralelamente a las minas de *La Floresta*. Advertimos, sí, que los trabajos realizados por nosotros, referentes a estas minas, fueron únicamente en lo tocante a los rumbos u orientaciones magnéticas sin haber hecho la mensura total de las líneas de demarcación de las minas de *Las Mirlas* por ser dicha mensura demasiado dispendiosa y no considerarla indispensable para poder conceptuar acertada, científica y honorablemente acerca de todas las cuestiones concernientes a esta diligencia. En consecuencia, declaramos que la mina *Las Mirlas* y sus continuaciones existen en cuanto a sus títulos y en cuanto (posiblemente) fueron localizadas sobre el terreno en la época de la entrega. El grupo de minas de *Las Mirlas*, ubicadas en el lugar ya dicho, están localizadas al occidente de la *Continuación Occidental* de la mina *La Floresta*.

"Tercero. Teniendo en cuenta las determinaciones generales y especiales contenidas en el aviso y denuncio de *Tesorito*, procedimos a verifi-

car, con un tránsito que aproxima hasta el minuto, el rectángulo —existente sobre el terreno— de la mina *Tesorito.* Esta mina tiene su base inicial (la base norte-este) en la región comúnmente conocida con el nombre de *Santa Clara,* del Municipio de Anzoátegui; queda, dicha mina de *Tesorito,* localizada al oriente de las minas de *La Floresta* y su continuación oriental. Como resultado de nuestro trabajo podemos afirmar que la mina *Tesorito* está localizada, sobre el terreno, acorde en un todo con las determinaciones técnicas contenidas en el memorial de denuncio de tal mina, y que entre esta mina y el grupo de *Las Mirlas* existe una gran-extensión de tierra dentro de la cual están localizadas, entre otras, las minas denominadas *La Floresta* y sus continuaciones.

"Cuarto. Teniendo en cuenta los linderos generales de los denuncios de las minas *Tesorito* y *Leticia,* linderos que confrontamos en el terreno, así como también las declaraciones que sobre el mismo particular obran en los autos a folios 1 a 6 del cuaderno de pruebas y las observaciones hechas sobre el terreno, podemos afirmar que la mina *Leticia* —entregada a sus denunciantes en el mes de noviembre del año pasado (1936)— ocupa en sus tres cuartas partes el rectángulo de la mina *Tesorito* después de atravesar longitudinalmente la mina *La Floresta* y su continuación oriental.

"Conclusiones.

"Teniendo en cuenta todo lo aseverado anteriormente sacamos las siguientes conclusiones:

"a) Las minas *Las Mirlas* son, tanto por sus orientaciones técnicas como por el lugar en que fueron denunciadas y entregadas, totalmente distintas de la mina *Tesorito;*

"b) La mina *Tesorito* no puede, tal como ha sido denunciada y localizada en el terreno, tocar, ni colindar, ni mucho menos interceptar a todas o a cualquiera de las minas que forman el grupo (cinco minas) denominado mina *Las Mirlas;*

"c) Entre el grupo de minas *Las Mirlas* y la mina *Tesorito* se interpone el grupo de minas denominado *La Floresta.* La mina *Tesorito* toca con su base final (la base suroeste) la continuación oriental de *La Floresta* formando con ella un ángulo obtuso, y *Las Mirlas* —situadas como ya se dijo—, al occidente de *La Floresta,* siguen o deben seguir una dirección paralela al grupo de minas de *La Floresta.*

"En relación con el cuestionario que ha presentado el doctor Dávila manifestamos:

"Al punto a). Entre las minas *Tesorito* y el grupo de minas *Las Mirlas* se interpone el grupo de minas llamado *La Floresta* advirtiendo que, según consta de autos, las minas de *La Floresta* fueron tituladas con anterioridad a las minas de *Las Mirlas.*

"Al punto b). Prescindiendo de la existencia real del grupo de minas de *La Floresta,* las minas *Tesorito* y *Las Mirlas* no se interponen, ni se tocan, ni son colindantes, porque entre las líneas de demarcación de *Tesorito* y las que deben determinar el grupo de minas de *Las Mirlas* hay una gran extensión de tierra dentro de la cual se pueden localizar algo más de cinco minas.

"Al punto c). Está absuelto en el punto cuarto de este dictamen.

"Al punto d). Conforme a las observaciones y trabajos que realizamos en el lugar motivo de esta diligencia, podemos afirmar con toda certidumbre y con pleno conocimiento que todos los detalles y especificaciones que contiene el plano que se nos ha presentado y que ha sido agregado a los autos, corresponde a la realidad existente en el terreno donde están localizadas las minas que en dicho plano aparecen.

"Conviene advertir que, conforme a los títulos de las minas de *Las Mirlas,* parece hubiera imposibilidad científica para hacer la localización de la mina principal ya que la diligencia de posesión (folios 55 vuelto del cuaderno principal) de dicha mina entre otras cosas dice: 'hacia el Norte, más o menos,' sin saber si ese 'más o menos' es aplicable a la desviación de *N grados* hacia el Oriente o hacia el Occidente. Sin embargo, procediendo con sana lógica, nosotros tomamos como rumbo u orientación magnética el Norte absoluto, rumbo éste que además de ser la vicectriz del ángulo que puede formarse con el 'más o menos' queda justificado por lo dicho en la posesión de la mina *Continuación Oriental de Las Mirlas* (folio 58 del cuaderno de pruebas) que dice únicamente: 'hacia el Norte,' siendo sabido que —conforme al Código de Minas— la continuación de una mina debe tener precisamente las orientaciones de la mina principal."

Se encuentra también en la diligencia la constancia que en seguida se copia, que tiene la fuerza de una confesión judicial, hecha por el señor Roberto Marulanda, opositor en este juicio y de quien adelante se hablará. Dice así:

"Acto continuo compareció el señor Roberto Marulanda, quien invocando su carácter de Presidente de la Sociedad Minera *Las Mirlas* pidió que se agregara al expediente un memorial en dos hojas para que sea tenido en cuenta por el personal de la diligencia, y así lo resolvió el Tribunal. El apoderado doctor Dávila solicitó que se dejara constancia de la siguiente declaración que dicho señor Marulanda hizo en presencia del Tribunal en el curso de una breve discusión que surgió entre él y el señor Félix Jiménez, Presidente de la Sociedad Minera de *La Floresta,* quien se hallaba asimismo presente: que él (Marulanda) no desconocía la existencia de la continuación norte de la mina *La Floresta,* que se interpone entre *Las Mirlas* y *Tesorito,* pero que como los propietarios de *La Floresta* no habían ejercido actos de posesión sobre esta mina durante diez años, consideraba haber ganado la posesión de esa mina por prescripción. El Tribunal deja constancia de haber oído de labios del señor Marulanda la anterior declaración."

Por último, el Tribunal comisionado dejó las siguientes constancias:

"Que personalmente los tres Magistrados que lo integran y su Secretario, estuvieron presentes en todos los sitios recorridos y presenciaron los reconocimientos y localizaciones hechos por los señores peritos, por lo cual afirma que las bases o los hechos en que los peritos fundan sus dictámenes, son ciertos y efectivos. Además que, como asunto de importancia para la definición del punto materia de este juicio, logró adquirir el conocimiento de que la cuchilla denominada *El Aguila* tiene una muy larga extensión, desde donde arranca en el macizo de la Cordillera Central hasta donde muere, muy al oriente del lugar en donde se halla, por su costado norte, el caserío denominado *Santa Clara;* también que con el nombre de *La Mirla* no solamente se comprende el perímetro de las minas de este nombre, sino una gran región, que tiene mayor extensión superficiaria que el correspondiente a las minas."

Durante el curso del juicio se presentó como opositor el señor Roberto Marulanda, en su carácter de Presidente de la sociedad ordinaria de minas *La Mirla,* y por auto del diez y ocho de mayo del presente año se le reconoció como parte, y se tuvo al señor doctor José J. Gómez R. como apoderado especial de aquél.

El señor doctor Gómez R. objetó el dictamen rendido por los peritos en la inspección ocular de que atrás se habló, pero no lo hizo ni en la forma ni en el término fijado en la ley, por lo cual se desechó su petición en el citado auto del diez y ocho de mayo.

El señor doctor Gómez R. presentó también algunas pruebas, consistentes en escrituras públicas, un plano y algunas declaraciones recibidas extrajuicio, pero la presentación fue hecha después de vencido el término de prueba, por lo cual no pueden apreciarse, conforme al artículo 597 del Código Judicial.

El señor Fiscal, previó un razonado concepto de fondo, opinó que la demanda debe prosperar.

Con base en 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. Son nulas las Resoluciones dictadas por el señor Ministro de Industrias y Trabajo, con fechas 24 de junio y 8 de octubre de 1936, sobre que ha versado el presente juicio.

Segundo. En consecuencia, el señor Gobernador del Tolima dará curso inmediato, por los trámites legales, al denuncio de la mina denominada *El Tesorito*, hecho el 7 de junio de 1933, por el señor Alfonso Arbeláez V., en su propio nombre y en el de otros.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese.

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones—Ramón Miranda—Elías Abad Mesa—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Rectificación de los escrutinios

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

El Tribunal a quo, erradamente, con un desconocimiento lamentable del problema jurídico que se sometió a su decisión y sin parar mientes en la verdadera acción intentada, declaró nula la proposición aprobada por el Consejo Electoral por considerarla violatoria del artículo 6º del Código Civil, en vez de ordenar simplemente la rectificación del escrutinio verificado.

Consejo de Estado—Bogotá, diez de febrero de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Miguel Rodríguez S., por demanda presentada el diez y nueve de abril del año próximo pasado, pidió al Tribunal Administrativo de Barranquilla:

"Es así como, apoyado en los hechos anteriormente expuestos, solicito del Tribunal a quien me dirijo que en sentencia definitiva, dada con los trámites establecidos en la ley que regula la materia, subsane las irregularidades apuntadas, en el sentido de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 25 de 1928, inciso 2º, modifique sustancialmente la declaración de nulidad hecha por el Consejo Electoral del Departamento, el día diez y seis de este mes, en contra de mi elección como Diputado a la Asamblea Departamental por el Círculo Electoral de Sabanalarga; modificación que debe consistir en que se me computen, por no estar afectados de nulidad alguna, los registros electorales de Campo de la Cruz y Santa Lucía, poblaciones en las cuales recibí setecientos tres (703) votos legítimos, número suficiente para que se me expida mi credencial como tal Diputado, de preferencia al doctor Cristóbal Navarra, quien apenas sacó en el día de la elección a que me refiero cuatrocientos treinta y cuatro votos en todo el Círculo Electoral."

El actor fundó su demanda, entre otros hechos, en los siguientes:

"9º En momentos en que se realizaban esos escrutinios, en el referido día quince de este mes, los miembros del Consejo Electoral señores Luis Dugand, Roberto U. Cepeda y Felipe Rosado, presentaron una proposición en la cual solicitaron de la corporación que no tuviera en cuenta, al llevar a cabo esos escrutinios, esos registros de Campo de la Cruz y Santa Lucía, por tener ellos 'visos de nulidad.'

"10. Esta proposición fue ampliamente combatida por el miembro del mismo Consejo Electoral doctor Luis Eduardo Manotas, con apoyo en el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, ya que los registros indicados de Campo de la Cruz y Santa Lucía no demuestran que hubo en tales poblaciones exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; ni tampoco demuestran ellos

que hubo allí alteraciones manifiestas de ninguna clase, en los registros; ni que éstos sufrieron modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; ni hay en ellos errores aritméticos; ni tales registros aparecen como apócrifos o falsos, ni aparecen tampoco como apócrifos o falsos los elementos que sirvieron para su formación, pues, repito, las elecciones se llevaron a cabo tanto en el Municipio de Campo de la Cruz como en el Corregimiento de Santa Lucía con la más esmerada corrección.'

"11. El número de ciudadanos hábiles inscritos ahora mismo en el Municipio de Campo de la Cruz es de mil setecientos cincuenta y dos; y apenas votaron novecientos trece. El número de ciudadanos inscritos en Santa Lucía es de quinientos setenta y apenas votaron trescientos veintisiete ciudadanos.

"12. No obstante no tener los registros de Campo de la Cruz y Santa Lucía, motivo alguno de nulidad, el Consejo Electoral del Departamento resolvió ilegalmente anularlos, y, por consiguiente, no tenerlos en cuenta en el escrutinio general, ya que la proposición a que me refiero en el punto 9º, fue aprobada con los votos de los referidos Consejeros, y en medio de la protesta del miembro del Consejo doctor Manotas, quien dejó en el acta de ese día, que fue el diez y seis del presente mes, una atestación enérgica sobre la mala conducta del Consejo al respecto, atestación que el honorable Tribunal a quien me dirijo habrá de leer en el acta correspondiente.

"13. Anulados, como fueron, por el Consejo Electoral del Departamento los registros de Campo de la Cruz y Santa Lucía, el Consejo Electoral del Departamento anuló prácticamente mi legítima elección para Diputado a la Asamblea Departamental, contrariando así la libre opinión de mis copartidarios de las referidas poblaciones.

"14. Como al mismo tiempo que el Consejo Electoral Departamental dejó de computar en los escrutinios generales en referencia los registros de Campo de la Cruz y Santa Lucía, anuló igualmente los del Municipio de Piojó, el resultado de la elección, por mérito de esa declaración indebida y definitiva de nulidad que hizo el Consejo aquí mencionado, según las irregularidades apuntadas, fue completamente distinto, pues en vez de expedirme a mí la respectiva credencial de Diputado a la Asamblea Departamental se la expidió al doctor Cristóbal Navarra, quien figuró en octavo lugar en lo que toca a los votos que recibieron los distintos candidatos, el día de las nombradas votaciones."

En derecho la basó en los artículos 184 y 190 de la Ley 85 de 1916; 17 de la Ley 25 de 1928 y 14 de la Ley 7ª de 1932.

El día veinte del indicado mes de abril presentó, ante el mismo Tribunal, el señor Fausto Mastrodoménico, otra demanda, cuya parte petitoria dice:

"Es así, apoyado en los hechos que dejo expuestos, como solicito del honorable Tribunal a quien me dirijo, que modifique la declaración apuntada que hizo el Consejo Electoral del Departamento, en lo que toca a los registros electorales del Municipio de Piojó, en el sentido de que se me computen los votos válidos que en ese Círculo sacó mi lista, la cual debe ser escrutada de preferencia a la del doctor Cristóbal Navarra, siendo así que yo saqué mayor número de votos que dicho señor Navarra en el Círculo Electoral de Sabanalarga para ser elegido Diputado a la Asamblea Departamental. Pido de una vez que el escrutinio en que se me computen los votos de Piojó sea verificado directamente por la autoridad contenciosa a quien me dirijo, de conformidad con el inciso 2º del artículo 17 de la Ley 25 de 1928."

Apoyó la demanda en los artículos 17 de la Ley 25 de 1928 y 14 de la Ley 7ª de 1932, y como fundamentos de hecho expuso, entre otros, los siguientes:

"5º En la fecha indicada anteriormente, los miembros del Consejo Electoral Departamental señores Luis Dugand, Roberto U. Cepeda y Felipe S. Rosado, presentaron una proposición tendiente a no computar el referido registro de Piojó por 'tener visos de nulidad.'

"6º Combatida esa proposición por los miembros del mismo Consejo señores doctor Luis Eduardo Manotas y Angel Palma, fue aprobada con el voto de la mayoría indicada y por esa razón se dejaron de computar a mi favor, en el escrutinio general, los 176 votos que me dio, como candidato a la Asamblea Departamental, el Municipio de Piojó, en medio de las protestas de los Consejeros Manotas y Palma, según atestaciones que obran en el acta de ese dia.

"7º La conducta del Consejo Electoral del Departamento al dejar de computar en mi favor los votos de Piojó, es violatoria del artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, pues en las elecciones que se verificaron en Piojó no hubo, ni exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; ni alteraciones manifiestas en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; ni hay allí errores aritméticos; ni esos registros electorales de Piojó aparecen como apócrifos o falsos, ni son falsos o apócrifos los elementos que entraron en su formación, pues las elecciones verificadas en Piojó se llevaron a cabo correctamente.

"8º Por la declaración indebida que hizo el Consejo Electoral del Departamento, consistente en no computar en el escrutinio general los votos emitidos en mi favor en el Municipio de Piojó, el resultado de la elección fue distinto a la realidad de los hechos, pues por esa irregularidad se le expidió la credencial correspondiente de Diputado a la Asamblea Departamental por el Círculo Electoral de Sabanalarga al doctor Cristóbal Navarra, quien apenas sacó cuatrocientos treinta y cuatro votos en todo el Círculo, siendo así que yo, agregando los votos de Piojó a los que saqué en los demás Municipios, da un resultado de 570 votos, hecho suficiente para que se me expida a mí la credencial de preferencia al doctor Cristóbal Navarra."

A su vez, el señor Pedro A. García B. presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, el dia 22 de abril, en la cual pidió:

"Que, después de la tramitación de rigor y por medio de sentencia definitiva, se declare la nulidad del registro de escrutinio, del escrutinio mismo y de la consiguiente declaración de elección verificada por el Consejo Electoral de este Departamento, referente al siguiente renglón de candidatos para Diputados a la Asamblea del Departamento, por el Círculo Electoral de Sabanalarga, a saber: principales: Pablo Emilio Manotas y Fausto Mastrodoménico; primer suplente, doctor Eduardo Medina V.; segundo suplente, Saúl Llinás U.

"Igualmente pido que como consecuencia de la solicitada declaración de nulidad os sirváis ordenar que, previas las deducciones, enmiendas, rectificaciones y demás operaciones aritméticas y de cualquiera clase que corresponda, sea escrutado y declarado electo Diputado a la Asamblea Departamental por el Círculo Electoral de Sabanalarga, en lugar de los precitados señores Pablo Emilio Manotas y Fausto Mastrodoménico, al doctor Claudio M. Blanco Jiménez y a quien corresponda en número como principal y primero y segundo suplentes, respectivamente, del mencionado Círculo Electoral de Sabanalarga, quienes han obtenido, después de declarada la nulidad de los registros y escrutinios de los Municipios de Piojó y Campo de la Cruz, votos suficientes para ser electos Diputados principal y primero y segundo suplentes del Círculo Electoral mencionado."

Como fundamentos de derecho adujo los artículos 181, 183, 190 y 215 de la Ley 85 de 1916; 1º, 3º, 4º y 10 de la Ley 7ª de 1932, y demás dis-

posiciones pertinentes, y como hechos principales alegó: que como el Círculo Electoral de Sabanalarga elige cinco Diputados, la lista por la cual debía votarse ha debido contener por lo menos tres renglones, según los artículos 3º y 10 de la Ley 7ª de 1932, y en el caso demandado no figuraban en la lista inscrita sino los señores Manotas y Mastrodoménico; y que el doctor Eduardo Medina V., quien figuró como primer suplente del doctor Pablo Emilio Manotas, era a la sazón "Inspector de Trabajo Nacional, con carácter de Jefe de la Oficina del Trabajo de este Departamento, y no había renunciado tres meses antes de verificarse la elección."

Antes de seguir adelante conviene aclarar que el señor Fausto Mastrodoménico no fue declarado electo Diputado.

Las tres demandas de que se ha hecho mérito fueron tramitadas separadamente, pero el Tribunal, por auto o providencia del veintidós de julio último, resolvió, de oficio, acumularlas para decidirlas en una sola sentencia.

Sobre el particular cabe hacer algunas observaciones:

Que la acumulación en ningún caso puede decretarse de oficio, sino a petición de parte, y mediante las formalidades que establece el Código Judicial; que en los juicios electorales no existe la acumulación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 96 de 1920; que según lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 85 de 1916 se deben decidir, en una sola instancia, sin necesidad de acumular los juicios, las demandas o reclamaciones intentadas sobre nulidad o irregularidades referentes a las votaciones o registros de escrutinios de un *mismo Municipio,* pero no las que hagan relación a distintos Municipios.

En el presente caso debían fallarse en una sola sentencia, sin decretar acumulación, las demandas presentadas por los señores Miguel Rodríguez S. y Fausto Mastrodoménico, que se refieren a la misma proposición del Consejo Electoral, que tienen las mismas causas e idénticos fundamentos de hecho y de derecho, pero no la del señor Pedro A. García B., que acusa el registro de escrutinio, el escrutinio mismo y la declaración de elección hecha a favor de los señores Pablo Emilio Manotas, Fausto Mastrodoménico y Eduardo Medina V., por motivos y razones muy diferentes.

No obstante, como ninguno de los interesados reclamó en forma alguna contra lo dispuesto por el Tribunal en la citada providencia del veintidós de julio, dicha providencia quedó en firme, es hoy ley del proceso y el Consejo no puede cambiar esa situación jurídica, ni ella constituye causal de nulidad en la actuación.

En consecuencia, se procede a dictar el correspondiente fallo de fondo.

El Consejo Electoral del Departamento del Atlántico, al hacer los escrutinios de las votaciones verificadas el día 4 de abril de 1937, para Diputados a la Asamblea Departamental y Representantes al Congreso, aprobó, en su sesión del 16 de abril, la siguiente proposición, relacionada con la elección de Diputados:

"El Consejo Electoral del Departamento

considerando:

"Que todos los datos y apariencias de los registros de escrutinios de Campo de la Cruz y Piojó están denotando que cuanto allí aparece es una falsedad,

resuelve:

"Declarar nulos los mencionados registros de escrutinios."

Esta proposición fue aprobada por los Consejeros Roberto U. Cepeda, Felipe S. Rosado, Luis H. Dugand y Angel M. Palma en lo referente al

Municipio de Campo de la Cruz. Palma votó negativamente en lo relativo al Municipio de Piojó, y el Consejero doctor Luis Eduardo Manotas votó la proposición negativamente en su totalidad y dejó una constancia contra el proceder del Consejo, que consideró violatorio del artículo 14 de la Ley 7ª de 1932.

Los Consejeros que aprobaron la proposición explicaron así las razones de su voto:

"La mayoría de esta corporación, vista la constancia injusta e inesperada del doctor Luis Eduardo Manotas, deja a su vez la suya de los hechos sucedidos y de las razones tanto de orden legal como moral que tuvo para anular o dejar de computar los escrutinios de los Municipios de Campo de la Cruz y Piojó. En primer término, desde el día de ayer se discutió hasta ahora, que son las cinco de la tarde, sobre las tachas, omisiones e ilegalidades de los documentos relacionados con las elecciones verificadas en los Municipios expresados, de modo que en el acta de ayer, que lleva la firma del doctor Luis Eduardo Manotas consta el amplio debate que sufrieron las muchas tachas, omisiones e ilegalidades que nos han servido para proceder y que adelante enumeramos. Lo anterior demuestra que no fue con el voto, como lo insinúa el doctor Manotas, como la mayoría tomó su determinación, sino que lo hizo después de dos días de discusión que duraron los días que lleva de reunida la corporación. En los documentos de Campo de la Cruz se encuentra que el señor Darío Castillo, primer suplente para Diputado y el principal para Diputado, son miembros del Jurado Electoral. El último es el Presidente de la corporación según los documentos enviados. En uno de los escrutinios, el correspondiente al Jurado de Votación número 2, aparece el miembro del Jurado Electoral señor Luis Escorcia C. como miembro del expresado Jurado de Votación, *escrutando así dos veces*. El escrutinio que corresponde al Jurado de Votación número 2, expresa que en él intervinieron los miembros señores Vicente Caro S., Luis Escorcia C. y Pompilio Castillo R., y sin embargo aparece firmado por el señor Efraím Caro, extraño a la corporación. Los Jurados de Votación fueron desempeñados por el señor Bolívar Navarro, Personero Municipal; Manuel Escorcia, Tesorero Municipal; Miguel Rozo Rodríguez, Colector de Hacienda; Oscar Riquet, Telegrafista, y Maximiliano Mercado, Maestro de Escuela. En lo que hace referencia a Piojó, para no ser tan extensos, basta observar que el recibo expedido por el empleado de correos, el cual se da después de recibidos y cerrados los pliegos, apareció incluido entre los paquetes que contenían los documentos remitidos, lo que demuestra que ese recibo fue introducido abriendo ilegalmente el paquete dejado en el correo. El acta de escrutinios verificados por el Jurado Electoral de Piojó expresa solamente que sufragaron ciento ochenta y un ciudadanos, sin especificar nada más, de manera que no es posible saber a favor de quién o quiénes fueron esos sufragios."

El artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 dice:

"Las corporaciones escrutadoras no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, las cuales corresponden, privativamente, a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado. En consecuencia, aquéllas sólo pueden declarar nulidades referentes a exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; a errores aritméticos, y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos."

Basta la simple lectura de este artículo y la de las razones aducidas por la mayoría del Consejo Electoral del Atlántico, como fundamentos o mo-

tivos de la proposición copiada, para demostrar que dicha proposición es completamente ilegal y que el Consejo no tenía facultad para aprobarla, ni para dejar de computar en los escrutinios que verificó para elegir Diputados, los registros correspondientes a los Municipios de Campo de la Cruz y Piojó. El Consejo Electoral usurpó atribuciones que la ley le señala a otras autoridades y se colocó, por tanto, fuera de la esfera legal.

Ahora bien: como los demandantes Rodríguez S. y Mastrodoménico ejercitaron, no las acciones de nulidad sino la de rectificación del escrutinio verificado por el Consejo Electoral, a que se refieren los artículos 184 y 185 de la Ley 85 de 1916, en relación con el 190 de la propia Ley, por haberse dejado de computar en tal escrutinio, en virtud de la proposición aprobada, los registros correspondientes a Campo de la Cruz y Piojó, es evidente que sus demandas deben prosperar.

El Tribunal *a quo,* erradamente, con un desconocimiento lamentable del problema jurídico que se sometió a su decisión y sin parar mientes en la verdadera acción intentada por los señores Rodríguez S. y Mastrodoménico, declaró nula la proposición aprobada por el Consejo Electoral, por considerarla violatoria del artículo 6º del Código Civil, en vez de ordenar simplemente la rectificación del escrutinio verificado, para computar los registros de los Municipios de Campo de la Cruz y Piojó, por no tener el Consejo Electoral del Departamento del Atlántico facultad legal para aprobar la aludida proposición, ni para dejar de computar en el escrutinio los registros mencionados. En esa parte habrá, pues, que modificar la sentencia apelada, en lo tocante a las dos demandas de que se ha venido hablando, las cuales quedan así analizadas, sin necesidad de estudiar las pruebas practicadas, por tratarse de un asunto de puro derecho.

Respecto de la demanda presentada por el señor Pedro A. García B. se tiene:

Ataca él la elección de los señores Pablo Emilio Manotas, Fausto Mastrodoménico y doctor Eduardo Medina V. La de los dos primeros por haber figurado, como principales, en una lista que sólo contenía dos renglones, cuando, según él, ha debido contener por lo menos tres, porque el Círculo Electoral en el cual figuraban como candidatos elige legalmente cinco Diputados; y la del doctor Medina V. porque —afirma el actor— era "Inspector del Trabajo Nacional, con carácter de Jefe de la Oficina del Trabajo de este Departamento, con jurisdicción en todo su territorio, y no había renunciado tres meses antes de verificarse la elección."

Acerca del primer punto, o sea la elección de los señores Manotas y Mastrodoménico, ya ha dicho el Consejo, en multitud de fallos, que el hecho de figurar en una lista menos de la mitad del número de candidatos que deba elegirse, no constituye causal de nulidad. Huelga, por tanto, repetir esa jurisprudencia, o entrar en nuevas consideraciones sobre cuestión tan ampliamente estudiada en otras sentencias, pero conviene repetir, como se dijo atrás, que el señor Mastrodoménico no fue declarado electo Diputado.

En lo relativo a la elección del doctor Eduardo Medina V., negó el Tribunal la declaración de nulidad pedida, por considerar que él no desempeñaba ningún cargo investido de jurisdicción o autoridad.

En concepto del Consejo, ante todo debe estudiarse si aparece probado que el doctor Medina V. desempeñaba, el día de las votaciones, o en los tres meses anteriores, el cargo que se dice ejercía, porque si tal prueba no existe, no es el caso de analizar si el empleo referido lleva anexa jurisdicción o autoridad.

El actor afirma que el doctor Medina V. "era Inspector del *Trabajo Nacional* con carácter de Jefe de la Oficina del Trabajo de este Departamento con jurisdicción en todo su territorio, y no había renunciado tres meses antes de verificarse la elección."

Sobre el particular sólo existen las siguientes pruebas, traídas a los autos a petición del demandante:

a) Copia del acta de posesión que el 3 de abril de 1935 tomó el doctor Eduardo Medina V., de Jefe de la Oficina Departamental del Trabajo, puesto para el cual fue nombrado por Decreto número 107, de la Gobernación del Atlántico, de fecha primero de abril citado. Este empleo es distinto del que se afirma que desempeñaba el doctor Medina V. el día de la elección, y no está probado que dicho día, ni en los tres meses anteriores, desempeñara aún dicho empleo.

b) Copia del Decreto Ejecutivo número 1563, del 1º de julio de 1936, por el cual el Gobierno nombró "Inspectores Seccionales del Trabajo," entre otros, al doctor Eduardo Medina; y

c) Copia de la Resolución número 135, del 7 de julio de 1936, del señor Ministro de Guerra, encargado del Despacho de Industrias y Trabajo, por la cual, entre otras destinaciones de Inspectores, hizo la siguiente:

"Eduardo Medina. Inspector Seccional para el Departamento del Atlántico, con residencia en Barranquilla."

No se probó que el doctor Medina aceptara el cargo, ni que hubiera tomado posesión de él, ni que lo ejerciera el día de las votaciones, o tres meses antes de esa fecha. No aparece, por tanto, probado que el doctor Eduardo Medina V. desempeñara el empleo de que se trata, y, por lo mismo, la demanda no debe prosperar en este punto. Se confirmará, pues, en esta parte la sentencia apelada, aunque por razones distintas de las aducidas por el Tribunal.

El señor Fiscal del Consejo opina que debe confirmarse la sentencia.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, de acuerdo en parte con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Revócase el ordinal 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia;

Segundo. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 y 185 de la Ley 85 de 1916, ordénase la rectificación de los escrutinios realizados por el Consejo Electoral del Departamento del Atlántico, en los días quince a diez y siete de abril de mil novecientos treinta y siete, con motivo de las votaciones verificadas el día cuatro del citado abril, para Representantes al Congreso y Diputados a las Asambleas Departamentales. La rectificación se hará únicamente en lo relativo a la elección de Diputados a la Asamblea Departamental del Atlántico por el Círculo Electoral de Sabanalarga, computando los votos emitidos en los Municipios de Campo de la Cruz, con su Corregimiento o agregación de Santa Lucía, y Piojó, así como los emitidos en todos los demás Municipios que componen el mencionado Círculo Electoral de Sabanalarga.

Tercero. El nuevo escrutinio ordenado en el punto anterior se efectuará por el Tribunal Administrativo de Barranquilla, dentro de los diez días siguientes al recibo del expediente, y para ello tendrá en cuenta, además de los documentos que figuran en autos, los registros de escrutinios de los Jurados de Votación y de los Jurados Electorales, como también cualesquier otros documentos y elementos necesarios al efecto y re-

lacionados con las votaciones verificadas en todos los Municipios que componen el referido Círculo Electoral de Sabanalarga, todo lo cual pedirá el Tribunal previamente al Consejo Electoral del Departamento del Atlántico, o a la corporación o autoridad bajo cuya custodia se halle.

Cuarto. Terminado el nuevo escrutinio a que se refieren los puntos *segundo* y *tercero* que anteceden, el Tribunal declarará electos Diputados a la Asamblea Departamental del Atlántico, por el expresado Círculo Electoral de Sabanalarga, a quienes legalmente corresponda, y les expedirá las respectivas credenciales. En consecuencia, quedan nulas y sin valor ni efecto alguno las credenciales de Diputados a la Asamblea referida, por dicho Círculo Electoral de Sabanalarga, expedidas por el Consejo Electoral del Departamento del Atlántico.

Quinto. Niéganse las peticiones de la demanda presentada por el señor Pedro A. García B.

Sexto. Confírmase lo dispuesto por el Tribunal *a quo* en el ordinal 6º de la parte resolutiva de la sentencia que se revisa.

Queda en estos términos modificada la aludida sentencia.

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

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas—Elías Abad Mesa. Ramón Miranda—Luis E. García V., Secretario.

Elección de Representantes

Consejero ponente, doctor ISAIAS CEPEDA

Es evidente que mientras la ley no exista y determine la clase de negocios a que es aplicable el principio constitucional, y las pruebas necesarias para demostrar el hecho, el juzgador no puede aplicar el artículo 30 del Acto legislativo número 1º de 1936.

Consejo de Estado—Bogotá, diez de febrero de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Marco A. Cuéllar Cabrera, en uso de la acción ciudadana, consagrada por los artículos 52 de la Ley 130 de 1913; 38, ordinal c), 187 y 190 de la 85 de 1916, demandó del Tribunal Administrativo de Neiva, con fecha 26 de abril del año próximo pasado, las nulidades que a continuación se expresan:

1ª Nulidad de los votos emitidos a favor del señor Antonio Vega Lara para Representante al Congreso Nacional en el período constitucional de 1937 a 1939, por la Circunscripción Electoral de Neiva, el día 4 de abril de 1937;

2ª Nulidad del acta o registro de escrutinio o del cómputo hecho por el Consejo Electoral de Neiva el 21 de los mismos mes y año, de los votos emitidos a favor del señor Antonio Vega Lara, para Representante al Congreso, el día 4 de abril de 1937;

3ª Nulidad de la elección declarada a favor del mismo señor Antonio Vega Lara por el Consejo Electoral de Neiva el mismo día 21 de abril de 1937, y

4ª Nulidad de la credencial que se le expida por la citada corporación como Representante al Congreso Nacional por la Circunscripción Electoral de Neiva en el período de 1937 a 1939.

En derecho basó su pedimento el actor en el artículo 30 del Acto legislativo número 1º de 1936, reformatorio de la Constitución, y para sustentarlo citó los siguientes hechos:

"a) El señor Antonio Vega Lara celebró con el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Guerra un contrato que se contiene en documento suscrito en Bogotá el 23 de diciembre de 1933, sobre transporte de carga de la Estación de Polonia, del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, al puerto de Venecia y lugares intermedios;

"b) Este contrato se encontraba vigente y produciendo todos sus efectos el día cuatro de abril de 1937, día en que sucedieron las elecciones populares para Representantes al Congreso Nacional, y seis meses antes de esa fecha, según copia auténtica que acompaño de los certificados de reserva de fondos en la Contraloría General de la República números 564 de 14 de diciembre de 1936 y 150 de 28 de enero de 1937;

"c) A pesar de esto, el señor Vega Lara obtuvo un número considerable de votos para Representante al Congreso Nacional por la Circunscripción Electoral de Neiva, en los comicios del 4 de los corrientes, y esos votos fueron computados en su favor por el Consejo Electoral de Neiva en el acto de los escrutinios verificados el día 21 de los mismos;

"d) Pero el señor Antonio Vega Lara estaba inhabilitado el día de las elecciones y seis meses antes para ser elegido por razón del contrato de transportes a que he hecho referencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 30 del Acto legislativo de 1936 que dice:

'No pueden ser elegidos miembros del Congreso los ciudadanos que a tiempo de la elección, o dentro de los seis meses anteriores a ella, estén interviniendo o hayan intervenido en la gestión de negocios con el Gobierno, en su propio interés o en interés de terceros, distintos de las entidades o instituciones oficiales.'

"Invoco, además, como fundamentos de derecho de esta acción las disposiciones de los artículos 183, 187, 194 y concordantes de la Ley 85 de 1916."

El Tribunal, por auto del veintiocho de abril, admitió la demanda y abrió el juicio a prueba.

Más tarde, el 26 de agosto, el señor Cuéllar Cabrera presentó un nuevo memorial para reforzar la demanda y en él hace especial referencia a varios documentos que en el acto de instaurarla había presentado.

Surtida la tramitación propia de la primera instancia, el Tribunal puso fin al negocio por sentencia del once de septiembre de mil novecientos treinta y siete, así:

"Hay petición antes de tiempo al demandar la nulidad de la elección del señor Antonio Vega Lara de Representante al Congreso Nacional para el período de 1937 a 1939, por la causal inconstitucional alegada. En cuanto a las otras peticiones de la demanda: declaración de nulidad de los votos emitidos a favor de dicho señor en las elecciones para Representantes al Congreso en el presente año; la de nulidad del acta de escrutinio o cómputo correspondiente a esa elección por el Consejo Electoral de Neiva, y la nulidad de la credencial, no se ha traído la prueba de que tales actos de carácter netamente adjetivo en materia electoral, sean nulos."

De esta sentencia apeló el actor oportunamente y concedido el recurso vinieron los autos a esta Superioridad, donde tramitado el negocio conforme a la ley, se pasa a fallarlo en definitiva, para lo cual se considera:

Se encuentra perfectamente establecido en el expediente que entre los señores doctor Alfonso Araújo, con carácter de Ministro de Guerra, y Antonio Vega Lara, como Gerente de la Empresa de Transportes del Sur, se celebró un contrato de transportes de Polonia a Florencia en el año de 1933; que dicha convención regía el 4 de abril de 1937 y seis meses antes, y que el mencionado señor Vega Lara había gestionado personalmente el pago de las cuentas de cobro por concepto del contrato aludido, ante el Departamento de Presupuestos, Contabilidad y Ordenación del Ministerio de Guerra.

Así, pues, debe decidir el Consejo en definitiva si de conformidad con el artículo 30 del Acto legislativo número 1º de 1936 es o nó el caso de decretar las nulidades pedidas por el actor.

La primera parte de dicho mandato es del siguiente tenor:

"No pueden ser elegidos miembros del Congreso los ciudadanos que a tiempo de la elección, o dentro de los seis meses anteriores a ella, estén interviniendo o hayan intervenido en la gestión de negocios con el Gobierno, en su propio interés o en interés de terceros distintos de las entidades o instituciones oficiales."

De aquí se deduce con absoluta claridad que un individuo que se encuentre en las condiciones de que trata la parte transcrita, no puede ser elegido Representante al Congreso, y si lo fuere, tanto la elección como las diligencias anteriores a ella quedarían viciadas de nulidad, y sería necesario, demandada aquélla, dictar sentencia conforme al pedimento del demandante. El caso de autos queda perfectamente ajustado dentro de esa norma jurídica. Pero el juzgador, para aplicarla, no puede de ninguna manera tomar sólo una parte sino que ha de ceñirse a todo el texto para proceder rectamente.

La parte final, esto es, el inciso segundo del mencionado artículo dice textualmente:

"La ley determinará la clase de negocios a que sea aplicable esta disposición y la prueba especial para demostrar el hecho."

El Congreso Nacional hasta esta fecha no ha expedido ley alguna en desarrollo de este mandato, y por tanto, no existe base legal para aplicarlo.

Es evidente que mientras la ley no exista y determine la clase de negocios a que es aplicable el principio constitucional citado, y las pruebas necesarias para demostrar el hecho, el juzgador no puede aplicarlo.

¿Se sabe, acaso, si los contratos de la clase del que celebró el señor Vega Lara con el Gobierno quedarán o nó incluídos en la ley que haya de dictar el Congreso para que en concordancia con el artículo 30 del Acto legislativo número 1º de 1936, constituyan impedimento para ser elegido?

El Tribunal *a quo*, en la sentencia con que puso fin a la primera instancia, comenta un proyecto de ley presentado por el Gobierno, en el cual se determinan las incompatibilidades. Mientras dicho proyecto no sea ley de la República, no puede tener aplicación práctica el tántas veces citado artículo constitucional.

Lo dicho hasta aquí es suficiente para llevar al convencimiento de que la sentencia del Tribunal Seccional de Neiva es jurídica en su parte motiva, pero debe modificarse en la resolutiva, porque el Tribunal dejó allí expresada la forma en que se debía fallar, pero no falló, en rigor jurídico.

El señor Fiscal del Consejo opina que debe confirmarse la sentencia.

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

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda presentada por el señor Marco A. Cuéllar Cabrera, de que se ha venido tratando.

Queda así modificada la sentencia de primera instancia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Expulsión de extranjeros

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

Desde la expedición del Decreto 804 de 1936, reglamentario de la Ley 2ª del mismo año, la expulsión de extranjeros no es ya un acto discrecional del Presidente de la República. Es una función reglada que exige requisitos, estando, por consiguiente, sujeta al control jurisdiccional del Consejo de Estado, como acto ministerial.

Consejo de Estado—Bogotá, octubre veinte de mil novecientos treinta y siete.

Por escrito de fecha 17 de noviembre último el señor W. Chamberlin Lamb, ciudadano norteamericano domiciliado en Colombia, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de la Resolución número 47, de 29 de agosto próximo pasado, expedida por la Dirección General de la Policía Nacional, por medio de la cual se le expulsa del territorio del país.

Reclamada por el señor Fiscal de la corporación la providencia que admitió la demanda y ordenó suspender provisionalmente el acto acusado, el interesado corrigió aquélla en memorial del 28 de enero último, en el sentido de aclarar que la acusación de nulidad se enderezaba, en primer término, contra la Resolución del Ministerio de Gobierno expedida el 17 de octubre de 1936, por medio de la cual se aprobó la emanada de la Dirección de la Policía Nacional.

Subsanados de esta manera los defectos apuntados por el Agente del Ministerio Público en su solicitud de reposición, se admitió definitivamente la demanda por auto del 23 de febrero, se mantuvo la suspensión provisional antes decretada y se ordenó seguir el trámite procesal correspondiente a esta clase de juicios administrativos.

Antes de considerar la juridicidad del acto censurado de nulo, procede el estudio de la cuestión previa relativa a la competencia, suscitada por la vista fiscal, en cuanto en ella se solicita que el Consejo se declare inhibido para conocer en el negocio por falta de jurisdicción. Se expresa así el Agente del Ministerio Público:

"En la vista número 190 dijo la Fiscalía lo siguiente:

'La facultad que tiene el Presidente de la República para expulsar del país a un extranjero que considere pernicioso es de carácter netamente policivo; es una facultad discrecional inherente al Jefe del Estado y que emana de los atributos mismos de la soberanía. Una medida de esta índole es un acto de Gobierno que por su naturaleza escapa al control jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. Esta tesis fue sostenida por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1933.'"

Ciertamente, en el fallo a que alude la Fiscalía (*Anales del Consejo de Estado,* número 218. Tomo XXVI, de abril de 1934) esta entidad se de-

claró inhibida para conocer, por falta de jurisdicción, de la querella de nulidad instaurada contra un decreto del Presidente de la República sobre expulsión de un extranjero. Se dijo entonces para motivar la inhibitoria:

"Se trata de un acto discrecional del Gobierno, que no cae bajo la jurisdicción del Consejo de Estado, siguiendo la opinión de los tratadistas de Derecho Administrativo. No puede sostenerse que es un acto reglado por el hecho de que la ley fija las causales que pueden dar lugar a la expulsión, porque la misma disposición deja 'a juicio del Gobierno' la apreciación de aquellos motivos, sin necesidad de procedimientos especiales ni de pruebas determinadas. Es decir, se dejó al arbitrio del Gobierno la expulsión, cuando los extranjeros están colocados en alguna de las causales que la ley señala. El artículo 8º de la Ley 48 de 1920 establecía las condiciones por las cuales podrían ser expulsados del territorio nacional los extranjeros 'mediante un decreto del Poder Ejecutivo y previa formación de un expediente justificativo.' "

La anterior disposición fue derogada expresamente por el artículo 4º de la Ley 103 de 1927 y sustituida por el artículo 2º de dicho texto, que es del tenor siguiente:

"Podrán ser expulsados del territorio nacional, mediante un decreto del Poder Ejecutivo, los extranjeros que se encuentren en alguna de las condiciones siguientes, a juicio del Gobierno....."

Como se ve por el artículo transcrito, el requisito de la formación del expediente justificativo fue suprimido y se dejó a juicio del Gobierno la apreciación de las causales para la expulsión de extranjeros. De manera que hoy puede el Poder Ejecutivo expulsar del país a un extranjero, mediante un decreto, cuando a su juicio se encuentre en alguna de las causales que señala la disposición citada.

El texto transcrito de la Ley 103 de 1927, así como la exposición de motivos con que fue acompañado al Congreso el proyecto respectivo, además de la doctrina de los autores que, como Phillimore, Martens, Hefter, Duguit y otros que se pronuncian en favor de la discrecionalidad de los actos de esta naturaleza, fueron los fundamentos jurídicos de aquel fallo de inhibitoria.

Mas al presente, por virtud del cambio en el régimen legal que domina la materia, se impone un examen cuidadoso de la cuestión, a fin de comprobar si subsisten aquellos fundamentos o, si por el contrario, debe rectificarse la jurisprudencia del Consejo o, mejor, adaptarla al sentido y la orientación de la vigente legislación positiva.

Para ello, basta saber que la Ley 2ª de 1936—artículo 6º—confirió al Presidente de la República la facultad de reglamentar, en la forma que consulte los intereses nacionales, la entrada, residencia y expulsión de extranjeros; y por medio del parágrafo del mismo artículo derogó expresamente el 9º de la Ley 48 de 1920, así como todas las demás disposiciones contrarias a aquella facultad, entre otras —naturalmente— las contenidas en el artículo 2º de la Ley 103 de 1927, como adelante se verá.

El Gobierno, en ejercicio de tales atribuciones y en desarrollo del citado artículo 6º de la Ley 2ª, dictó el 15 de abril de 1936 el Decreto número 804, por medio del cual reglamentó íntegramente lo concerniente a la expulsión de extranjeros, viniendo de esta suerte a quedar derogada toda la legislación anterior sobre la materia. En efecto, por medio de aquel Decreto fijó el Ejecutivo las causales que pueden dar lugar a la expulsión de los extranjeros, señaló las autoridades competentes para declararla y estableció las reglas de procedimiento que deban seguirse para llevarla a cabo. Rezan así algunos de sus preceptos:

"Artículo 2º La declaratoria de expulsión será hecha por el Director General de la Policía Nacional, mediante resolución aprobada por el Ministerio de Gobierno, la cual deberá ser publicada en el *Diario Oficial*.

"Parágrafo 1º Los informes, denuncios o quejas debidamente juramentadas serán base suficiente para que la autoridad ante quien se presenten *proceda a levantar el correspondiente informativo, debiendo recibir al inculpado declaración indagatoria dentro de las 48 horas siguientes.*"

El artículo 3º dispone que cuando las autoridades tuvieren motivos fundados para considerar que un extranjero debe ser expulsado del país, pasarán informe a la Dirección de la Policía Nacional, la que dará las instrucciones del caso para la iniciación *de las diligencias correspondientes.*

De la letra y del sentido de las disposiciones que se consideran, aparece innegable que el acto por el cual se decreta la expulsión de un extranjero no tiene hoy, bajo el imperio de los nuevos textos, el carácter de discrecional que pudo haber tenido antes. Ya se dijo que las anteriores normas, legalmente insubsistentes en la actualidad, en virtud de las cuales la expulsión podía verificarse "a juicio del Gobierno," es decir sin sujeción a regla alguna de procedimiento, quedaron sustituidas por la obligación de cumplir, por parte de la autoridad competente, una serie de requisitos, entre los cuales figura —precisamente— la de instruir diligencias informativas, oír al interesado dentro de cierta oportunidad, etc. Así, su fisonomía jurídica de acto de Gobierno, de facultad privativa inherente al Jefe del Estado, quedó transformada por ministerio de la reglamentación vigente, en función de simple policía, sujeta a la ulterior aprobación del Ministerio de Gobierno, o, lo que es lo mismo, en un acto administrativo propiamente dicho, si se entiende por tál —de acuerdo con la definición de Fernández de Velasco— toda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer o modificar situaciones jurídicas subjetivas; y, por otro aspecto, en contraste con la ausencia de normas en el procedimiento, existe hoy una serie de preceptos imperativos de obligatorio cumplimiento por parte del funcionario que dicta el acto, el cual pierde así su índole de discrecional para convertirse en reglado.

Bien sabido es que el acto administrativo reglado es aquel cuya existencia jurídica está determinada y limitada en su contenido y forma por una norma positiva, de carácter objetivo; y que, por el contrario, el acto discrecional surge de la ausencia de esa norma jurídica objetiva que determina y condiciona la actividad del Estado, la cual al exteriorizarse libremente en el hecho no se detiene ante el agravio que pueda causar a un derecho subjetivo. De acuerdo con la doctrina, la discrecionalidad en los actos administrativos resulta siempre como consecuencia de disposición legal expresa o por el silencio de la ley, y en veces también por necesidad administrativa.

Dentro de estos principios, fácil resulta concluir que no hay razón ninguna para atribuir carácter de discrecional al acto por el cual se expulsa del país a un extranjero, en tanto que ese acto de la administración está limitado en su contenido y forma a expresas normas de derecho positivo, desde la determinación de las causales que pueden originarlo hasta las reglas adjetivas procesales que regulan y conforman su expedición.

Es muy cierto que según Duguit y otros expositores de derecho público, esta clase de actos son por su naturaleza discrecionales y en todos los países se reserva al Jefe del Estado la potestad de realizar la expulsión por simple medida de policía, sin limitación alguna.

Se sostiene que en Colombia existió el mismo sistema de discrecionalidad consagrado entre otras normas, en la Ley 145 de 1888, cuyo artículo 13 dispuso que el Gobierno tenía la facultad de expulsar del territorio

nacional, cuando lo creyera conveniente al orden público, a todo extranjero que se ingiriera en la política del país; y en la Ley 103 de 1927, cuyo alcance fijó el Consejo de Estado en el sentido de la discrecionalidad, en la sentencia a que atrás se hizo referencia. Pero al ser sustituída esta última Ley por el Decreto 804, se convirtió aquella facultad arbitraria en una actividad reglada, la cual si evidentemente desde el punto de vista político es menos eficaz para garantizar la seguridad y tranquilidad públicas en especiales momentos de la vida nacional, en cambio es la que mejor se compadece con el régimen propio de un Estado de derecho. Por lo demás, la facultad discrecional subsiste en principio en el Jefe del Estado colombiano, pues de acuerdo con la mencionada Ley 2ª de 1936, puede ejercerla para reglamentar lo que hace relación a la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, en la forma que mejor convenga a los intereses nacionales. Para ejercitar este amplio mandato del legislador, bastaría la derogatoria del tántas veces aludido Decreto 804. Pero mientras éste subsista vigente, no hay fundamento ninguno para sustraer de la revisión contencioso-administrativa los actos dictados en atención a sus preceptos. Por este extremo, pues, es incuestionable la competencia del Consejo para conocer de la acción sobre que versa el presente juicio.

Resta decir igualmente, si por imperio de la Ley 29 de 1929, en cuanto es una resolución de la policía, el acto de que se trata esta sustraído al control jurisdiccional del Consejo de Estado. La Ley en referencia en su artículo 1º establece lo siguiente:

"En los casos de que tratan los ordinales b) y g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913 no se comprenden las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil y las sentencias dictadas en juicios seguidos por fraudes a las rentas departamentales o municipales."

Aparte de que la disposición transcrita se refiere limitativamente a los Tribunales Administrativos, y no al Consejo de Estado cuya esfera de competencia está regida por otras normas distintas, obvio es que no puede extenderse el alcance de aquella limitación más allá de los casos expresamente comprendidos en él, o sea a los ordinales h) y g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913 y no más, en cuanto sustrae del conocimiento de los Tribunales Administrativos las resoluciones de policía y los juicios por fraudes a las rentas de que trata aquel artículo.

La revisión de los actos del Gobierno o de los Ministros está por modo expreso atribuída al Consejo de Estado por el artículo 78 de la Ley 130 de 1913, ya citada, sin otra excepción que la establecida en el mismo artículo, respecto de aquellos actos de los cuales conoce la Corte Suprema de Justicia por mandato del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 (artículo 149 de la Codificación Constitucional).

De lo dicho resulta sin dificultad ninguna que la Resolución de la Policía Nacional dictada con ocasión de la expulsión de un extranjero, si está debidamente aprobada por el Ministro de Gobierno, cae bajo la jurisdicción del Consejo de Estado, como acto ministerial, pues lo que se demanda es este acto que es en definitiva el que crea o modifica una situación subjetiva de derecho, y no el de la policía.

Determinada así la competencia del Consejo, según las nociones expuestas, entra éste a estudiar el fondo del negocio, para lo cual considera:

La Resolución demandada es del siguiente tenor literal:

"*Resolución número 47—Policía Nacional—Dirección General—Sección de Extranjeros—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos treinta y seis.*

"Del expediente levantado por el señor Juez 2º de Instrucción Criminal a solicitud de este Despacho, se deduce que el ciudadano estadounidense W. Chamberlin Lamb, se halla en el caso señalado por el aparte d) del artículo 1º del Decreto 804 de 1936.

"Por tanto, la Dirección General de la Policía Nacional, apoyada en la facultad que le confiere el artículo 2º del Decreto citado,

resuelve:

"Expúlsase del territorio colombiano a W. Chamberlin Lamb, ciudadano estadounidense.

"De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 804 de 1936, sométase esta providencia a la aprobación del Ministerio de Gobierno y una vez aprobada publíquese en el *Diario Oficial.*

"Cópiese y notifíquese.

"*Alejandro Bernate,* Director General—*Gabriel González,* Secretario."

—

"*Ministerio de Gobierno—Dirección de Justicia—Bogotá, 17 de octubre de 1936.*

"Aprobada.

"El Ministro de Gobierno, *Alberto LLERAS*

"El Secretario General, *Hernán Copete.*"

Como se ve, el único fundamento de la Resolución que se acusa, fue el de haberse hallado al señor Chamberlin Lamb incurso en la causal d) del artículo 1º del Decreto 804. Tal disposición establece que serán expulsados del territorio nacional los extranjeros "que carezcan de capital invertido en el país en negocios lícitos o no tengan profesión, ocupación u oficio de los cuales deriven honorablemente su subsistencia."

Traídas al juicio, en cumplimiento de auto para mejor proveer, las diligencias levantadas por los funcionarios de policía que sirvieron de base a la providencia de expulsión, es el caso de examinarlas, así como los demás elementos probatorios allegados al proceso, para determinar la legalidad de aquella medida.

Aparecen del informativo estos antecedentes:

El Juzgado de Instrucción Criminal comisionado al efecto, inició el 10 de junio del año anterior las diligencias encaminadas a comprobar los denuncios dados contra Chamberlin Lamb por las autoridades de Tunja, Nocaima y otras poblaciones, según los cuales este extranjero, haciéndose pasar como representante de una empresa de colonización de Bahía Solano, se hallaba a la sazón recorriendo los Departamentos de Boyacá y Cundinamarca, consiguiendo accionistas y enganchando colonos, a quienes cobraba la suma de cinco pesos como derecho de ingreso a la asociación que —decía— había formado con tal objeto. Entre los varios denuncios formulados por estos hechos, figuran los siguientes del Ministerio de Industrias y Trabajo, así:

"Señor Director de la Policía Nacional—En su Despacho.

"Como adición al oficio 2097 de 7 del mes pasado, paso a transcribirle la siguiente comunicación:

'Alcaldía—Nocaima, 1º de junio de 1936.

'Mindustrias—Bogotá.

'Número 123. Hállase en esta ciudad americano N. Chamberlin Lamb en propaganda colonización Bahía Solano. Dice poseer contrato ese Ministerio. Ruégole informar fin evitar estafa campesinos.

'Servidor, *Rubén D. Basto.*'

"Como el señor Chamberlin Lamb no tiene, ni ha tenido contrato alguno con este Ministerio, agradecería a usted se sirva tomar a la mayor brevedad las medidas del caso para evitar que dicho señor pueda engañar, usando el nombre de este Ministerio, y para que se apliquen las sanciones del caso, si lo denunciado por las autoridades de Nocaima hubiere ya sucedido."

—

"Señor Director de la Policia Nacional—En su Despacho.

"En relación con los oficios números 2097 y 2709, de 7 de mayo y 3 de junio, respectivamente, del año en curso, dirigidos a usted por este Despacho, le manifiesto lo siguiente:

"El señor Tobías Velásquez, vecino del Municipio de Vergara, Departamento de Cundinamarca, se ha presentado a este Ministerio a denunciar el hecho de que el señor Chamberlin Lamb está engañando a los vecinos de aquel Municipio, halagándolos con el proyecto de un vasto plan de colonización, para lo cual dice contar con el apoyo de este Despacho. A muchas de las personas que logra convencer les exige cuotas iniciales y les extiende recibos como comprobantes del 'convenio de gastos de organización.'

"El señor Tobías Vásquez para fundamentar su denuncio presentó el recibo número 218, que adjunto a la presente, para los fines que estime convenientes.

"El señor Chamberlin Lamb está ahora, según lo afirma el informante ejerciendo esta clase de actividades, por los Municipios de Vergara, Nocaima, La Vega, Villeta, Pacho, etc.

"Como puede observar el señor Director, diariamente va tomando caracteres de mayor gravedad el asunto en referencia, y por lo tanto ruego a usted la mayor diligencia en este particular."

—

"Señor Director General de la Policia Nacional—En su Despacho.

"En adición a los oficios números 2097 del 7 de mayo pasado; 2709 de 3 de junio y 3050 del 30 del mismo mes, dirigidos a esa Dirección por este Ministerio, me permito transcribir a usted la siguiente comunicación:

'La Palma, julio 17 de 1936.

'Señor Ministro de Industrias—Bogotá.

'Respetado señor Ministro:

'Se presentó en dias pasados a esta población el súbdito americano Mr. Lamb, muy conocido en esa capital, quien asegura o se compromete a que el Gobierno, dentro de poco tiempo, le dará personería jurídica, para la colonización de Bahía Solano. El mencionado gringo, se compromete bajo la suma de cinco pesos moneda legal, con recibo que él expide, a que todo individuo que le dé esta suma, lo hace colono y le hace adjudicar del Gobierno 75 hectáreas de terreno, en dicha bahía y que él, el gringo, se va a trabajar allí, en reemplazo del colono y que al cabo de poco tiempo, le entrega sus hectáreas cultivadas y casa hecha. Aquí levantó más de ochenta colonos o socios o aspirantes a las tales hectáreas y se llevó la bonita suma de ochocientos pesos ($ 800). Ahora

pregunto yo a Su Señoría: si Mr. Lamb, viene como agente del Gobierno, ¿por qué no exhibe papeles que lo acrediten y si viene es explotando la candidez de las gentes, como se cree, por qué el Gobierno no toma medidas serias contra este gringo, para que no siga en sus fechorías?

'Creo que esto sea un delito, una estafa al público. Ahora siguió para Utica; está recorriendo el Departamento. Esperamos una pronta investigación de Su Señoría de este hecho y una orden a los Alcaldes para proceder. Vecinos.

'(Firmado), *J. Ramírez.*'

"Encarezco a usted el servicio de informar a este Despacho sobre las medidas que se hayan tomado en este particular."

"El nombrado señor W. Chamberlin Lamb tuvo varias conferencias tanto con el señor Ministro, como con el Jefe de la Dirección General de Tierras, Aguas y Bosques, entrevistas que tuvieron como única finalidad considerar la propuesta en referencia.

"Después de ser estudiado detenidamente dicho proyecto, este Despacho no consideró aceptable la solicitud mencionada, lo cual le fue manifestado personalmente por el señor Ministro al peticionario.

"Pasado algún tiempo, empezaron a llegar quejas a este Ministerio en relación con las actividades del señor Chamberlin Lamb, las cuales transcribo a continuación:

'Telégrafos Nacionales—Inspección de Permanencia—Tunja mayo 1º de 1936.

'Ministerio de Agricultura y Comercio—Bogotá.

'Número 46. Extranjero W. Chamberlin Lamb encuéntrase consiguiendo accionistas a quienes cóbrales cinco pesos ($ 5) por derechos colonización Bahía Solano, trae referencias Ministerio pero no autorización alguna Gobierno que autorícelo para tal clase negocios. Hoy siguió ésa. Anterior informe ríndolo para evitar posibles estafas.'

| —

'Alcaldía—Nocaima, 1º de junio de 1936.

'Mindustrias—Bogotá.

'Número 123. Hállase esta ciudad americano W. Chamberlin Lamb en propaganda colonización Bahía Solano. Dice poseer contrato ese Ministerio. Ruégole informar fin evitar estafa campesinos.' "

En la indagatoria rendida por el inculpado manifestó éste ser ciertos tales hechos, o sea que había visitado las mencionadas regiones con el objeto de conseguir un número de quinientos solicitantes para terrenos en Bahía Solano, según convenio hecho con el doctor Gerardo Martínez Pérez, el finado Ministro de Industrias, y basado en el Decreto 925 de 1935. Reconoció haber otorgado el recibo por valor de $ 5 que figura al folio 7 del informativo y otros por el mismo valor e igual concepto a varias personas con quienes celebró la negociación de que viene hablándose.

Esta consistía —según la detallada y extensa información dada por el inculpado en su indagatoria—, en conseguir unos quinientos solicitantes de tierras en la región de Bahía Solano, a quienes ofrecía Chamberlin Lamb hacer la propuesta o solicitud correspondiente en el Ministerio de Industrias, realizar en su nombre los trabajos necesarios en la parcela que se les asignara, construir la casa de habitación exigida por el plan de colonización y, en fin, cumplir en nombre y representación de los presuntos colonos todas las cargas y obligaciones impuestas por el Gobierno, viniendo de esta manera a ser propietarios de sus parcelas, debidamente sembradas y acondicionadas, sin esfuerzo ni trabajo de ninguna clase, pues ni siquiera se les exigía que se trasladaran a Ba-

hía Solano. En cambio de los beneficios ofrecidos, los presuntos colonos cedían a Chamberlin Lamb o a la compañía que éste organizaba con tal fin la madera que se encontrara en las parcelas que se les asignaran y una cantidad en dinero efectivo, de la cual era cuota inicial los cinco pesos exigidos al aceptarse el convenio, y de los cuales ya se trató.

De otro lado, el referido extranjero adelantó la organización de una compañía con el objeto de llevar adelante estos planes. De tal actividad da razón la copia que cursa a fojas 12 y 13 del cuaderno principal, en las cuales el Secretario de la "Sociedad Organizadora, S. A." autentica el acta de la sesión del 25 de julio de 1936. Aunque no se ha demostrado en autos la existencia legal de esta Sociedad y, por el contrario, existe una certificación notarial de la cual resulta que no se extendió la escritura pública correspondiente, la mencionada acta si es indicio vehemente de que en realidad Chamberlin Lamb estuvo tratando de organizar la asociación encargada de desarrollar los planes de colonización que dieron lugar a las gestiones de aquél. En efecto, aparece dicha Sociedad Organizadora, S. A. como integrada por el General Pedro Julio Dousdebés, con carácter de Presidente, y por los señores Alejandro Amador y Cortés, Rafael Piñeros Suárez, Arturo Matiz y otros; y de otra parte, con el documento aludido se establece que Chamberlin Lamb fue autorizado por los concurrentes a esa reunión para gestionar el concurso de otros adherentes y para cobrar a éstos la cuota de cinco pesos, a título de compensación por las labores realizadas por Chamberlin Lamb en la organización de la dicha empresa. Sobre este particular obra también en el expediente una carta dirigida por el citado General Dousdebés al señor Juez 2º de Investigación, en cuyo Despacho se adelanta un sumario contra el mismo Chamberlin Lamb por los hechos que dieron lugar a la expulsión. En dicha carta —reconocida en tiempo oportuno dentro del presente juicio— declara el General Dousdebés que fue uno de los primeros que se impuso de los proyectos de negocio de Chamberlin Lamb en relación con la colonización de Bahía Solano y que después de un concienzudo estudio los aprobó y resolvió participar en ellos con todo entusiasmo.

"Así, pues —dice— no ha habido ni sombra de engaño, ni mucho menos de coacción del señor Lamb para conmigo. Así entiendo que ha pasado con todos los demás sujetos que han querido intervenir en sus proyectos."

Añade que considera injusto el cargo de estafa imputado a Chamberlin Lamb. Al contenido de esta carta adhirieron varias personas.

Son éstas las principales pruebas traídas a los autos en relación con los hechos en que se fundó la Resolución de expulsión. De ellas resulta evidente que Chamberlin Lamb hizo a muchas personas propuestas y obtuvo de ellas pequeñas sumas de dinero, bajo oferta de hacerlas participar en la empresa agrícola que prometía organizar, y de cuya seriedad y solidez no es el Consejo el llamado a decidir. En las sumarias que se siguen a Chamberlin Lamb ante la autoridad respectiva se resolverá por quien tiene legalmente la competencia para ello si ejecutó o nó, bajo el pretexto de una espléndida operación comercial, el delito de estafa u otros actos punibles.

La providencia cuya nulidad se solicita tiene por único fundamento el supuesto de que Chamberlin Lamb carece de capital invertido en negocios lícitos en el país o de profesión u oficio para subvenir honorablemente a las necesidades de su subsistencia, y los hechos demostrativos de tal situación no aparecen evidentes por parte alguna. Al contrario, de los elementos de prueba que informan el proceso, resulta que el inculpado ejerce la profesión de ingeniero, según aparece de algunos planos traídos con la demanda, de los certificados de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá (fojas 14 y 15 del cuaderno princi-

pal) y de las declaraciones rendidas ante Juez competente (folios 1º y 2º del mismo cuaderno) por los señores Gonzalo Pinzón Saavedra y Rafael Dávila.

De otro lado, con estas declaraciones se acredita que es casado en Colombia y padre de dos hijos; y con carta y certificados de muchas personas, entre ellas las de los señores doctor Pérez Arbeláez y el Agregado Comercial de la Legación americana en Bogotá se afirma su buena conducta anterior.

La demostración de que sí posee Chamberlin Lamb una profesión con la cual provee a sus necesidades propias y las de su familia hace desaparecer los motivos en los cuales se fundó la Resolución número 47, expedida por el Director General de la Policía Nacional, que ordenó su expulsión del país. No entra el Consejo, como es obvio, a examinar si el caso de este extranjero cae bajo el imperio de alguna otra causal de las que integran el artículo 1º del Decreto 804, pues no ha sido ello materia de la demanda, ni ningún otro motivo distinto a los contenidos en la letra f) del citado artículo fue invocado, expresa ni tácitamente, como fundamento de la providencia que se revisa.

Lo dicho hasta aquí es suficiente para que esta corporación encuentre que la Resolución del Ministerio de Gobierno, que aprobó la número 47 de la Dirección General de la Policía Nacional no se ajusta en su contenido a los preceptos del Decreto 804 que regula la materia, y proceda en consecuencia a su anulación.

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 su Fiscal,

FALLA:

Es nula en todas sus partes la Resolución de fecha 17 de octubre de 1936, proferida por el Ministerio de Gobierno, en cuanto aprueba la señalada con el número 47, de fecha 29 de agosto del mismo año, por medio de la cual se expulsa del territorio del país al ciudadano norteamericano, señor W. Chamberlin Lamb.

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

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones. Isaías Cepeda—Elías Abad Mesa—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Elección de Representantes del Municipio

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

El término para demandar los actos electorales de las Asambleas y Concejos Municipales, a virtud de la Ley 80 de 1935, es de diez días hábiles, contados a partir de la fecha de la elección. Pero no siendo los representantes de un Municipio en una sociedad anónima, empleados sino personeros de sus intereses, el acto del Concejo que los designa no tiene el carácter de elección propiamente dicha, y por no existir competencia expresa en ningún precepto, ella no puede deducirse por analogía.

Consejo de Estado—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos treinta y siete.

Ante el Tribunal Administrativo de Bogotá demandó el señor Daniel González la nulidad de las elecciones verificadas por el honorable Concejo Municipal de esta capital en la sesión ordinaria del día 2 de febrero anterior para designar representantes del Distrito en las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, S. A.

El Tribunal puso fin a la instancia en fallo del 30 de junio último, por medio del cual se declaró inhibido para conocer del fondo del negocio; y, por auto de fecha 14 de julio, otorgó al demandante el recurso de apelación oportunamente interpuesto.

Se considera para decidir:

El inferior fundó su fallo de inhibitoria en el hecho de que la demanda fue presentada fuera del tiempo señalado en el artículo 190 de la Ley 85 de 1916, o sea después de los cuatro días siguientes hábiles al de la elección. De esta tesis se apartó el Magistrado doctor Gaitán, quien estimó que el Tribunal debía entrar al estudio de fondo del negocio, por cuanto la acción se instauró dentro del término de 10 días, fijado por el artículo 8º de la Ley 80 de 1935, que en su concepto es el aplicable al caso de autos.

El Consejo se inclina a compartir esta última interpretación, en cuanto estima que habiendo la Ley 80 de 1935 modificado el artículo 190 del Código de Elecciones en el sentido de sustraer las demandas de elecciones verificadas por Asambleas y Concejos Municipales del angustioso término fijado en la última disposición en cita, no hay razón para que se considere fuera del alcance de la reforma aquellos casos en que no hay elección de un empleado, pero en cambio sí la hay de una persona que se designa para que lleve la representación de la entidad departamental o municipal, según sea. Y es evidente entonces que por razones de analogía, las demandas de nulidad de esta clase de elecciones —mien-

tras la ley no haya dispuesto expresamente otra cosa— deben caer bajo el imperio de las normas que rigen las acciones electorales a que puede dar lugar la designación de empleados, propiamente dichos. Por este aspecto no se justifica la sentencia materia de la alzada, y debe, por tanto, infirmarse.

Para resolver lo que fuere de derecho en sustitución del fallo de primera instancia el Consejo considera:

No son empleados los representantes del Municipio de Bogotá en las "Empresas Unidas de Energía Eléctrica, S. A." La voz empleado tiene su acepción técnico-administrativa en el Código de Régimen Político y Municipal, artículo 5º, y en ninguna de las categorías establecidas por tal disposición puede comprenderse la modalidad de las funciones que corresponde a los directores representantes del Municipio en una sociedad anónima, regida naturalmente por preceptos de derecho privado. El caso de tales directores se halla contemplado, más bien, en el artículo 145 de la citada obra, en el cual se establece que la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal, pero que el Concejo puede confiar a cualquier persona la representación del Municipio en un asunto determinado. Así, por ejemplo, en los casos en que se confía a un abogado ciertas gestiones profesionales en favor de un Municipio (artículos 173 y 252 del Código Judicial), no puede decirse que tal persona asuma por ese hecho el carácter de empleado de la Administración Municipal, aunque es evidente la condición de representante suyo en el negocio respectivo.

No teniendo, pues, el acto del Concejo el carácter de elección de empleados, no ha debido ser admitida la demanda de nulidad enderezada contra él, y menos puede concluírse que sea pertinente el estudio a fondo del litigio planteado en aquélla, como lo sostuvo el Magistrado disidente.

La cuestión suscitada aquí es un simple problema de competencia, para resolver el cual basta considerar que no ha sido atribuído por las leyes que rigen la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a ninguno de los órganos o Tribunales que lo forman el conocimiento de los actos electorales de que se trata. En ninguna de tales leyes existe la competencia necesaria para entender en ellos, y por esta corporación se ha repetido hasta el cansancio que la competencia debe estar expresamente atribuída al Tribunal o funcionario que la asuma en un negocio dado, y no puede ser nunca deducida por analogía. En tratándose de la elección hecha por un Concejo Municipal en un empleado (se trataba de la designación del Tesorero Municipal de Pasto), dijo esta corporación en fallo reciente:

"Pero no ocurre lo mismo por el extremo de la competencia que pueda tener la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer y decidir el negocio. En efecto, la competencia en asuntos electorales la tiene el Consejo de Estado por disposición y dentro de los precisos límites señalados por las leyes (artículos 189 y 199 de la Ley 85 de 1916, 11 de la 25 de 1928, 5º de la 70 de 1930 y 1º de la Ley 70 de 1917) y en ninguna de ellas se le otorga la atribución de conocer de las demandas de las elecciones que verifiquen los Concejos Municipales. Tampoco a los Tribunales de lo Contencioso les está atribuída esa competencia, todo lo cual implica —indudablemente— una anomalía muy grave, desde luégo que actos de tan singular importancia como éstos quedan fuera del alcance de la protección jurisdiccional. Y es oportuno consignar aquí que el problema adquiere mayor interés si se considera que en la esfera de las corporaciones departamentales y nacionales ocurre cosa igual. En efecto, la elección de ternas para Notarios y Registradores, de miembros de Juntas administrativas, de Designados a la Presidencia de la República, de miembros de la Comisión Asesora de

Relaciones Exteriores, de Magistrados del Tribunal de Aduanas, etc., no son susceptibles —dado el silencio de la ley al respecto— de recurso alguno contencioso-administrativo, ni judicial."

En sentencia de fecha 15 de noviembre de 1935, dijo la corporación lo siguiente en relación con la materia:

"Factor primordial en la solución de este asunto, es el de la competencia que tenga la Sala de Negocios Electorales del Consejo de Estado para emitir pronunciamiento de fondo. El señor Fiscal en su vista de 23 de febrero último, plantea el problema del modo siguiente:

'Para que un Tribunal pueda conocer de un negocio, es necesario que el legislador le haya atribuído, de manera expresa, la jurisdicción correspondiente. En ningún caso la jurisdicción se puede deducir por analogía, porque se correría el grave riesgo de usurparla, conforme a lo establecido en el artículo 148 del Código Judicial.'

"Las funciones del Consejo de Estado en materias electorales y su competencia se hallan determinadas debidamente en los artículos 189 y 199 de la Ley 85 de 1916, 11 de la Ley 25 de 1928, 5º de la Ley 70 de 1930 y 1º de la Ley 70 de 1917, y como en ninguna de estas disposiciones se le confiere la facultad de conocer de las demandas sobre elecciones que haga el Senado de la República para miembros principales y suplentes de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, se deduce que el Consejo debe declararse inhibido para conocer de la presente demanda, porque no tiene la debida jurisdicción atribuída expresamente por las leyes."

Además, ocurre el caso *sub judice* que la causal invocada como motivo de nulidad de la elección que se demanda no está erigida en ninguna disposición legal sino que el actor la deduce de un texto del Acuerdo número 46 de 1931, del Concejo Municipal de Bogotá; lo que hace, naturalmente, que por este extremo tampoco pueda prosperar la querella.

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista fiscal del folio 3 del cuaderno de esta corporación, trae los siguientes conceptos:

"En concepto de esta Fiscalía tanto el Fiscal como el Tribunal y el Magistrado que salvó su voto se hallan fundamentalmente equivocados respecto de la naturaleza del acto acusado. En efecto, al elegir el Concejo de Bogotá los dos representantes del Municipio en las Empresas de Energía Eléctrica a que tiene derecho según el artículo 27 de los estatutos de la Empresa, no obró como entidad política y por tanto el acto acusado no cae bajo la jurisdicción de lo contencioso-administrativo según las disposiciones del Código Electoral. El Concejo de Bogotá no obró como entidad de derecho público sino como sujeto de derecho privado. Se trata de una empresa particular, de una sociedad anónima constituida según nuestro derecho comercial y en la cual el Municipio posee varias acciones como persona privada capaz de obligarse por los modos del derecho común.....

"Por estas breves razones soy de concepto que debe revocarse la sentencia recurrida para declararse inhibido el Consejo de conocer de la demanda del señor Daniel González por *incompetencia de jurisdicción.*"

Lo expresado hasta aquí es suficiente para concluir, no con una declaración de inhibitoria —como lo solicita la Fiscalía— por incompetencia de jurisdicción, sino con una declaración de nulidad, por la misma causa, y por aplicación de los artículos 448 y 455 del Código Judicial.

En consecuencia, el Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su Fiscal, dispone:

Primero. Póngase en conocimiento de las partes la causal de nulidad observada, por incompetencia de jurisdicción para conocer del presente negocio.

Segundo. Notifíquese personalmente; y cumplida la notificación, vuelvan los autos a la Sala.

Notifíquese. Cúmplase.

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Personería del demandante

Consejero ponente, doctor RAMON MIRANDA

Quien no tiene jurídicamente la calidad de cesionario, por no haber hecho la notificación del traspaso del crédito al deudor o no haber sido aceptado por éste, carece de personería sustantiva para demandar la efectividad de la acreencia. En consecuencia, tampoco la posee para obtener en acción privada la nulidad del acto administrativo que niega la solución de la deuda.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

En fallo de veinticinco de enero último el Tribunal Administrativo de Cali puso fin en primera instancia a la demanda de nulidad instaurada por el señor Diógenes Piedrahita contra la Resolución número 114 de fecha 26 de agosto de 1936, originaria de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca.

Como el actor no se conformara con la decisión adversa del Tribunal sentenciador, interpuso recurso de apelación para ante esta Superioridad, el cual le fue concedido por auto de fecha 14 de septiembre del corriente año. Remitido debidamente el recurso, aquí se decide mediante el examen de las siguientes consideraciones previas.

Por medio del acto administrativo acusado el Gobernador del Valle resolvió:

"2º Por no estar debidamente comprobados los gastos de hospitalización y entierro del señor Alfonso Rojas, no se decreta el pago de dichos gastos; y

"3º No se decreta el pago de la suma que se formaría con las deducciones hechas a los empleados y jubilados del Departamento, conforme al artículo 1º de la Ordenanza 43 de 1935, por cuanto la Gobernación considera inaplicable dicho precepto, como contrario a la Constitución y a las leyes vigentes."

Las disposiciones que aquel funcionario se negó a aplicar en el caso de autos, son las siguientes:

"Cuando muera un empleado que reciba sueldo del Tesoro Departamental, pensión o jubilación, todos los demás empleados y jubilados dejarán por una sola vez, en poder del empleado pagador, de su sueldo mensual, la cuota de dos pesos ($ 2) los que reciban mensualmente hasta sesenta pesos ($ 60); de tres pesos ($ 3), los que reciban de sesenta y un pesos ($ 61) a ciento cincuenta pesos ($ 150); de cinco pesos ($ 5) los que reciban de ciento cincuenta y uno ($ 151) a doscientos pesos ($ 200); de seis pesos ($ 6) los que reciban de doscientos un pesos ($ 201) en adelante. Estas cantidades se retendrán del fondo co-

rrespondiente al mes que ocurra el fallecimiento, pero si ocurre más de un fallecimiento de empleados, dentro del mismo mes, la deducción se hará gradualmente en los meses subsiguientes, guardando el orden de prelación, salvo el caso que por motivos de urgencia suma la Gobernación considere conveniente alterar dicha prelación. (Artículo 1º de la Ordenanza 43 de 1935).

"El total de las cantidades que se retengan por este concepto, se entregará inmediatamente a los deudos legítimos del finado, en la proporción correspondiente conforme a las disposiciones que regulan las sucesiones, pero cuando haya cónyuge sobreviviente, que hubiere hecho vida marital con el finado y observe buena conducta, se entregará toda la partida al cónyuge sobreviviente. Después se tendrá en cuenta el siguiente orden: hijos legítimos, hijos reconocidos, padres legítimos, madre natural, hermanos legítimos. Para el efecto de la deducción a que se refiere el artículo anterior, se consideran en cada caso, rebajados los sueldos de los empleados o jubilados que reciban pago del Tesoro Departamental, en la cantidad que haya necesidad de deducírseles." (Artículo 2º ibidem).

La Resolución censurada como nula tiene los siguientes fundamentos de hecho que corresponden a los expuestos por el actor en el escrito de demanda: en el mes de febrero último el señor Alfonso Rojas murió a consecuencia de heridas recibidas al cumplir una comisión en su carácter de Secretario de la Inspección Departamental de Policía del Corregimiento de Argelia, jurisdicción del Valle, y por esta causa la señora Rosalía Vinasco v. de Rojas, madre del causante, demandó ante la Gobernación del Departamento el pago de las siguientes cantidades:

a) La del valor del seguro colectivo que establece el artículo 6º de la Ordenanza 43 de 1935, o sea la del equivalente al sueldo devengado en un año;

b) La de los gastos de hospitalización y entierro, reconocidos por la misma disposición, y

c) La correspondiente al seguro mutuo obligatorio, creado por la Ordenanza mencionada, número 43 de 1935. (Artículos 1º y 2º).

Esta reclamación fue despachada por la Gobernación del Valle, favorablemente en cuanto reconoció a la solicitante la cantidad a que se refiere el punto a), y en forma negativa en cuanto se abstuvo de acceder a las peticiones b) y c): en lo tocante a la primera, por falta de los documentos o cuentas representativos de los gastos cumplidos con ocasión de la hospitalización y entierro del occiso; y en lo que respecta a la última, por estimar inaplicable la Ordenanza en cuestión, por contrariar determinadas disposiciones legales y constitucionales.

El 22 de agosto del mismo año de 1936, es decir, cuatro días antes de la fecha de la providencia que denegó parcialmente su solicitud, la interesada, señora Rosalía Vinasco de Rojas, por medio de documento privado, cedió al señor Diógenes Piedrahita los derechos que creía tener contra el Departamento del Valle. El documento es del siguiente tenor literal:

"Conste por el presente documento, que yo Rosalía Vinasco viuda de Rojas, vecina de este Distrito, mayor de edad y hábil para contratar, hago cesión formal y definitiva al señor Diógenes Piedrahita, mayor de edad y vecino de este mismo Municipio, del crédito a mi favor por razón de lo que pueda corresponderme en el litigio o reclamación a que me da derecho la Ordenanza número 43 de 1935, por haber muerto mi legítimo hijo Alonso Rojas Vinasco, en desempeño de funciones de empleado público departamental, tanto por concepto de seguro colectivo por cuota de todos los empleados departamentales, como en lo que debe pagar el Departamento por seguro y gastos de enfermedad y entierro. Como no conozco la cuantía de lo que pueda sumar el reclamo a que me da

derecho la Ordenanza 43 de 1935 ya citada, y de lo cual hago cesión al señor Diógenes Piedrahita, para efectos fiscales señalo la cuantía en la cantidad de quinientos pesos, pero en todo caso me desprendo de ese crédito y el señor Piedrahita puede hacer cuantas gestiones considere convenientes y ante las autoridades que sean señaladas para hacer efectiva la acción y cobro de cuanto me asigna la citada disposición, y que cedo por el presente, sin reserva alguna, y para constancia firmo este documento en Toro, a veintidós (22) de agosto de mil novecientos treinta y seis (1936), ante testigos rogados por mí en la misma fecha.

"Rogado por Rosalía Vinasco viuda de Rojas que dice no saber firmar, *Gerardo Vinasco*—Testigo, *F. Elías Bermúdez R.*—Testigo, *Gonzalo Jiménez.*"

El señor Piedrahita, con el pretendido carácter de cesionario del crédito, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cali la correspondiente demanda de nulidad contra la Resolución aludida, en 18 de septiembre, y antes de ser admitida aquélla, prestó ante el Magistrado sustanciador el juramento de que trata el artículo 18 de la Ley 21 de 1931, como se ve en la diligencia del folio 18 del cuaderno 1º

De todo lo anteriormente expuesto se desprende la necesidad de dejar debidamente establecido el carácter con que obra el demandante en el presente juicio; esto es, si la pretendida cesión del crédito o del derecho de la señora Vinasco de Rojas se cumplió legalmente en favor de aquél, y de esta manera adquirió la personería suficiente para promover la acción que decidió la sentencia materia de la alzada, o si por el contrario el actor carece de personería para representar en el juicio.

Dentro de este orden de ideas, y de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, la cesión de un crédito que no consta en documento, como en el caso *sub judice,* puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en tal evento la notificación de que trata el artículo 1961 del Código Civil deberá hacerse con exhibición de dicho documento. No consta que se haya cumplido el requisito de la notificación, ni del modo solemne ordenado por el Código Civil, o sea con la exhibición del título que lleve anotado el traspaso del derecho con la designación y bajo la firma del cedente, ni en ninguna otra forma que dé ocasión a considerar que la notificación al deudor (el Departamento del Valle o la totalidad de sus empleados asociados bajo el pacto de seguro mutuo) se cumplió siquiera imperfectamente.

"La cesión —dice el artículo 1960 del Código Civil— no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste." No puede sostenerse tampoco que la cesión haya sido aceptada por el deudor (el Departamento del Valle o sus empleados) pues de conformidad con el artículo 1962 del Código Civil, "la aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc."

La simple demanda administrativa que ahora se decide en segunda instancia no puede producir los efectos de una aceptación. La ley requiere un hecho que la suponga y da como ejemplos de la aceptación la litis contestación o un principio de pago, pero es claro que pueden existir otros hechos que la constituyan. Como en las demandas administrativas no hay contestación de la demanda, obvio es que no puede producirse el fenómeno de la aceptación de la cesión del crédito por este medio. No ocurriendo en esta clase de acciones la *litis contestatio* no tiene oportunidad el Departamento de manifestar su aceptación o de negarse a ella.

No habiéndose, pues, cumplido con un requisito esencial que la ley exige para la validez de la cesión, no ha podido verificarse jurídicamente el traspaso del derecho, ni el señor Piedrahita ha adquirido los correspondientes a un cesionario en forma, ni puede demandar su pago a

los pretendidos deudores, como consecuencia de la acción de nulidad contra el acto administrativo de la Gobernación del Valle. En una palabra, el señor Piedrahita carece de personería sustantiva para intervenir en el presente juicio.

Que ello es así se comprueba fácilmente si se tiene en cuenta que la acción intentada es la privada, carácter que le es propio, tanto por la naturaleza misma del negocio, ya que la Resolución cuya nulidad se solicita crea una situación individual, concreta y personal, cuanto porque se pide que como consecuencia de la nulidad del acto se provea al restablecimiento del derecho que se dice violado, ordenando la retención y entrega al demandante de la cuota que deben cubrir los empleados departamentales, así como el pago de los gastos de hospitalización y entierro del causante (segunda petición de la demanda). Además, para reafirmar el carácter de privada que tiene esta acción podría transcribirse algunos pasajes del libelo de demanda, pero ello resultaría innecesario dado lo expuesto hasta aquí sobre este punto.

Siendo, pues, de carácter privado la acción incoada ella no podía ser admitida sino a iniciativa de la persona a quien afecta la situación subjetiva y concreta que crea la providencia gubernamental; ni podían actuar en el proceso, como coadyuvantes o impugnadoras sino aquellas otras personas que acreditaran un interés en que se mantuviera firme o se anulara el acto administrativo que negó el reconocimiento del derecho de que se trata.

La relación jurídica contractual que establece la cesión entre el señor Piedrahita y la señora Vinasco de Rojas, no es eficaz para investir a aquél de la capacidad y de la personería necesarias para demandar *propio nomine,* por la vía contencioso administrativa la anulación del acto administrativo que creó para la cedente determinada situación personal y concreta; conforme tampoco tendría eficacia en el campo del derecho privado para demandar por la vía judicial contra el deudor, el reconocimiento de los derechos cedidos, mientras no tenga el carácter de un cesionario en forma por los modos del Código Civil. Que no lo es, por la falta de notificación o aceptación de la cesión, quedó suficientemente demostrado antes; y siendo innecesario insistir sobre tal extremo, procede deducir las consecuencias jurídicas en orden a la carencia de personería del demandante. Ellas no pueden ser otras, de conformidad con el artículo 343 del Código Judicial, que el reconocimiento de la excepción perentoria de carencia de acción.

Además, quedaría por estudiar si existe un verdadero crédito y si tiene el carácter de cesible, caso en el cual habría que estudiar también las excepciones a que ello diera lugar; pero tal faz del problema no es necesario considerarla, desde luégo que lo anteriormente expuesto es suficiente a juicio del Consejo para justificar la solución adoptada en este fallo.

En mérito de tales consideraciones, distintas de las tenidas en cuenta por el Tribunal, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Fiscal de la corporación, confirma en el fondo la sentencia recurrida.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el proceso al Tribunal.

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Contratos en ejercicio de autorizaciones legales

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

El Consejo de Estado no comparte el concepto de que el Gobierno pueda hacer aquello para lo cual no exista prohibición. Unicamente puede hacer aquello para lo cual se le haya autorizado de manera expresa.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre dos de mil novecientos treinta y siete.

El 21 de octubre del corriente año el Ejecutivo Nacional impartió su aprobación al contrato de promesa celebrado entre el Gobierno, debidamente representado por los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Guerra, y el señor Roberto Michelsen, en su carácter de Gerente del Banco de Colombia, S. A., del domicilio de Bogotá.

Son obligaciones principales de las partes contratantes las siguientes:

El Banco de Colombia se compromete a dar al Gobierno a título de mutuo comercial con interés la cantidad de $ 250.000. En consecuencia, el Banco entregará al Gobierno el día que se perfeccione el contrato por escritura pública la suma de..... que representa la totalidad del préstamo menos la cantidad de..... correspondiente a los intereses que se devenguen durante todo el plazo a la rata del 6% anual.

Igualmente adquiere el Banco la obligación de devolver al Gobierno la cuota equivalente a intereses no devengados, en el evento de que el Gobierno pague antes de los respectivos plazos, los cuales se señalan adelante, la totalidad o parte de la deuda.

El Gobierno se obliga:

a) A cubrir al Banco de Colombia la cantidad expresada en los siguientes plazos:

El día 25 de los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1938, la cantidad de $ 50.000, respectivamente, reservándose (cláusula XV) la facultad de cubrir todo o parte de la suma dada en préstamo antes de los plazos estipulados.

b) A pagar en caso de mora de alguno o algunos de los contados el 8% anual sobre los saldos debidos, cubriendo dicho interés por trimestres vencidos sin perjuicio de las acciones legales del Banco. Se entiende que en caso de que no se hiciere oportunamente el pago en su totalidad o en algunas de las cuotas en que se divide, quedará de hecho vencido el plazo total para el pago de la deuda y el Banco tendrá la facultad de exigir del Gobierno el monto de la obligación contraída por esta promesa de contrato y del préstamo a que ella se refiere.

c) Como garantía, el Gobierno constituye hipoteca de primer grado a favor del Banco sobre los siguientes inmuebles de propiedad de la Nación situados en esta ciudad, a saber:

1º El edificio donde actualmente funciona el Ministerio de Guerra, con el terreno en que está construido y los demás que puedan corresponderle, los patios, anexidades, dependencias y accesorios que hacen parte del registro número 20 de la manzana 5808 del plano actual del catastro de Bogotá, comprendida entre las calles 7ª y 8ª y las carreras 8ª y 9ª, y cuyos linderos quedaron determinados en el punto a) de la cláusula 4ª del contrato;

2º Un globo de tierra de la forma de un paralelogramo deducida la parte de que se hablará adelante, el cual mide 25.000 varas cuadradas y tiene por base 200 varas sobre la carretera del Norte por 1.250 varas de altura, conocido generalmente con el nombre de *Polígono de Tiro de Bogotá,* ubicado en esta ciudad, barrio de Chapinero, con la alinderación señalada en el punto b) de la citada cláusula 4ª De este globo de terreno se excluye una parcela de 9.943.51 varas cuadradas de extensión, aproximadamente, que corresponden al edificio del Instituto Geográfico Militar, lote y edificio que quedan excluidos de la hipoteca, y los cuales se alinderan también en la promesa de contrato celebrada.

d) El gravamen hipotecario a que se refieren los puntos anteriores se extiende también a todas las anexidades, mejoras, edificaciones y dependencias que existan en la actualidad dentro de los inmuebles expresados, excepción hecha del Instituto Geográfico Militar ya mencionado y a las que existan en lo futuro dentro de los terrenos aludidos; igualmente se extiende a cualesquiera indemnizaciones que puedan corresponder al Gobierno por razón del dominio sobre los inmuebles hipotecados, tales como el valor del seguro contra incendio que el Gobierno se obliga a constituir por una cantidad no inferior al valor de las edificaciones comprendidas en la hipoteca, para lo cual el Gobierno cederá al Banco la póliza de seguro respectiva para que él la cobre llegado el caso y abone su valor a dichas deudas, autorizándolo también para pagar la prima del seguro cuando el Gobierno no lo haga, y sin que por esto adquiera el Banco la obligación de hacer dicho pago.

e) Las sumas que el Gobierno recibe por concepto de este préstamo serán invertidas exclusivamente en la adquisición de terrenos para cuarteles, para bases aéreas o aeródromos, construcción de edificios para cuarteles, bases aéreas o aeródromos y terminación de los que se hallen pendientes, de acuerdo con la Ley 53 de 1935, pero en caso de que el Gobierno diere una destinación distinta a los dineros provenientes del empréstito, las obligaciones que contrae para con el Banco subsistirán en toda su integridad.

f) El Gobierno otorga al Banco las autorizaciones y facultades necesarias para que a su nombre, y por intermedio de la Sección Fiduciaria de dicho Banco, enajene a título de venta total o parcialmente los inmuebles gravados con hipoteca a favor del Banco por medio de este contrato; y para que con el precio proveniente de la venta cancele la deuda que a su favor contrae el Gobierno y pague los gastos que exigiere dicha venta. Esta la hará el Banco en el caso de que el Gobierno no cubriere al Banco en su oportunidad la totalidad de la deuda, o en que el plazo total de él quedare vencido por el incumplimiento del Gobierno en el pago de alguna de las cuotas mensuales fijadas. El excedente del precio de la venta, una vez deducidos el valor de la deuda y los gastos consiguientes de la enajenación se entregará por el Banco al Ministro de Guerra, quien queda facultado para recibirlo. El precio a que el Banco podrá enajenar los inmuebles objeto de la hipoteca de que se ha hablado, no será inferior al valor mínimo que el Ministro de Guerra comunique al Banco por escrito en carta que ya está en poder del Banco; y esta autorización para vender no podrá revocarla el Gobierno mientras la deuda a favor del Banco esté pendiente.

g) El Gobierno se obliga a gestionar la inclusión en el Presupuesto de la próxima vigencia de las partidas necesarias para el pago total de la obli-

gación contraída y de las cuotas fijadas para tal efecto, dentro del presupuesto del Ministerio de Guerra o dentro de la distribución interna del mismo Despacho, ya se trate o nó de partidas especificadas en la Ley de Apropiaciones.

En torno de la negociación proyectada, proceden las siguientes consideraciones:

Dice el artículo 7º de la Ley 61 de 1921, que aún está vigente: "Los contratos de préstamos de dinero que celebre el Gobierno con entidades bancarias u otros establecimientos de crédito quedan exceptuados de las formalidades establecidas en el artículo 37 del Código Fiscal, siempre que en dichos contratos no se estipule un interés mayor del 12% (doce por ciento) anual."

Como la rata de interés fijada en el contrato en estudio es inferior a la señalada en la anterior disposición, obvio es que no está él sujeto a la revisión del Consejo de Estado y el Gobierno puede celebrarlo válidamente sin ese requisito, pues la Ley 13 de 1935 que derogó el artículo 37 del Código Fiscal en su artículo 4º hizo salvedad expresa respecto a las disposiciones que autorizan al Ejecutivo para la celebración de contratos con sujeción a formalidades distintas.

Por este extremo, pues, no hay lugar a la intervención del Consejo de Estado en el negocio de que se trata, mas como en él concurren además del de préstamo o mutuo dos contratos distintos como son el de hipoteca de ciertos bienes del Estado y el mandato para enajenar, se procede a examinar lo que con las estipulaciones respectivas concierne.

El artículo 3º de la Ley 53 de 1935 autorizó al Gobierno "para *enajenar* o *permutar* los terrenos y edificios denominados cuarteles de San Agustín y los terrenos y edificios donde actualmente funciona el Ministerio de Guerra, situados en la ciudad de Bogotá." Igualmente lo autorizó para enajenar en los casos en que lo estime conveniente los terrenos y edificios pertenecientes a la Nación y que estén bajo la dependencia del Ministerio de Guerra, destinando el producto de las enajenaciones a la construcción y terminación de los cuarteles señalados en dicha Ley.

Posteriormente la Ley 48 de 1937 estableció en su artículo 7º que las enajenaciones de inmuebles nacionales de que tratan los artículos 3º de la Ley 53 de 35, citado, y el 1º de la Ley 102 de 36 con destino a la construcción y terminación de cuarteles, a la edificación de prisiones y arreglos de penitenciarías, respectivamente, podrá hacerlas el Gobierno por conducto de la Sección Fiduciaria de alguno de los bancos nacionales *sin sujeción a las formalidades del Código Fiscal.*

De acuerdo con la última parte de la disposición que se acaba de citar, y por lo que hace o respecta a la venta proyectada, no se justifica el envío del contrato a esta corporación, pues por ministerio de la Ley citada, fue expresamente exonerada la venta de los requisitos fiscales, como el avalúo por peritos designados por el Consejo de Estado y demás formalidades acostumbradas en los contratos que celebre la Nación con personas naturales o jurídicas.

Pero si por este extremo está excluido el conocimiento del Consejo, no acontece lo mismo en lo que respecta a la hipoteca, pues en relación con ella no fue igualmente benigno el legislador, pues no declaró, como para la venta, que no fuera preciso someter la negociación respectiva a las formalidades del Código Fiscal.

Por ello entra el Consejo a examinar la hipoteca proyectada y a emitir su concepto sobre esta faz de la negociación.

El artículo 3º de la Ley 77 de 1926 limitó la intervención del Consejo de Estado en materia de contratos, a decidir si se ajustan o nó a las respectivas leyes u ordenanzas de autorizaciones, sin que obste, agrega la ley, para que en la parte motiva pueda el Consejo hacer conocer del Gobierno sus apreciaciones sobre conveniencia o inconveniencia de de-

terminadas estipulaciones. Así, pues, antes de hacer el cotejo entre el contrato, por lo que hace a la hipoteca, y la respectiva ley de autorizaciones, esta corporación expresa, respetuosamente, su parecer adverso al gravamen proyectado, desde luégo que no armoniza con el merecido crédito que tiene el Estado y que excluye por lo tanto garantías de esta naturaleza por cantidades de tan escasa significación.

Por lo que hace al derecho estricto, se observa que mientras el artículo 3º de la Ley 53 de 35 autorizó la enajenación o permuta de los terrenos y edificios denominados cuarteles de San Agustín y los terrenos y edificios donde *actualmente funciona el Ministerio de Guerra,* el artículo 4º de la misma Ley, que autorizó la hipoteca, excluyó este último edificio, concretando la autorización para la operación hipotecaria "a los edificios destinados a cuarteles."

Pero se dirá que el Gobierno es el llamado a hacer la destinación de los bienes del Estado, y que al respecto, aquél, días antes de este negocio, dictó una Resolución marcada con el número 191 por medio de la cual declara "que el edificio donde actualmente funciona el Ministerio de Guerra ha estado destinado para cuartel y lo está al presente," y que el lote de terreno denominado Polígono de Tiro, según nota de 28 de octubre, constituye "una dependencia o anexidad indispensable de los cuarteles de Bogotá." Pero el Consejo estima que al autorizar el Congreso la hipoteca de los "edificios destinados para cuarteles" se refirió a los que estaban destinados entonces y no a los que se destinaran en el futuro por medio de ocupación de tropas o de resoluciones ejecutivas que les concedieran tal carácter. De otra parte, parece que un terreno como el Polígono de Tiro no es un edificio ni puede utilizarse para el alojamiento de tropas que es lo que caracteriza un cuartel.

No coinciden, pues, los bienes que se proyecta hipotecar con los que fueron particularizados en la ley para tal efecto y por este extremo el proyecto de contrato que se revisa no está conforme con las autorizaciones legales. Tampoco puede perderse de vista que la ley contempló un vasto plan de construcción y terminación de cuarteles que ameritaba un empréstito que la misma ley indicó cómo debía servirse, todo lo cual precisa cumplir, si en vez de la venta se opta por el préstamo. Observa igualmente el Consejo que la cláusula 9ª del contrato excede las facultades legales del Gobierno, en cuanto en ella se estipula que, por la falta de cumplimiento del contrato o de cualquiera de las obligaciones contraídas por medio de él, por parte del Banco o del Gobierno, se pagará la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) a favor de la otra parte. Esta estipulación es válida en cuanto obliga al Banco, pero no ocurre lo mismo en cuanto al Estado, pues de conformidad con el artículo 4º de la Ley 53 de 1909 en esta clase de contratos dicha cláusula es de rigor pero en interés del Estado.

De acuerdo con todo lo expuesto, el Consejo de Estado concreta su dictamen en los siguientes términos:

1º No corresponde a esta corporación, a virtud de los textos legales citados, el examen de la negociación en lo relacionado con el contrato de mutuo y la venta que se proyecta.

2º El proyectado contrato de hipoteca no se ajusta a las autorizaciones legales.

3º La cláusula 9ª del contrato excede las facultades legales del Gobierno como se expresa en la parte motiva de este dictamen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Ministerio de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Salvando voto, *Elías Abad Mesa*—Salvando voto, *Isaías Cepeda*—Salvando voto, *Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.,* Secretario.

Consejo de Estado—8.

SALVAMENTO DE VOTO de los honorables Consejeros Miranda, Abad Mesa y Cepeda en el dictamen referente al contrato celebrado entre los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Guerra, en representación del Gobierno, con el señor Gerente del Banco de Colombia sobre préstamo de $ 250.000 con destino a bases aéreas y cuarteles.

Estamos de acuerdo con los puntos 1º y 3º del anterior dictamen, por las razones expuestas en la parte motiva, las cuales son las mismas del proyecto elaborado por el ponente en el negocio, honorable Consejero doctor Miranda.

Considerando que el Gobierno sí está facultado, de conformidad con los artículos 3º y 4º de la Ley 53 de 1935, para dar en garantía hipotecaria del préstamo sobre el cual versa el presente contrato, tanto el edificio donde funciona el Ministerio de Guerra como el lote denominado "Polígono de Tiro," nos apartamos respetuosamente del concepto de la mayoría de la Sala y salvamos nuestro voto en el punto 2º del anterior dictamen.

Ramón Miranda—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Luis E. García V., Secretario.

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

Por nota fechada el 12 de los corrientes el señor Ministro de Guerra solicitó un nuevo estudio sobre el contrato de promesa, celebrado entre el Gobierno y el señor Gerente del Banco de Colombia, contrato sobre el cual emitió concepto oportunamente esta corporación.

Con la atención que el Consejo de Estado presta siempre a las razones del Gobierno, se procede al análisis de las contenidas en el memorial a que se ha hecho alusión.

Anota el doctor Pumarejo que en su concepto hoy no tiene aplicación el artículo 7º de la Ley 61 de 1921, que exceptúa de las formalidades del artículo 37 del Código Fiscal los contratos de préstamo de dinero que celebre el Gobierno con entidades bancarias, siempre que en dichos contratos no se estipule un interés mayor del 12% anual. Estima que como dicho artículo 37 fue derogado por la Ley 13 de 1935, ha quedado sin punto de referencia el artículo 7º citado.

El anterior concepto del señor Ministro, que permite mantener al Consejo de Estado la importante prerrogativa de revisar estos negocios, ha prosperado ante la corporación, aunque por razones distintas. En efecto, estima el Consejo que aun considerando vigente el artículo 7º de la Ley 61 de 1921, no rige para este contrato, y no es por tanto aplicable al caso en estudio, por dos razones fundamentales: porque aquella Ley hace referencia a los contratos de préstamo, simplemente; y la Ley 53 de 1935 habla de *préstamo hipotecario,* disposición especialísima que tiene que regir de preferencia, máxime cuando es esta la Ley que domina este contrato y que se invoca para celebrarlo, y no la de 21, referente simplemente a préstamos de carácter urgente, o comercial, para necesidades del servicio público, todo lo cual constituye la segunda razón para desechar la aplicación de esta disposición al contrato de promesa que se estudia de nuevo. Es, pues, competente el Consejo para estudiar el contrato de mutuo, y para llenar tal cometido, basta declarar que para celebrarlo está expresamente autorizado el Gobierno por el artículo 4º de la Ley 53 citada, y que, por lo mismo, se conforma con dicha Ley.

Por lo que hace a la cláusula 13, el señor Ministro incurre en un error cuando sostiene: "y por último, estaría también bajo el conocimiento la cláusula trece del contrato, porque allí no se enajena nada. Apenas se confiere un mandato al Banco prestamista para enajenar en un caso hipotético, o sea si el Gobierno no llegare a pagar en oportunidad; pero es incuestionable que si se presentare el caso previsto en dicha cláusula, el contrato de venta que celebre el Banco, como mandatario del Gobierno, queda sometido para su eficacia a la aprobación del mandante. Ese contrato de venta sí quedaría sin duda exceptuado de la revisión, conforme al artículo 7º de la Ley 48 de 1937."

En efecto, el mismo señor Ministro al sostener que no hay venta, declara que "apenas se confiere un mandato al Banco prestamista para enajenar" y concluye que si la enajenación se realiza esa venta quedaría exceptuada de la revisión del Consejo.

Pero el señor Ministro perdió de vista en este punto, que tal mandato está expresamente excluido del conocimiento del Consejo por virtud del artículo 7º de la Ley 48 de 1937, que reza así:

"Las enajenaciones de inmuebles nacionales de que tratan los artículos 3º de la Ley 53 de 1935 y 1º de la Ley 102 de 1936, con destino a la construcción y terminación de cuarteles, a la edificación de prisiones y arreglos de penitenciarías, respectivamente, podrá hacerlas el Gobierno *por conducto* de la Sección Fiduciaria de algunos de los bancos nacionales, sin sujeción a las formalidades del Código Fiscal."

Como se ve, esto es lo que ha hecho el Gobierno por medio de la cláusula 13 del contrato y ello es lo que el artículo citado excluye de las formalidades del Código Fiscal. Por este motivo, el Consejo reafirma su concepto de que tal mandato para realizar la venta no da lugar a la intervención del Consejo de Estado.

En lo relacionado con las explicaciones del Ministerio de Guerra, sobre la hipoteca proyectada, y que afecta especialmente el edificio donde al presente funciona el Ministerio de Guerra y el lote de terreno denominado Polígono de Tiro, que en concepto del Gobierno sí están comprendidos en la autorización que para hipotecar contiene el artículo 4º de la Ley 53 de 1935, proceden las siguientes aclaraciones como respuesta a lo observado por el Ministerio en el escrito a que se hace alusión:

Como se observó anteriormente, la Ley de 1935 tántas veces citada, hizo en el artículo 3º una separación entre los edificios denominados cuarteles de San Agustín y los terrenos y edificios donde actualmente funciona el Ministerio de Guerra, y a renglón seguido en el artículo 4º lo autorizó para hipotecar "los edificios destinados a cuarteles." De modo que concretó la hipoteca a los edificios que estaban destinados para cuarteles cuando la ley se expidió y no a los que en épocas remotas hubieran prestado ese servicio o a los que en lo futuro fueran destinados para ello, desde luégo que la ley no dijo hipoteca de los edificios destinados *o que se destinen,* sino simplemente, hipoteca de los edificios destinados a cuarteles. Si de una parte el artículo 3º citado distingue o separa los cuarteles de San Agustín del edificio donde actualmente funciona el Ministerio de Guerra; y si de otra, el Polígono de Tiro no es un edificio, y aun concediendo que tuviera el carácter de tál la edificación que allí existe, dicha edificación sería lo accesorio en relación con las 25.000 varas de terreno que sería lo principal, se robustece la tesis de que ni el edificio donde funciona el Ministerio de Guerra, ni los terrenos del Polígono están comprendidos entre los edificios destinados a cuarteles que el artículo 4º de la misma Ley de 1935 autorizó hipotecar. Esta interpretación no procede de un criterio demasiado restricto o informado en la aplicación literal del artículo, sino en el pensamiento que aparece fijado en la exposición ministerial acompañada al respecti-

vo proyecto de ley, así como en el informe de la Comisión de la honorable Cámara de Representantes que la Sala leyó atentamente, para concluir que son precisos los términos del artículo 4º relacionado con la hipoteca, términos que el Consejo tiene qué acatar al comparar dicha autorización con la garantía ofrecida al Banco de Colombia en este negocio. De la lectura de aquellas exposiciones y del texto de la ley, aparece, sí, que el Organo Ejecutivo puede hipotecar todos los edificios destinados a cuarteles, para el cumplimiento del vasto plan ideado por el legislador, y que en tal virtud, con modificar la garantía, ajustándola a esos términos, podría prosperar la negociación, que con tan patrióticos propósitos se esfuerza en realizar el señor Ministro de Guerra.

De otra parte, es inaceptable, tratándose de estos contratos, que quien esté autorizado para vender o permutar con mayor razón debe considerarse autorizado para hipotecar, como lo sostiene el memorial de reconsideración a que se alude. Uno y otro contrato son de fisonomía jurídica enteramente distinta, y hay quienes, con sólidas razones jurídicas, conceden mayor gravedad a la hipoteca que a la venta, ya que en ésta, al realizarla, se sabe de qué se desprende quien vende, en tanto que cuando se trata del préstamo hipotecario, cuando la garantía real no es suficiente, prosiguen otras acciones cuya gravedad a veces resulta incalculable. Pero si esto no fuera así, bastaría constatar que el legislador ha separado una y otra negociación, sometiéndolas a requisitos y formalidades enteramente distintas. No puede aceptarse tampoco la alusión que se hace contra la aplicabilidad del artículo 2169 del Código Civil, que establece que la facultad de hipotecar no comprende la de vender, ni viceversa, por cuanto en concepto del Gobierno, el Código Civil no regula las relaciones del Poder Público sino las de los particulares. En el caso en estudio el Gobierno celebra estos contratos de derecho común y tiene que someterse, como los particulares a las normas comunes, sin que pudiera sostenerse que por el hecho de ser el Estado quien negocia fuera dado prescindir de una de las solemnidades o formalidades que el derecho civil impone para su perfeccionamiento.

Sólo resta examinar la última de las cuestiones propuestas por el doctor Pumarejo en el memorial de reconsideración. Dice el señor Ministro:

"La última observación del Consejo se refiere a que el Gobierno no estaba facultado para comprometerse, en caso de incumplimiento de su parte, a pagarle al Banco una suma de dinero, en calidad de sanción pecuniaria. Se funda esta observación en que la Ley 53 de 1909 excluye la reciprocidad, o sea que tal obligación sólo puede pesar sobre la parte con la cual contrata el Gobierno.

"El texto literal del artículo 4º de la Ley 53 de 1909, que es el aludido por el Consejo, dice así:

'En todo contrato que el Gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos, u otros análogos, se estipulará una cláusula penal pecuniaria, para el caso en que el contratista faltare al cumplimiento del contrato, por su culpa.'

"Como se ve, si es cierto que la ley hace obligatoria en estos contratos la sanción penal pecuniaria para la contraparte particular, no prohibe que el Gobierno adquiera igual compromiso por su parte. El Gobierno ha tenido cuidado siempre de incluir aquella cláusula unilateralmente, es decir, sólo a cargo del contratista; pero reflexionando con toda atención sobre el alcance de aquella disposición legal, se llega a la conclusión de que ella no excluye, si las circunstancias lo imponen como en el presente caso que ha sido exigencia invencible del Banco, la posibilidad de que el Estado adquiera recíprocamente para con la contraparte un compromiso análogo, lo cual por otra parte no pugna con el carácter unilateral del contrato de mutuo, en el cual todas las obligaciones re-

caen sobre el mutuario, en este caso el Gobierno. La disposición legal citada sólo se violaría si se hubiera omitido la cláusula penal a cargo del Banco. Sería difícil sostener que por el hecho de incluir en el contrato esta obligación a cargo del Gobierno, que tiene el carácter de accesorio, y que no está prohibido en ninguna parte, se ha violado la Ley 53 de 1909. La cláusula objetada, en cuanto obliga al Gobierno, entra indudablemente en el margen natural de la libertad de las convenciones."

Pero contra lo conceptuado anteriormente, el Consejo ha estimado de manera unánime, que no es aceptable en el terreno jurídico que por el hecho de que no *haya prohibición,* pueda el Gobierno adquirir el compromiso de la cláusula penal, de la sanción pecuniaria, que la ley le manda exigir de las personas naturales o jurídicas con quienes contrate. El Consejo no comparte el concepto de que el Gobierno pueda hacer aquello para lo cual no exista prohibición, sino que únicamente puede hacer aquello para lo cual se le haya autorizado de manera expresa. La cláusula penal conforme al texto señalado, es de rigor, pero en interés del Estado, nunca en contra de éste.

En cuanto a las conveniencias del negocio, el Consejo aprecia las muy importantes razones del señor Ministro, cuando comparte con él sus propios pareceres en relación con el merecido crédito que tiene el Estado y cuando expresa que desgraciadamente esta opinión no fue suficiente para inducir al Banco a prescindir de garantías reales.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado reforma las conclusiones del dictamen anterior sobre este negocio, en los términos siguientes:

1º No corresponde a esta corporación, a virtud de los textos legales citados, el examen de la negociación en lo relacionado con el mandato para vender que contiene la negociación proyectada.

2º El contrato de mutuo está ajustado a las autorizaciones legales.

3º El proyectado contrato de hipoteca no se ajusta a las autorizaciones legales.

4º La cláusula novena del contrato excede a las facultades legales del Gobierno como se expresa en la parte motiva de este dictamen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Ministerio de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Isaías Cepeda—Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Expedición de las Ordenanzas

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Que se hubiera pretermitido una disposición de régimen interno o reglamentario de la Asamblea, no es circunstancia que amerite la sanción de nulidad contra una ordenanza.

Consejo de Estado—Bogotá, diciembre dos de mil novecientos treinta y siete.

En ejercicio de la acción pública y por libelo de fecha 12 de junio de 1936, el señor Joaquín Londoño demandó la nulidad de la Ordenanza número 57 de 1936, en cuanto por medio del artículo 5º, se trasladó la cabecera del Municipio de Margento a la cabecera del Corregimiento de Nechí.

Como fundamento de su acción presentó el actor el de que la Asamblea de Antioquia no llenó los requisitos establecidos en la Ley 25 de 1936, vigente cuando se expidió la Ordenanza en referencia; y en la irregularidad consistente en haber presentado el artículo acusado, como artículo nuevo, no habiendo sufrido por tanto los tres debates reglamentarios.

El Tribunal *a quo* juzga que las Asambleas pueden introducir artículos nuevos en el segundo debate siempre que no sean sobre materia extraña al proyecto; y que como en el caso que se contempla, el artículo nuevo aludido versa sobre materia completamente distinta al mismo, tiene razón el actor al sostener que se violó el artículo 101 del Código Político y Municipal.

Por lo que hace a los requisitos legales a juicio del Tribunal Administrativo de Medellín, la Asamblea llenó cumplidamente los requisitos que la ley le impone en este caso.

Por lo que hace al cumplimiento de los requisitos, por parte de la primera corporación departamental de Antioquia, el señor Fiscal de la corporación es del mismo concepto, mediante el siguiente análisis que el Consejo acoge por estimarlo suficiente:

"El artículo 1º de la Ley 25 de 1935 señala cinco requisitos para que las Asambleas Departamentales puedan trasladar las cabeceras de los Municipios, dentro de los respectivos territorios. Veamos si en el presente caso fueron cumplidos:

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

"En los folios 3 a 5 del cuaderno del Tribunal se lee una solicitud en favor del traslado dirigida a la Asamblea por más de doscientos vecinos del Corregimiento de Nechí. De éstos, doscientos seis, según contó la Fiscalía, indican el número de sus cédulas de ciudadanía; más adelante, folios 5 a 6, se halla otra petición, en igual sentido, de ciento cinco vecinos de la fracción de Cuturú, perteneciente, como la de Nechí, al

antiguo Distrito de Margento. En el memorial de Cuturú no se hace mención de las cédulas de ciudadanía. Entre otras razones se dan en dichas peticiones las de que Nechí es el primer puerto de Antioquia en el Bajo Cauca, sede de la Administración de Rentas Departamentales, con mejor situación topográfica y con personal más apto para manejar los asuntos municipales que Margento. El actor no comprobó que los peticionarios no supieran leer ni escribir ni que fuesen vecinos de Municipios distintos a Margento.

"Segundo requisito. 'Que en el lugar que aspire a ser erigido cabecera del Municipio resida habitualmente un número de ciudadanos aptos para el desempeño de los destinos públicos municipales.'

"El Gobernador del Departamento, como se lee en folio 8, afirma que los comisionados nombrados por él, 'rindieron un razonado informe, ante la Gobernación, del cual se desprende que, efectivamente, en Nechí reside habitualmente un crecido número de ciudadanos aptos para el desempeño de los destinos públicos municipales.' El actor no presentó prueba en contrario.

"Tercer requisito. 'Que haya además en tal lugar locales adecuados para escuelas, casa municipal y cárcel, o que éstos puedan fácilmente adquirirse.'

"Los comisionados del Gobernador sostienen, folio 8, que 'hay además en tal lugar (Nechí) locales adecuados para las escuelas, casa municipal y cárcel.' Este punto no aparece impugnado por el actor.

"Cuarto requisito. 'Que el respectivo Gobernador conceptúe favorablemente, previo un detenido estudio de las condiciones del lugar que haya de ser erigido cabecera del Municipio, que verificará una comisión que designará para tal efecto dicho funcionario.'

"Al folio 7, vuelto, está en copia la Resolución número 8 de fecha 9 de marzo de 1936 por la cual la Gobernación de Antioquia designó al Alcalde de Margento y al Administrador de Rentas Departamentales de Nechí, para estudiar las condiciones locales de Nechí y rendir el informe correspondiente. Y a continuación se encuentra el texto del concepto favorable del Gobernador, dado el 12 de mayo de 1936. Ciertamente hubo una rapidez sorprendente en la emisión de este concepto. Es de suponer que los comisionados tenían estudiado el asunto de tiempo atrás, de un modo que les permitió informar 'a la mayor brevedad,' como lo exigió el Gobernador.

"Quinto requisito. 'Que oiga previamente al respectivo Concejo Municipal sobre la conveniencia de realizar el traslado de la cabecera del Municipio al lugar que indiquen los solicitantes. Este concepto no producirá efectos obligatorios.'

"El Concejo de Margento expresó su concepto adverso al traslado: folios 6 a 7."

En cuanto a la irregularidad consistente en haber introducido el artículo en segundo debate y no haber sufrido por tanto los tres debates reglamentarios que señala el artículo 101 del Código Político y Municipal, el señor Fiscal opina lo siguiente:

"El artículo 42 de la Ley 4ª de 1913 se refiere a las leyes y, por tanto, no cabe afirmar que haya sido violado, ni a pretexto de su aplicabilidad a las ordenanzas por analogía, pues no hay ni puede haber violaciones por analogía.

"El Consejo de Estado fijó el alcance de este artículo en sentencia del 8 de abril de 1931, en los siguientes términos:

'En efecto, el Código Político y Municipal, en su título II, Capítulo IV, sobre *clasificación de las leyes y reglas generales relativas a ellas,* después de definir y clasificar los diferentes ramos de leyes, el Civil, el Penal, Judicial, Militar, Fiscal y Administrativo, dice textualmente en su artículo 42:

Artículo 42. Los proyectos de leyes presentados por los Ministros del Despacho o por los miembros de las Cámaras que tiendan a reformar o adicionar los Códigos y leyes generales, se amoldarán a la clasificación legal, de suerte que un mismo proyecto no debe tener disposiciones pertenecientes a materias que deben ser objeto de distintos Códigos o leyes.

Durante la discusión de tales proyectos, no se admitirán modificaciones que tiendan a introducir disposiciones que sean ajenas a la materia del proyecto respectivo.

Toca al Presidente de la respectiva Cámara la decisión sobre este punto, la cual es apelable ante la misma corporación.

'Como se ve, el pensamiento de la ley a este respecto, es bastante claro y comprensivo; ha querido que no se desvirtúe el sentido armónico que debe tener un proyecto de ley sobre los diversos ramos de la legislación; pero aun para el caso en que se presentaren disposiciones exóticas en un mismo proyecto, toca al Presidente de la respectiva Cámara, dice la misma Ley, la decisión sobre este punto, esto es, acerca de la admisión o rechazo que se hiciera de artículos nuevos o modificaciones que se presentaran a un proyecto determinado; lo que quiere decir que si tales modificaciones no fueren rechazadas por el Presidente de la Cámara, se reputarán válidas y por consiguiente legales.

'Ocasiones hay en que la premura del tiempo o circunstancias especiales de orden diverso, indican la necesidad de aprovechar el avance de un proyecto de ley, para introducir determinados preceptos, por más que no digan relación al proyecto presentado primitivamente. Como de esta medida se hubiere abusado en el Parlamento, éste mismo se ha encargado de establecer normas reglamentarias que tratan de evitar tales abusos, y al efecto se ha indicado que antes de presentar los artículos nuevos, se modifique primero el título del proyecto; y así se practica en la actualidad.

'Introducidas las modificaciones, el proyecto respectivo recibe el segundo debate, el tercero después, y pasa a la consideración de la otra Cámara, donde sufre también los debates legales; y esta práctica no ha dado lugar a que se acusen las leyes, porque les hubiere faltado uno de sus debates. Si es verdad que los artículos nuevos se presentan a la discusión en segundo debate, ellos aprovechan que el proyecto, en el cual se introducen, ya hubiere sufrido el primer debate, con lo cual se tiene cumplida la exigencia legal.

'Si se aplicara la tesis que acoge la sentencia que se revisa, con toda severidad, se llegaría al extremo de sostener que cualquier modificación que se propusiera a un proyecto, aun cuando fuera la misma Comisión que lo estudió para segundo debate, debía tacharse de nula, por cuanto no sufrió los tres debates reglamentarios y legales, lo cual es desde luégo inaceptable.

'Fuera de todo esto, repítese que las disposiciones que se analizan se refieren a las discusiones de proyectos de ley, aplicadas injurídicamente, por analogía, a la discusión de las ordenanzas, que tienen disposiciones especiales a las cuales debe someterse, y entre las cuales no figuran los preceptos que se dicen violados en la expedición de la Ordenanza número 7 de 4 de abril de 1930, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico.' *(Anales del Consejo de Estado,* Tomo XXIII, números 186 a 190, página 824 y siguientes).

"La heterogeneidad en los articulados de las leyes ni siquiera ha dado lugar a que sean acusadas, y, como bien se sabe, cuando lo han sido bajo el cargo de no haber recibido todos los debates o por cualquier otro defecto en los trámites seguidos para su expedición, la Corte Suprema ha dicho reiteradamente que 'no se cree autorizada para abrir proceso a una ley a efecto de resolver si en los actos preparatorios de ella se infringieron o nó las reglas constitucionales: ello, además de la amenaza

que envolvería para la estabilidad de las leyes, equivaldría a llevar la investigación a una época anterior a la existencia de la ley acusada; a deducir su inconstitucionalidad no de los propios términos de ella misma, sino de las pruebas que al efecto se presenten, y a declarar no la inexequibilidad del texto o precepto de la ley como tál, sino la inconstitucionalidad del procedimiento empleado para dictarla, para lo cual no se ha dado competencia a la Corte." (Jurisprudencia de la Corte, Tomo III, número 1984).

Para las ordenanzas rige, en punto a tramitación parlamentaria, el artículo 101 del Código Político y Municipal, que dice:

"Todo proyecto de ordenanza debe discutirse y aprobarse en tres debates, en días distintos. En el primero se discute el proyecto en general; en el segundo se examinarán una a una sus disposiciones; en el tercero se decide si debe ser ordenanza tal como quedó en el segundo."

'Esta disposición se refiere al conjunto del acto denominado ordenanza, y no a cada uno de sus detalles o partes. Así lo ha entendido y expresado el Consejo de Estado en su sentencia de fecha 12 de marzo de 1931:

Lo que este precepto (artículo 101 del Código Político y Municipal) dispone es que cada proyecto de ordenanza sufra tres debates, pero no dice que deban sufrirlos igualmente cada uno de sus artículos. «Anales del Consejo de Estado», números 180 a 185, Tomo XXIII, página 560).

'Evidentemente, como lo anota la misma sentencia, citada por el Tribunal Seccional, *la Constitución y la ley autorizan a las Cámaras y a las Asambleas para darse sus propios reglamentos, y de conformidad con éstos, en el segundo debate pueden introducirse artículos nuevos a un proyecto de ley o de ordenanza, siempre que no versen sobre materia extraña a la del proyecto mismo.*

'Pero contra las leyes violatorias de los reglamentos de las Cámaras no hay ningún recurso, según se vio atrás, ni lo hay tampoco contra las ordenanzas violatorias de los reglamentos de las Asambleas. Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, carecen de facultad para conocer de esa clase de violaciones.

'Sin duda es una práctica execrable la de mezclar en una misma ley u ordenanza disposiciones sobre diversas materias. Acusa indisciplina, falta de seriedad y orden en la labor parlamentaria. Quienes en los cuerpos colegiados apelan a ese procedimiento con el fin de ahorrar esfuerzos, revelan más aptitud para hacer *cocktails* que para dirigir u organizar la vida política y administrativa del Estado. Sin embargo, los simples defectos de técnica o de método, no son suficientes para invalidar una ley o una ordenanza.

'Por lo expuesto, la Fiscalía conceptúa que no es nulo el artículo 5º de la Ordenanza número 57 de 1936, dictada por la Asamblea Departamental de Antioquia, y que, en consecuencia, debe revocarse el fallo de primera instancia.' "

En síntesis: la ordenanza en estudio, por lo que hace al artículo demandado, es, pues, irreprochable en el fondo. De otra parte, considerada en conjunto, tampoco viola el artículo 101 del Código Político y Municipal, desde luégo que como tál, recibió tres debates. Que se hubiera pretermitido una disposición de régimen interno o reglamentaria de la Asamblea, no es circunstancia que amerite la sanción de nulidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley revoca el fallo apelado, y en su lugar dispone: niéganse las peticiones de la demanda.

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Régimen fiscal de las Intendencias

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

El Decreto número 227 de 1922 adoptó para las Intendencias Nacionales y Comisarías Especiales el Acuerdo número 1º de 1918, expedido por el Tribunal de Cuentas de Cundinamarca, en lo referente a la imposición, administración y recaudación de rentas, impuestos y contribuciones. El citado Decreto, como posterior que es, prevaleció sobre el 1181 de 1915 y sobre el 359 de 1916.

Consejo de Estado—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos treinta y siete.

El Tribunal Administrativo de Cali dictó sentencia, con fecha 4 de agosto de 1936, en la demanda de nulidad del Acuerdo número 10 de 1934, expedido por el Concejo Municipal de Quibdó y que fue acusado por el señor Alberto Holguín Ll. en su propio nombre y como apoderado especial de la compañía extranjera denominada "Empresa Eléctrica de Andágueda. Inc." Pero como el Tribunal no obstante haber reconocido al doctor Holguín como apoderado sustituto de la compañía mencionada, no admitió a ésta como demandante en el juicio y tal providencia quedó en firme, sólo prosperó la acción pública y por tanto sólo por este aspecto fue tramitado y decidido el negocio.

Como se ha agotado la tramitación en la segunda instancia y no se observa ningún motivo de nulidad que invalide el proceso, se procede a dictar el fallo definitivo mediante las consideraciones que en seguida se expresan:

Rezan así, las disposiciones del artículo 1º del Acuerdo número 10, de 21 de febrero de 1934, expedido por el Concejo Municipal de Quibdó, cuya nulidad fue demandada:

"XII. Instalaciones hidráulicas productoras de energía eléctrica. Trescientos pesos ($ 300) oro mensuales, por cada una de las empresas hidráulicas productoras de energía eléctrica, que funcionan en el Distrito.

"XIII. Consumo. Dos centavos oro ($ 0.02) por cada kilo o fracción de artículos extranjeros que se introduzcan para el consumo en el Distrito. Tres centavos ($ 0.03) oro legal por cada kilo o fracción de kilo de artículos que sean producidos en el Municipio, o introducidos en él de cualquier sección del país, tales como el arroz, el queso, manteca, azúcar, etc. Un centavo oro legal ($ 0.01) por cada kilo o fracción de kilo de artículos que se produzcan o sean introducidos al Municipio, así: hierro corrugado para techos, cemento, varillas de hierro para construcciones, papel y tinta de imprenta, bloques de ladrillo o cemento y los de tierra cruda o cocida, tejas de barro o de cemento para techos, baldosas para pisos, alambre de púas, clavos, tornillos y puntillas para

construcciones. Quedan exceptuados de gravamen alguno: las legumbres, hortalizas y frutas frescas, el plátano, el maíz, la panela, frijoles, papas, yucas y la sal. También se exceptúan del impuesto de consumo, los artículos que vengan dirigidos a la Intendencia, para sus obras públicas, y los que se introduzcan para la edificación de hospitales, casas de beneficencia y obras públicas municipales, maquinarias y todos sus accesorios convenientes al impulso exclusivo de la agricultura y minería, así como las semillas y abonos para la misma agricultura."

El Tribunal a quo, falló negando las pretensiones del actor, quien oportunamente interpuso el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado.

En el texto de la demanda, quedan expresadas las razones de derecho, que como fundamento de la acción, presentó el doctor Holguín en su libelo. Pero dada su extensión, se hace una síntesis de lo fundamental de ellas, que prácticamente quedan enunciadas en su totalidad al presentar las razones contrarias que las desvirtúan y que constituyen la parte motiva de esta sentencia.

Según el doctor Holguín, por medio del Decreto número 1181 de 1915 por el cual se organiza la Administración Pública de la Intendencia del Chocó, que fue adicionado por el marcado con el número 340 de 1920, quedó establecido que las rentas e impuestos de los Municipios del Chocó son los mismos establecidos en los Municipios del Departamento del Valle; y que cuando se dictó dicho Decreto 1181, en el Departamento del Valle no existía el impuesto que el Concejo de Quibdó creó por medio del ordinal 12 del artículo 1º del Acuerdo número 10 de 1934, de suerte que el impuesto a las empresas hidráulicas productoras de energía eléctrica no era uno de los establecidos en los Municipios del Departamento del Valle conforme al Decreto citado.

Y la otra razón de derecho, visiblemente contradictoria con la ya enunciada, puede concretarse en que para las Intendencias Nacionales y Comisarías Especiales, en todo lo referente a imposición, administración y recaudación de rentas, rige el Decreto 227 de 20 de febrero de 1922 —*Diario Oficial* 18130 y 18131— que adopta para aquéllas el reglamento de régimen fiscal y contabilidad municipal fijado en el Acuerdo número 1º de 1918 expedido por el Tribunal de Cuentas de Cundinamarca; y que en dicho Acuerdo no está establecido y autorizado en forma alguna el impuesto a las instalaciones hidráulicas productoras de energía eléctrica, creado por el Concejo de Quibdó.

Una breve reseña de las disposiciones relacionadas con el régimen económico de las Intendencias, basta para analizar los dos argumentos presentados, así como para la conclusión relacionada con la legalidad del impuesto concretado en el numeral 12, que fue demandado en primer término por el doctor Holguín Lloreda.

Siguiendo el mismo orden de la demanda, aparece que la Intendencia Nacional del Chocó fue creada por la Ley 65 de 1909. Posteriormente la Ley 102 de 1914 facultó al Gobierno para organizar su administración, dejándole las atribuciones correspondientes a las Asambleas. Posteriormente el Decreto número 1181 de 1915, citado por el actor, como razón de derecho en pro de su acción, Decreto que fue adicionado por el 340 de 1920, dispuso que las rentas e impuestos de los Municipios del Chocó son los mismos establecidos en el Departamento del Valle.

Con fecha 20 de febrero de 1922 el Primer Designado encargado del Poder Ejecutivo por medio del Decreto número 227 adoptó para las Intendencias Nacionales y Comisarías Especiales el Acuerdo número 1º de 1918 sobre reglamento de régimen fiscal y contabilidad municipal, expedido por el Tribunal de Cuentas de Cundinamarca, y agregó que, en consecuencia los Intendentes Nacionales, Comisarios Especiales, Con-

cejos, Alcaldes, Personeros y Tesoreros Municipales de aquellas entidades observarán las disposiciones del Acuerdo mencionado en todo lo referente a la imposición, administración y recaudación de rentas, impuestos y contribuciones.

Como se ve, este Decreto, como posterior que es, prevalece sobre el 1181 de 1915 citado y sobre el 359 de 1916 que determinó que los Concejos Municipales del Chocó tendrán, en lo general, las mismas atribuciones de los demás de la República en la administración de los bienes y rentas del Municipio.

De manera, pues, que aun aceptando que cuando se dictaron las disposiciones demandadas no existía en el Departamento del Valle el impuesto creado por el Concejo de Quibdó, el argumento es inválido porque ya entonces no regia el Decreto 1181 de 1915 que disponía que los impuestos de los Municipios del Chocó serían los mismos establecidos en los Municipios del Departamento del Valle, sino en el Decreto número 227 de 1922 a que se ha hecho referencia. A más de que como lo anota el señor Fiscal la sola afirmación del demandante, de la no existencia de tal legislación en el Departamento del Valle, no es suficiente por sí misma para infirmar el acto acusado.

Si el Decreto número 227 tiene preferencia sobre los que le anteceden, procede examinar lo que sobre el particular dispone el Acuerdo del Tribunal de Cuentas de Cundinamarca adoptado por el Gobierno para las Intendencias Nacionales y Comisarías Especiales. Al efecto, el artículo 64 del Acuerdo en referencia, dice: "Forman el activo del Tesoro Municipal..... 40. Producto de las cuotas anuales que paguen las compañías de energía eléctrica."

Carece de valor el argumento consistente en que por medio de este ordinal apenas se hace una enumeración de entradas municipales, pero que en manera alguna autoriza a un Distrito para decretar el impuesto sobre instalaciones hidráulicas de energía eléctrica, puesto que si no se decretara la imposición, no tendría lugar la entrada de las sumas correspondientes al Fisco Municipal y por tanto sería baldía la enumeración indicada, lo que no puede aceptarse desde luégo que las leyes deben interpretarse en sentido positivo, que produzca algún efecto, y no en éste teórico que surgiría de la interpretación presentada por el actor.

La referencia que se hace al producto "de las cuotas anuales," tampoco se opone al cobro mensual que contiene el Acuerdo, pues en aquella ordenación se señala la cuota anual como uno de los renglones que forman el activo del Tesoro Municipal en la respectiva vigencia, sin que por ello se oponga al recaudo mensual, como lo dispone el Acuerdo acusado.

Pero el actor sostiene que el numeral en estudio se aparta de las normas generales de la Constitución y de la ley en lo relacionado con la generalidad, que debe caracterizar a todo impuesto, así como con la prohibición de gravar objetos ya gravados por la Nación.

Respecto de la generalidad y sobre un punto concreto análogo dijo el Consejo en fallo de 8 de octubre de 1935, reproducido en esta parte en la sentencia de mayo 18 de 1937:

"No sería de recibo en buena lógica, la conclusión de que no es gravable la empresa más productiva del Municipio por el solo hecho de que no hay más que una en la especie, lo cual, es una razón más para el gravamen, pues implica falta de competencia en el negocio."

Por lo que hace al doble gravamen dijo la sentencia últimamente citada:

"No puede sostenerse que este Acuerdo rompa el precepto contenido en el ordinal 4º del artículo 171 del Código Político y Municipal, porque

de la circunstancia de que determinada propiedad esté gravada con el impuesto predial, no puede deducirse que no pueda establecerse otro impuesto como el de industria y comercio, que no recae sobre la misma propiedad inmueble por concepto de tál, sino sobre el negocio o la actividad que dentro de ella se desarrolla."

Es erróneo igualmente sostener que a virtud de la Ley 113 de 28 sobre estudio técnico y aprovechamiento de caídas de agua, se hubiera reservado la Nación la imposición de contribuciones relacionadas con las empresas generadoras de energía eléctrica. Pues como puede verse por la lectura de todas y cada una de sus disposiciones, éstas tienen una causa y una formalidad enteramente distintas a las que le señala el actor.

Si, pues, el Acuerdo acusado en la parte que se analiza tiene en el fondo un respaldo legal; si aceptado así, el impuesto de que se trata sólo podría destruirse cuando en el ejercicio de la acción privada se demostrara que por excesivo llega a ser confiscatorio, fuerza es concluir que la sentencia en la parte que se revisa es jurídica y debe confirmarse.

Pero como se ha visto el doctor Holguín Lloreda demandó igualmente el numeral 13 del artículo 1º del mismo Acuerdo número 10, que se transcribe en la primera parte de este fallo.

Respecto del impuesto de consumo establecido en el numeral 13 a que se hace referencia observa el señor Fiscal de esta corporación:

"La Ley 26 de 1921 facultó a los Concejos Municipales de Istmina y Quibdó 'para gravar hasta con un peso ($ 1) oro cada cincuenta kilos de efectos extranjeros en general, destinados al consumo en tales Distritos, aun cuando estén gravados por la Nación, con excepción de la maquinaria para minas y agricultura.'

"De consiguiente, la facultad se halla limitada tan sólo a los artículos extranjeros destinados al consumo en tales Distritos.

"Apartándose de la autorización concedida, el Concejo gravó con tres centavos el kilo de 'artículos que sean producidos en el Municipio, o introducidos en él de cualquier sección del país, tales como el arroz, el queso, la manteca, azúcar, etc.,' y con un centavo el kilo de artículos que se produzcan o sean introducidos al Municipio.....

"Tiene razón el demandante cuando tacha de nulidad los gravámenes de tres y un centavo, respectivamente, porque se apartan visiblemente de las facultades concedidas por la Ley 26 de 1921 al prescindir de *artículos extranjeros,* pues se refiere expresamente a artículos producidos en el Municipio o introducidos en él de cualquier sección del país.

"También es verdad que esa clase de imposiciones viola el numeral 13 del artículo 171 del Código Político y Municipal que precisamente prohibe gravar artículos de consumo que pasan por su territorio para ser expendidos en otro Municipio, ya que no se exceptúan los artículos destinados al consumo de otros Municipios. Por otra parte, el gravamen que se viene comentando viola las Leyes 88 de 1928 y 33 de 1916, porque los Municipios no pueden gravar los artículos o elementos de primera necesidad.

"Por lo expuesto, conceptúo que debe revocarse la sentencia recurrida para el solo efecto de declarar la nulidad de los gravámenes de tres y un centavo, a que se refiere el numeral XIII *Consumo* del Acuerdo número 10, expedido por el Concejo del Municipio de Quibdó."

El anterior concepto contiene observaciones que el Consejo estima suficientes para anular el numeral 13 acusado en cuanto gravó con tres centavos el kilo de artículos que sean producidos en el Municipio o introducidos en él de cualquier sección del país; y con un centavo oro legal el kilo de artículos que se produzcan en el Municipio o sean introducidos a él no del Exterior, sino de cualquier sección del país, y que se señalan en dicha disposición.

Por todo 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 reforma la sentencia apelada y en su lugar

FALLA:

Es nulo el numeral 13 del Acuerdo número 10 de 21 de febrero de 1934 expedido por el Concejo Municipal de Quibdó, pero únicamente en la siguiente parte: "tres centavos oro legal ($ 0.03) por cada kilo o fracción de kilo de artículos que sean producidos en el Municipio, o introducir en él de cualquier sección del país, tales como el arroz, el queso, la manteca, azúcar, etc. Un centavo oro legal ($ 0.01) por cada kilo o fracción de kilo de artículos que se produzcan o sean introducidos al Municipio, así: hierro corrugado para techos, cemento, varillas de hierro para construcciones, papel y tinta de imprenta, bloques de ladrillo o cemento y los de tierra cruda o cocida, tejas de barro o de cemento para techos, baldosas para pisos, alambre de púas, clavos, tornillos y puntillas para construcciones," siempre que tales artículos no sean introducidos directamente del Exterior y destinados al consumo en el Municipio de Quibdó.

En lo demás, queda confirmada la sentencia materia de la alzada.

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martin Quiñones—Elias Abad Mesa—Isaias Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Prescripción de las acciones administrativas

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

El orden administrativo impone cierta firmeza y estabilidad en relación con las actuaciones de algunos funcionarios públicos, lo que no se conseguiría alargando los términos de la prescripción o declarando que puede reclamarse en cualquier tiempo contra sus providencias.

Consejo de Estado—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos treinta y siete.

El señor Julio Prieto en su propio nombre y como cesionario de Rubén Mejía y Antonio Rendón, demandó ante el Tribunal Administrativo de Medellín la Resolución número 6 de 20 de agosto de 1935, proferida por el señor Administrador de Hacienda Nacional y aprobada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de la cual se resolvió aforar las casas de juego y todos aquellos juegos de suerte y azar que quedaron autorizados por la Ordenanza número 45 de 1935 de la Asamblea Departamental de Antioquia.

Reza así la Resolución acusada:

"Resolución número 6

(agosto 20 de 1935)

"En vista de que la Asamblea Departamental de Antioquia expidió la Ordenanza número 45 de julio 30 de 1935 por medio de la cual permite y reglamenta los juegos de suerte y azar, el suscrito, en su carácter de representante de la Nación, considera de su deber hacer un estudio concienzudo sobre las disposiciones contenidas en aquella Ordenanza para ver si es el caso de exigir el impuesto de defensa nacional establecido por la Ley 12 de 1932 que creó un impuesto del diez por ciento sobre toda clase de juegos permitidos. El artículo 17 del Decreto del Ejecutivo Nacional número 1986 de diciembre 7 de 1927, dice:

'Se consideran como juegos prohibidos aquellos en que la ganancia depende exclusivamente de la suerte y el azar sin que los jugadores mediante su habilidad y buena fe, puedan hacer inclinar la fortuna favorablemente.'

"La Asamblea de Antioquia parece que no tuvo en cuenta la disposición transcrita que es clara y terminante y ha permitido lo que la Nación prohibe. Pero no está en el ánimo del suscrito entablar controversia ni censurar los actos de la honorable Asamblea y si trae a colación el artículo del Decreto nacional antes citado lo hace por dejar constancia de lo establecido por el Gobierno sobre este particular. El inciso 1º del artículo 7º de la Ley 12 de 1932 dice así:

'Con el objeto de atender al servicio de los bonos del empréstito patriótico que emite el Gobierno establécense los siguientes gravámenes: 1º Un impuesto del 10% sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase, y por cada boleta o tiquete de apuestas en toda clase de juegos permitidos, o de cualquier otro sistema de repartición de sorteos.'

"El artículo 1º del Decreto número 41 de enero 12 de 1933 dice:

'Los juegos permitidos que reparten ganancias y que se verifiquen por sistemas diferentes de boletas o quinielas pagarán el impuesto fijado en el artículo 7º, inciso 1º de la Ley 12 de 1932.'

"Como la Ordenanza 45 ya citada cataloga entre los juegos permitidos a los de suerte y azar, en fuerza de ella misma, y mientras disposiciones posteriores no deroguen lo establecido por ella, los empresarios de este género de juegos están obligados a pagar el impuesto de defensa nacional de que habla la Ley 12 de 1932 para toda clase de juegos permitidos, impuesto que debe fijarse en proporción a las cuatro categorías establecidas por el artículo 8º de la Ordenanza para las casas de juego, ya que no existen elementos de control suficientes para cobrar el diez por ciento sobre el valor de las jugadas y que el Decreto número 215 de febrero de 1933 autoriza su aforo.

"Por lo expuesto, el Administrador Principal de Hacienda Nacional de Antioquia, haciendo uso de la facultad que le confiere el Decreto número 215 de febrero 1º de 1933,

resuelve:

"Primero. Para efectos del impuesto de defensa nacional creado por la Ley 12 de 1932, afóranse las casas de juego y todos aquellos juegos de suerte y azar que quedaron autorizados por la Ordenanza número 45 de este año expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, así: los de primera categoría pagarán un impuesto mensual de quinientos pesos ($ 500); los de segunda categoría pagarán un impuesto mensual de doscientos cincuenta pesos ($ 250); los de tercera categoría pagarán un impuesto mensual de ciento veinticinco pesos ($ 125); los de cuarta categoría pagarán un impuesto mensual de cincuenta pesos ($ 50).

"Segundo. Este impuesto debe ser pagado por mensualidades anticipadas y las fracciones de mes se pagarán como si se tratara de un mes entero.

"Tercero. El día primero de cada mes, esta Oficina y las Recaudaciones Subalternas de Hacienda oficiarán a los respectivos Alcaldes para que ordenen el cierre de todas aquellas casas o establecimientos de juegos cuyos dueños o empresarios no hayan satisfecho el impuesto correspondiente al mes que principia.

"Cuarto. Como garantía del pago de este impuesto, los dueños o empresarios de juegos, deberán otorgar en esta Oficina una fianza prendaria consistente en un depósito en dinero igual al valor del impuesto en dos meses, depósito que harán en la Caja de la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, sea cualquiera el lugar del Departamento en donde vaya a establecerse la casa o establecimiento de juegos.

"Quinto. Tanto los Alcaldes como el Administrador de Rentas Departamentales no podrán conceder el permiso para la apertura de casas o establecimientos de juegos si no se les presenta el certificado expedido por el Administrador de Hacienda Nacional de Medellín de haber constituido el depósito que garantiza el pago mensual anticipado del impuesto de defensa nacional y el comprobante de haber pagado la primera mensualidad.

"Sexto. Este depósito será devuelto a los interesados cuando comprueben con la autoridad de policía de la vecindad de la casa de juego, haber cesado en su ejercicio, y siempre que se encuentren a paz y salvo con el Tesoro Nacional por este concepto. Las sumas que quedaren a deber se tomarán de este depósito.

"Séptimo. La Administración Principal de Hacienda Nacional de Medellín abrirá un libro especial de registro de casas de juegos con anotación de sus respectivos dueños o empresarios, categoria, depósito constituído, y demás datos que juzgue necesarios para su control. Los Recaudadores Subalternos de Hacienda, enviarán mensualmente a la Administración de Hacienda Nacional de Medellín una relación de las casas de juego existentes en el Municipio de su jurisdicción con un informe sobre las que no hubieren pagado.

"Octavo. La presente Resolución será consultada con la Jefatura de Rentas Nacionales del Ministerio de Hacienda y una vez aprobada por esa entidad, se transcribirá al señor Administrador de Rentas Departamentales, a los Alcaldes del Departamento y a los Recaudadores de Hacienda para los fines que a cada uno de ellos corresponde.

"Dada en Medellín, a veinte de agosto de mil novecientos treinta y cinco.

"El Administrador Principal de Hacienda Nacional,

"(Fdo.) *Hernando Sanín T.*

—

"*Ministerio de Hacienda y Crédito Público—Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales—Bogotá, agosto 27 de 1935.*

"Aprobada.

"El Jefe de Rentas Nacionales,

"(Fdo). *Manuel A. Alvarado.*"

El Tribunal *a quo,* desató la litis negando las peticiones de la demanda por cuanto la consideró extemporánea, por haber sido instaurada después de transcurrido el término señalado en el artículo 81 de Ley 130 de 1913.

Al respecto dijo el Tribunal:

"Como se observó en lo transcrito, el demandante pide, invocando el artículo 89 de la Ley 130 de 1913 se declare nula la Resolución número 6 de 20 de agosto de 1935 proferida por el Administrador de Hacienda Nacional de Antioquia y que fue aprobada el 27 del citado mes por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

"La Resolución demandada como bien aparece fue aprobada como ya se ha dicho el 27 de agosto de 1935 y la demanda fue promovida el 30 de marzo de 1936. Según las fechas citadas han corrido más de noventa días entre el acto acusado y la acción establecida y por consiguiente se instauró a destiempo la demanda y no prospera."

Antes de entrar a estudiar a fondo el negocio, importa resolver la cuestión previa, planteada en el fallo de primera instancia, porque si como lo afirma el Tribunal la demanda es extemporánea, sobraría el examen de las peticiones contenidas en el libelo presentado por el señor Julio Prieto.

Para resolver lo relacionado con la oportunidad de la demanda, basta examinar dos cuestiones: 1ª Qué clase de acto es el demandado, cuál su naturaleza y carácter; y 2ª Cuándo prescribe el término para intentar la acción.

Por lo que hace a la Resolución acusada, claramente aparece que no constituye un acto del Gobierno, de aquellos que son demandables conforme al artículo 78 de la Ley 130 de 1913. Tampoco constituye una Resolución ministerial, porque no fue dictada por el Ministro respectivo, como es fácil comprobarlo con la simple lectura de ella. Se trata sim-

plemente de una Resolución emanada de la Administración de Hacienda Nacional de Medellín y aprobada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

Sobre el carácter de tal Resolución, así como sobre el término dentro del cual es procedente su demanda, emite el señor Fiscal de la corporación los siguientes conceptos:

"Respecto de los actos de Gobierno, decretos y resoluciones ministeriales, rige el artículo 81 de la Ley 130 de 1913, que fija en 90 días el término para ocurrir ante el Consejo, contados desde el siguiente a la publicación que debe hacerse en el *Diario Oficial*. Si el acto acusado no se ha publicado en este periódico, el término para ocurrir en demanda de revisión debe comenzar a contarse desde el día en que tal acto gubernamental le fue notificado personalmente al interesado. (Sentencia de 20 de febrero de 1924. *Anales* 133 a 138, tomo XVI, página 491).

"Si se trata de actos de las Asambleas y de los Concejos, distintos de las ordenanzas y acuerdos, el término principia a contarse desde la fecha en que fue ejecutado el acto de que se trata. (Artículo 53 del Código Contencioso-Administrativo).

"Respecto de los decretos de los Gobernadores, no existe una disposición expresa y clara sobre el asunto, pero como se trata de un *acto de gobierno*, tomado éste en su sentido general y amplio, el Consejo de Estado ha aplicado por analogía el precitado artículo 81, de tal manera que los actos de los Gobernadores también están sujetos al término de los 90 días respecto al plazo fijado para *ocurrir* ante los Tribunales Administrativos en demanda de su nulidad.

"En cuanto a las decisiones del Jefe de Rentas e Impuestos, el recurso debe intentarse dentro del término de 90 días hábiles contados desde la ejecutoria de la decisión de ese funcionario. (Decreto 2244 de 1931).

"Pero sucede que en el caso de autos se trata de un acto *sui generis*, para el cual no hay tampoco una disposición precisa como acontece también respecto de los actos de los Gobernadores.

"En efecto, no es una resolución ministerial que deba publicarse en el *Diario Oficial;* tampoco es el caso de una decisión del Jefe de Rentas de las que trata el artículo 19 del Decreto número 2244 de 1931.

"Como es una resolución de carácter general no puede contarse el término desde la notificación personal, pero esto no obsta para que la acción pueda intentarse en cualquier tiempo como lo pretende el denunciante. El término en tal caso debe contarse desde la ejecución del acto, es decir, desde su aprobación y comunicación al Administrador de Rentas Departamentales y a los Alcaldes."

Pero si es exacto que la Resolución tiene carácter general, no es menos cierto que se concreta y afecta por lo mismo, sólo a determinadas personas; a aquellas que establezcan casas de juego o juegos de los permitidos por la Ordenanza número 45 de 1935, por lo cual la notificación y ejecución se realizan prácticamente en un mismo acto, o la una es consecuencia de la otra, lo que robustece la tesis de la Fiscalía en cuanto al punto de partida para empezar a contar el término dentro del cual sea posible la demanda de los actos de esta naturaleza.

En efecto, una vez aprobada la Resolución por la Jefatura de Rentas Nacionales y comunicada al señor Administrador de Rentas Departamentales, a los Alcaldes y a los Recaudadores de Hacienda Nacional, para los fines que a cada uno de ellos correspondía, las personas afectadas por el impuesto fueron necesariamente notificadas o noticiadas de ello.

Prueba irrefutable de este hecho son los recibos del pago del impuesto, ordenado en la Resolución, recibos que obran en autos y que llevan fechas correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1935.

Además, este negocio que versa sobre reclamación de impuestos, ha

sufrido la tramitación señalada en los artículos 89 y siguientes de la Ley 130 de 1913, y por tanto le son aplicables no sólo las reglas generales que indican una prescripción de noventa días sino la especial para actos de esta naturaleza, contenida en el artículo 19 del Decreto número 2244 de 1931, que en la parte pertinente dice:

"Tal recurso deberá intentarse dentro del término de noventa días hábiles, contados desde la ejecutoria de la disposición de aquel funcionario."

La Resolución acusada fue aprobada por la Jefatura de Rentas Nacionales el 27 de agosto de 1935, y como se anotó ya, consta en el expediente que desde el mes de septiembre del mismo año, el peticionario y sus cedentes comenzaron a pagar el impuesto, es decir, principió a ejecutarse la Resolución y por lo tanto a correr el tiempo hábil dentro del cual podía prosperar la demanda de nulidad.

El señor apoderado del demandante sostiene que como no se trata de un acto del Gobierno ni de una Resolución ministerial no tiene aplicación el artículo 81 del Código Contencioso-Administrativo.

Razona así el señor apoderado:

"Si las ordenanzas y los acuerdos se acusan en cualquier tiempo y si el artículo 81 de la Ley 130 de 1913 fija un término de noventa días para los actos del Gobierno únicamente, forzoso es concluir que sólo para estos últimos está fijado aquel término, no para las ordenanzas, acuerdos y resoluciones generales dictadas por empleados que no constituyen el Gobierno."

El señor apoderado del demandante tiene razón en cuanto afirma que el artículo 81 citado no cobija las ordenanzas y los acuerdos municipales, pero en lo relacionado con las resoluciones, que él llama generales, es equivocada su apreciación.

El artículo 6º de la Ley 71 de 1916 determinó que los acuerdos y las ordenanzas podían ser demandados en cualquier tiempo y no es posible extender este beneficio, a aquellos actos que no fueron incluidos dentro de la excepción. Al hablar de ordenanzas y de acuerdos municipales, no quiso referirse, ni pudo referirse sino a ellos solamente. Así lo ha admitido el Consejo de Estado aun para aquellos actos de los Concejos Municipales que no tienen el carácter de acuerdos y para los cuales corre el término de noventa días.

En síntesis: los artículos 53 y 81 de la Ley 130 de 1913, como el 19 del Decreto 2244 de 1931 corresponden a la regla general que fija en 90 días hábiles el término para ocurrir a los Tribunales Administrativos en los casos que dichas disposiciones contemplan; el artículo 6º de la Ley 71 de 1916 consagra la excepción a dicha regla general pero únicamente para las ordenanzas y los acuerdos municipales, por lo cual no es admisible pretender incluir entre la excepción aquello que no fue expresamente determinado en dicha Ley.

Finalmente, el orden administrativo impone cierta firmeza y estabilidad en relación con las actuaciones de ciertos funcionarios públicos, lo que no se conseguiría alargando los términos de la prescripción o declarando que puede reclamarse en cualquier tiempo contra sus providencias.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo de Medellín, materia del recurso.

El papel común será revalidado de acuerdo con lo ordenado por el artículo 351 del Código Judicial.

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Denuncio de bienes ocultos

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Por el artículo 30 del Código Fiscal, ordinal a), debe el Ministro, hecho el denuncio y practicadas las pruebas, declarar oculto el bien o negarle esta calidad y luégo declarar también si las acciones determinadas son o nó procedentes. Dos movimientos sucesivos, pero separados en el campo jurídico; de modo que el bien oculto puede y debe existir per se y las acciones indicadas pueden ser o nó materia de análisis separado.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

Los bonos ferroviarios de diez mil pesos colombianos cada uno, pendientes a favor de la Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie por concepto de la construcción del Ferrocarril del Nordeste en territorio del Departamento de Boyacá fueron convertidos a francos belgas mediante algunas condiciones recogidas en la negociación de fecha 12 de julio de 1933, de las cuales se hacen notar:

Pago inmediato de intereses vencidos hasta mayo de 1933 por los 241 bonos; entrega de 22 pagarés por un valor total de 82'576.600 f. b. como principal y 17'811.773.50 f. b. por intereses durante el nuevo plazo. El primero de tales pagarés venció en septiembre del mismo año y el último debía ser exigible el primero de mayo de 1938. Lugar de estos pagos el domicilio del acreedor, Bruselas, Bélgica.

Aprobado por el Presidente de la República, previo dictamen del Consejo de Ministros, se inició el cumplimiento de dicho acuerdo y cuando ya la Nación había cubierto los seis primeros pagarés por un total de $ 611.972.74, el señor doctor Pedro Sanz Mazuera concertó con el Gobierno Nacional el denuncio de un bien oculto relacionado con este negociado en las circunstancias que oportunamente revisó y aprobó esta corporación.

El contratista hizo su denuncio en tiempo y señaló luégo las acciones pertinentes en su concepto para la efectividad de lo denunciado, mas el Ministerio en Resolución número 116 de 28 de mayo de 1935, negó la calidad de ocultos a tales bienes y esta tesis se reafirmó luégo al fundamentar la Resolución 256 de 7 de noviembre del mismo año que no accedió a reponer la anterior.

Entonces el señor Sanz Mazuera en escrito de 28 de febrero del año próximo pasado, demandó al Consejo la revisión de tales actos ministeriales, su consiguiente nulidad y la declaración expresa de ser ocultos los bienes por él denunciados. También solicitó se le declarase el derecho a la remuneración acordada en el respectivo contrato.

Agotado el trámite de rigor se produjo vista fiscal opuesta a las pretensiones del actor y que éste rebate en posteriores memoriales.

Es función privativa y especial del Consejo calificar en juicio contencioso-administrativo el mérito de las llamadas denuncias de bienes ocultos a la luz de los preceptos fiscales cuando la apreciación del fenómeno hecha por los órganos gubernamentales no cuadra con las aspiraciones del denunciante.

De los hechos sustentatorios de la acusación no afectados en el breve relato anterior se toman los siguientes:

"4º En cumplimiento del mismo, procedí a denunciar al Gobierno Nacional, en memorial fechado el 12 de octubre de 1934 el bien oculto de que se trata, el que hice consistir en que la Nación tiene derecho a que mediante las acciones legales pertinentes se modifique el estado actual de las cosas que acabo de describir y se la exonere de la indebida carga que para ella representa el contrato analizado (el de 12 de julio de 1933), y es en la *revisión,* nulidad, rescisión o resolución de ese contrato, en lo que estriba el bien oculto a cuya denuncia me he obligado.

"5º En memorial posterior indiqué cuáles eran en mi concepto, las acciones legales pertinentes para la defensa de los intereses nacionales violados por ese contrato.

"6º El Ministerio de Hacienda, por Resolución del 28 de mayo de 1935, declaró que el bien oculto denunciado por mi no tenia carácter de tál y ordenó que pasara el contrato celebrado entre el Gobierno y la Société Nationale al Consejo de Estado para que esta entidad decidiera si estaba o nó ajustado a las autorizaciones legales.

"7º El Ministerio de Hacienda encontró que al contrato entre el Gobierno Nacional y la Société Nationale, acabado de citar, le faltaba el requisito de la aprobación del Consejo de Estado por virtud de mi denuncio, en el cual manifesté que tal contrato no había sido sometido a esa necesaria aprobación.

"8º En cumplimiento del contrato de 12 de julio de 1933, entre el Gobierno y la Société Nationale, el primero dio a la segunda 22 pagarés en francos belgas, para redimir la deuda representada en 241 bonos ferroviarios antes memorada. La cuantía y plazo de amortización de cada pagaré están detallados en el mismo contrato.

"9º Hasta cuando di el denuncio del bien oculto, el Gobierno había pagado puntualmente los pagarés vencidos, es decir. dio cumplimiento al contrato; en efecto, canceló seis pagarés, o sea los vencidos hasta el día primero de noviembre de 1934.

"10. Los pagarés que no han sido cubiertos, no han sido declarados nulos y deben estar en poder de la Société Nationale o de las presonas a quien dicha Société los haya endosado.

"11. Entre el Gobierno y la Société Nationale se estableció que inmediatamente que el contrato quedara perfeccionado con todas las formalidades legales, la segunda debía entregar al primero los bonos ferroviarios que tenia en su poder, en cambio de los pagarés por francos belgas. Tal entrega se hizo, en efecto, después de suscrito el contrato, de manera que las dos partes contratantes entendieron que el contrato era perfecto y así lo cumplieron en adelante, hasta cuando yo denuncié las irregularidades de que adolecia. Fue, pues, repito, por obra y virtud de mi denuncio por lo que suspendió el pago y se revisó el contrato por ese honorable Consejo que lo declaró ilegal.

"12. El Ministro de Hacienda declaró, en nota número 4996 del 29 de julio de 1935, dirigida a ese honorable Consejo, que en vista del contrato celebrado por este Ministerio con la Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie el 12 de julio de 1933 el Gobierno ha cubierto los seis primeros pagarés o sea hasta el que tenía vencimiento el primero de noviembre de 1934. Posteriormente no se ha hecho ningún otro pago, *en espera de la resolución de ese Consejo, sobre la legalidad y validez de dicho contrato.*

"13. En el denuncio que formulé, indiqué como una de las causas de nulidad del contrato tántas veces citado, el hecho de que los bonos ferroviarios que por dicho pacto quedaron convertidos en pagarés belgas, no debían ser pagados en oro sino en billetes representativos de esta moneda, o sea en billetes del Banco de la República, y que el Gobierno estaba legalmente autorizado para verificar esa conversión de la deuda.

"14. El Consejo de Estado, en sentencia de 13 de septiembre de 1935, planteó dos cuestiones: Primera: ¿Los bonos debían ser pagados en oro? Esta cuestión la resolvió así: 'En resumen los bonos sobre que versó el contrato, no eran representativos de oro ni pagaderos en oro, sino representativos o pagaderos en moneda legal o corriente, o lo que es lo mismo, en billetes del Banco de la República. Segunda: ¿Estaba el Gobierno legalmente autorizado para verificar la conversión de la deuda sobre la base de que los bonos eran representativos de oro y pagaderos en oro y teniendo en cuenta la paridad intrínseca de la moneda? A esta segunda cuestión contestó el Consejo: 'Es preciso, por tanto, contestar negativamente la segunda cuestión antes planteada.'

"15. El Consejo de Estado, en la sentencia antedicha, declaró: 'Por lo dicho, el Consejo de Estado considera y declara que el contrato celebrado por el señor doctor Esteban Jaramillo, en su carácter de Ministro de Hacienda y Crédito Público, el 12 de júlio de 1933 con la Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie, no se ajusta a las normas legales.' "

Sistematizando la cuestión litigiosa es urgente precisar el objeto de la denuncia al cual se atribuye la calidad de bien oculto, que según se ha dicho el Ministerio persistentemente le niega.

"Para mayor claridad y comprensión me permito exponer algunas consideraciones preliminares," dijo el denunciante, de las que resaltarán con toda nitidez los derechos que a la Nación le asisten en el negocio a que está vinculada esta denuncia, derechos que hasta hoy han permanecido ocultos por las razones de que habla el artículo 28 del Código Fiscal de la Nación.

"A causa del conflicto con el Perú, el Gobierno Nacional dictó el Decreto número 1475 de 11 de septiembre de 1932, 'por el cual se declara turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y del Putumayo.' *(Diario Oficial* número 22084).

"Apoyándose en ese Decreto, el mismo Gobierno expidió el marcado con el número 643 de 28 de marzo de 1933 'sobre servicio de deudas públicas nacionales y reducción de gastos,' el cual a vuelta de considerar que las necesidades de la defensa en ese conflicto hacen imperiosa una severa economía en las reservas metálicas del país y en las erogaciones del Estado, dispuso que el Gobierno quedaba autorizado para lo siguiente: a) Suspender transitoriamente los servicios de las deudas públicas nacionales; b) Para celebrar arreglos con los acreedores de la Nación o sus representantes con el fin de determinar las condiciones presentes o futuras del servicio de tales deudas, pudiendo modificarse las condiciones de plazo, interés, amortización, moneda en que debe hacerse el servicio y demás circunstancias, etc.

"En desarrollo de la política fiscal preconizada por aquel Decreto, que tenía por mira conservar intactas las reservas metálicas para la defensa de la soberanía amenazada, el Gobierno celebró un contrato con la Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie, sociedad anónima domiciliada en Bruselas, sobre conversión de la deuda nacional en favor de dicha sociedad. Ese contrato se suscribió el 12 de julio de 1933, corre publicado en el número 22353 del *Diario Oficial* (3 de agosto de 1933), y en él se estipuló lo siguiente:

"La Nación era deudora de dicha Société Nationale de Chemins de Fer, por el importe de 241 bonos ferroviarios de valor de $ 10.000 cada

uno, que la Société había recibido en pago de las subvenciones decretadas por la construcción de un ferrocarril.

"La deuda en cuestión montaba, por tanto, a la suma de dos millones cuatrocientos diez mil pesos colombianos ($ 2'410.000). Para redimir esa deuda, se convino por el contrato que nos ocupa en convertirla en deuda externa pagadera en francos belgas; y al efecto la Nación suscribió veintidós pagarés a su cargo y a favor de dicha Société por valor de cien millones trescientos setenta y ocho mil trescientos setenta y tres con cincuenta francos belgas (F. B. 100'378.373.50) amortizables en el curso de cinco años.

"Tenemos, pues, que la deuda interna de valor de dos millones cuatrocientos diez mil pesos colombianos ($ 2'410.000) y sus intereses en cinco años al seis por ciento (6%), o sea un total de dos millones novecientos veintinueve mil novecientos pesos colombianos ($ 2'929.900), se convirtió en deuda externa por valor de cien millones trescientos setenta y ocho mil trescientos setenta y tres con cincuenta francos belgas (100'378.373.50 F. B.).

"Antes de pasar adelante, conviene observar que el franco belga es una moneda que desde el 27 de noviembre de 1927 no tiene cotización en nuestros mercados y desde esa fecha está sustituida por la que se denomina solamente *belga*, cuyo valor en sí es equivalente a cinco francos belgas. De modo que al celebrarse la negociación entre el Gobierno y la Société en francos belgas, se adoptó una moneda inexistente y para adquirir la cual es necesario comprar belgas en la relación de cinco a uno, o sea que cinco francos belgas son equivalentes de un belga.

"El tipo de cambio que se adoptó para hacer la conversión de los $ 2'929.900 a los F. B. 100'378.373.50, fue el de $ 0.0291885. Mejor dicho se estimó que en el momento de la operación, cada franco belga valía dos centavos y novecientos diez y ocho milésimos de centavo. Este tipo de cambio se comprueba al multiplicar el total de francos por $ 0.0291885. El resultado de esta multiplicación es la cantidad de $ 2'929.900 a que ascendía la deuda original representada en los 241 bonos ferroviarios con los intereses en cinco años al seis por ciento anual del contrato de que vengo ocupándome.

"Mediante el contrato tántas veces citado, la Nación convirtió sin causa justa la deuda de $ 2'410.000 y sus intereses en otra deuda que hoy vale ocho millones doscientos seis mil novecientos treinta y cinco pesos ochenta y dos centavos ($ 8'206.935.82). Es decir, la Nación adquirió la obligación de pagar la suma de $ 5'277.035.82 que no debía en manera alguna y por la sola razón de haber suscrito ese contrato. Pruebo en seguida la verdad de esa afirmación.

"Vimos que el cambio a que se hizo la conversión de la deuda, fue el de $ 0.0291885 por cada franco belga. Pero sucede que el 12 de julio de 1933, fecha del contrato, el cambio no era el expresado de $ 0.291885, sino el de $ 0.0462, según el certificado de fecha 5 de julio de 1934, expedido por la Superintendencia Bancaria, que acompaño. Advierto que aun cuando en dicho certificado se expresa solamente la cotización de los belgas, esto se debe a la circunstancia que atrás apunté, de que el franco belga no es moneda cotizable en nuestro mercado, pues repito, él equivale a cinco francos belgas; por tanto, siendo la cotización en esa fecha de 0.2313 para el belga, para el franco belga debía ser de $ 0.462.

"Debido al error enunciado, la Nación se obligó a pagar de más la suma de $ 0.0170115 en cada franco belga, o sea en los 100'378.373.50 la suma de $ 1'707.586.69.

"Para que se comprenda más claramente el error en que incurrió y que lesiona tan gravemente los intereses nacionales, me permito hacer la siguiente exposición numérica:

"Valor de 241 bonos ferroviarios de $ 10.000 cada uno que adeudaba la Nación ..... $ 2'410.000
"Valor de intereses que reconoció la Nación 519.900

"Total de la contabilización oficial según la Contraloría General de la República .... $ 2'929.900

"La suma anterior fue dividida en 22 pagarés representativos de francos belgas, líquidados en la siguiente forma:
"Para pagar el capital de $ 2'410.000, al tipo de cambio de $ 0.0291885 ....F. B. 82'566.600.00
"Para pagar los intereses de prórroga al mismo tipo de cambio ($ 529.900) .... 17'181.773.50

"Monto del contrato en francos belgas ... ... 100'378.373.50

"Veamos cómo resulta la liquidación tomando el cambio que regía el 12 de julio de 1933, o sea el de $ 0.0462 por cada franco belga:
"Por capital—conversión de $ 2'410.000 a francos belgas al tipo indicado (0.0462) .... F. B. 52'164.502.16
"Por intereses—conversión de $ 529.900 a francos belgas al tipo indicado (0.0462) .... 11'253.246.75

"Suma por que ha debido obligarse la Nación ... ... 63'417.748.91

"En resumen:
"Se obligó la Nación a pagar francos belgas en los referidos pagarés, por .... 100'378.373.50
"Ha debido obligarse solamente por . ... F. B. 63'417.748.91

"Diferencia en contra de la Nación ... ... F. B. 36'960.624.59

"Diferencia en contra de la Nación en moneda colombiana .... $ 1'707.648.08

"Dijimos que la Nación se había obligado de más por $ 1'707.586.69 y acabamos de ver que esa diferencia es de $ 1'707.648.08, mayor en $ 61.39 a la suma primeramente dicha; esta desigualdad se debe a que en el gran volumen de francos una aproximación en el cambio, por pequeña que sea, hace subir o bajar la cifra total, según el caso. El denuncio del bien oculto no lo limito al error numérico cometido, es decir a la diferencia producida en contra de la Nación en la suma de $ 1'707.648.08, porque también extiendo dicho denuncio a la totalidad del contrato celebrado con la Société Générale, contrato que carece de causas y objetos lícitos como oportunamente lo demostraré ante la autoridad judicial competente; y porque además, el Poder Ejecutivo no tenía ni tiene autorización constitucional ni legal para disponer de los dineros del Tesoro Público en la forma en que lo hizo, que reviste todos los caracteres de una donación gratuita.

"La deuda de la Nación a la compañía, ascendía a la suma de $ 2'410.000 *en moneda colombiana* y sus intereses aún no devengados; y por obra de leonino contrato celebrado, se ha convertido en $ 8'206.935.82, guarismos que dan una pérdida total para el Tesoro Nacional, y una ganancia ilícita para la Société Générale de $ 5'796.935.82.

"Esta cantidad de $ 5'796.935.82 es la verdadera cuantía del bien oculto que denuncio. Pero debe entenderse que, en subisidio, denuncio la cuantía del error numérico o sea la cantidad de $ 1'707.648.08, atrás citada.

"La Nación tiene derecho a que mediante las acciones legales perti-

nentes se modifique el estado actual de cosas que acabo de describir y se la exonere de la indebida carga que para ella representa el contrato analizado, y es en la revisión, nulidad, rescisión o resolución de ese contrato en lo que estriba el bien oculto a cuya denuncia me he obligado.

"Por el momento no formulo detenidamente la exposición jurídica que contemple las acciones conducentes a obtener el restablecimiento del equilibrio jurídico roto con ese pacto. Dentro del término que el contrato me concede, haré tal exposición. Me limito, por tanto, en este escrito, a denunciar los hechos constitutivos del bien oculto que en forma de derechos guarda para la Nación el contrato con la Société Générale, a la cual se le han pagado los pagarés hasta hoy vencidos, el reintegro de cuyas sumas de dinero solicitaré en el juicio respectivo.

"Como el contrato celebrado por el Gobierno Nacional con la Régie Générale des Chemins de Fer et Travaux Publics, publicado en el *Diario Oficial* número 22197 de 26 de..... 1933, contrato que lleva fecha 12 de enero de 1933, se encuentra en las mismas circunstancias del celebrado con la Société Générale des Chemins de Fer en Colombie, denuncio también como bien oculto la diferencia que resulta entre la suma anteriormente adeudada por la Nación y la cantidad de dinero en que se convirtió esa deuda por efectos del contrato. Sobre este particular haré una exposición detallada dentro del término correspondiente."

Forma parte integrante de esta denuncia el pliego adicional que determina las acciones legales pertinentes, de donde se extracta:

"En cuanto al modo de hacer efectivo el derecho que he denunciado como un bien oculto, presento a usted los siguientes puntos de vista:

"a) Desde luégo, declarado bien oculto el derecho denunciado, debe hacérsele saber a la Société Nationale des Chemins de Fer requiriéndola a la vez para que se allane a que se restituyan las cosas al estado que tenian antes de la celebración del contrato del 12 de julio de 1933.

"b) Conocida la renuencia de la compañía mencionada la Nación instauraria ante la Sala Civil de la única instancia de la Corte Suprema de Justicia la acción encaminada a obtener la declaración de nulidad del contrato mencionado y la orden de que, como consecuencia de la nulidad, las partes sean restituidas al estado que tenian antes de la celebración del contrato acusado, debiendo restituir el Gobierno a la compañía los bonos ferroviarios mencionados en el contrato de cuya nulidad se trata, y la compañía al Gobierno los francos que ha recibido, en el lugar donde los ha recibido o sea en el domicilio de la Société Nationale de Crédit a l'Industrie, Boulevar de Waterloo, Bruselas, Bélgica.

"La causa razón de esa demanda será en esencia, la siguiente: el Gobierno obró en ese contrato diciéndose autorizado especialmente por el aparte b) del artículo 1º del Decreto 643 del 28 de marzo de 1933. Las autorizaciones concedidas al Gobierno en el mencionado Decreto se le dieron 'en consideración a las necesidades de la defensa en el conflicto con el Perú hacen imperiosa una severa economía en las reservas metálicas del país y en las erogaciones del Estado.' Fijado así el motivo de las autorizaciones y teniendo en cuenta que la causa de ella fija su alcance, en cuanto a la forma externa del mandato, no induzca a otra conclusión, los contratos celebrados por el mandatario fuera del mandato y a pretexto de su ejercicio son contratos a que falta en absoluto el consentimiento del mandante y contratos que adolecen, en consecuencia, de nulidad absoluta al tenor de lo prescrito en el artículo 1741 del Código Civil.

El contrato con la compañía mencionada no tiene por objeto hacer severas economías en las reservas metálicas del país ni en las erogaciones del Estado, sino todo lo contrario: crear un sistema que mermara aquellas reservas y aumentara las erogaciones del Fisco, puesto que si no se hubieran convertido los bonos ferroviarios en pagarés cuyo ob-

jeto fueron francos belgas pagaderos en el Exterior, el Gobierno había podido solucionar la deuda correspondiente a tales bonos en moneda colombiana, sin afectar en forma alguna las reservas metálicas, dada la inconvertibilidad del billete nacional y del Banco de la República, y si no se hubiera hecho tal conversión la deuda nacional expresada en los bonos se habría pagado con moneda de papel a la par con el oro físico. La conversión obligó al Estado a una exportación de oro, que era precisamente lo que quería evitar el Decreto que dio las autorizaciones que se invocaron indebidamente por el Gobierno para celebrar el contrato, y además de tal exportación, onerosa en demasía para el Fisco, se impuso la Nación una deuda superior a la primitiva puesto que para comprar los francos belgas a que se obligó a pagar tenía que someterse a la cotización de esa moneda, causando así al Erario un perjuicio de proporciones casi incalculables.

"Demostrada la extralimitación del mandato la conclusión será la declaración de nulidad absoluta del contrato, ya que, como demostraráse a su hora, las nulidades absolutas de contratos abusivos pueden ser alegadas por el mandante, sin que se le pueda objetar que tal clase de nulidades no pueden ser alegadas por los que han intervenido en el acto o contrato, ya que, precisamente por tratarse de un contrato en que se han extralimitado las autorizaciones recibidas, es evidente que no se trata de un negocio en que haya intervenido el que alega la nulidad.

"Se dirá también que es causal de la nulidad invocada en el juicio la carencia de causa del contrato porque es evidente que al cambiar la obligación a cargo de la Nación, expresada en los bonos, por la que rezan los pagarés, o sea al hacer más onerosa para la Nación la obligación de los bonos, puesto que le implicaba el nuevo contrato el menoscabo de sus reservas metálicas y erogaciones de tesorería superiores a las impuestas por los bonos, nada recibió el Gobierno en compensación de la compañía con quien contrataba. De modo que, aunque es verdad que en los contratos no es indispensable expresar la causa, si de éstos aparece o luégo se demuestra que una de las prestaciones a que obliga el contrato no está correspondida por prestación alguna de otro contratante, o en otros términos si se prueba que la obligación de uno de los contratantes en un contrato aparentemente bilateral no está correspondida por obligación alguna del otro contratante, se habrá demostrado que al contrato le falta causa, o que a la obligación de uno de los contratantes le falta tal elemento, por lo cual se ha originado la nulidad absoluta, ya que esa y no otra es la nulidad que afecta los contratos carentes de causa al tenor del artículo ya citado del Código Civil.

"Se expondrá también como causal de nulidad el objeto ilícito del contrato, porque tal es la figura jurídica que se contempla en los actos y contratos que violan el Derecho Público de la Nación, según lo establecido en el artículo 1519 del mencionado Código, y violación del Derecho Fiscal y del canon constitucional que reserva al Congreso el régimen de la deuda nacional es lo que entraña el contrato a que me refiero, desde luégo que, contrariando lo ya establecido acerca del servicio de los bonos ferroviarios, se cambió el sistema sin apoyo en la ley y desconociendo, por el contrario, las leyes relacionadas con el servicio de la deuda pública y muy especialmente con la que consta en los bonos ferroviarios.

"No se opondrá a esta conclusión el considerar que dentro del estado de sitio le era lícito al Gobierno obrar al tenor del contrato de que se trata, porque el estado de sitio no era incompatible con las relaciones existentes entre la Nación y los tenedores de bonos ferroviarios: lo que resultaba inexplicable y contrario a la situación que confrontaba la Nación era cambiar una obligación por otra tan extraordinariamente gravosa.

"Se hará ver cómo a la Société Nationale des Chemins de Fer se le hizo una donación por parte del Gobierno puesto que pudiendo éste solucionar la deuda correspondiente a los bonos ferroviarios con una cantidad de moneda corriente equivalente a la expresada en ellos, con la cual no hubiera podido dicha sociedad comprar en el Exterior la cantidad de francos belgas a cuya entrega se obligó el Gobierno, resulta transferido a título gratuito a dicha sociedad el exceso de moneda corriente colombiana que ha tenido que invertir la Nación para adquirir en el exterior los francos belgas, que de modo inmotivado, injusto, ilegal e inconstitucional se comprometió a pagar en Bélgica.

"Se propondrá como acción subsidiaria de la nulidad absoluta la de nulidad relativa por error en el consentimiento de la Nación apoyándose en que si el Gobierno creyó que la deuda de los bonos ferroviarios equivalia a los francos belgas que se obligó a pagar incurrió en grave error, porque para adquirir con la moneda que debía a la compañía belga, por razón de los bonos ferroviarios, los francos que se obligó a pagar, necesitaba una erogación que doblaba la cantidad de aquella moneda aproximadamente, como lo demuestra la exposición numérica que ya presenté ante el Ministerio. Se expondrá también por el Gobierno para sostener la nulidad, que de conformidad con el artículo 31 del Código Fiscal 'todos los contratos celebrados en nombre del Estado requieren la aprobación del Presidente de la República con la firma del Ministro respectivo'. Cuando el valor del contrato exceda de dos mil pesos tal aprobación no se puede impartir sin dictamen favorable con Consejo de Ministros, y el 37 del mismo Código dice: 'Los contratos que el Gobierno celebre en virtud de autorizaciones legales y cuyo valor exceda de dos mil pesos deben remitirse, una vez obtenida la correspondiente aprobación ejecutiva, al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo para que éste decida si están o nó ajustados a tales autorizaciones.' Puestas de presente estas disposiciones se hará notar cómo al contrato con la compañía mencionada le falta dicha autorización del Consejo de Estado."

Para demostrar la verdad de sus afirmaciones produjo el actor varios documentos a saber: certificado de la Superintendencia Bancaria visible al folio 10 vuelto y 11 del cuaderno de pruebas del actor:

"Certifico: 1º Que según datos remitidos a este Despacho por The Anglo South American Bank Ltd. de esta ciudad, el franco belga no se cotiza en nuestro mercado desde el día 23 de abril de 1930; 2º Que según datos remitidos a este Despacho por el citado Banco Anglo, de esta ciudad, la cotización del belga el día 12 de julio de 1933 fue de $ 0.2320. 3º (Al punto sexto del memorial anterior). Que la paridad intrínseca del *belga,* con el peso colombiano el día 12 de julio de 1933, era de $ 0.14286, y 4º Que los puntos 3º, 4º, 5º y 7º del anterior memorial quedan sin respuesta por razón de que el franco belga no se cotiza en nuestro mercado desde el día 23 de abril de 1930, como se manifiesta en el punto 1º Bogotá, 20 de octubre de 1934. (Firmado), *Eduardo Vallejo*....."

"El suscrito Gerente del Banco de la República, contestando la solicitud que precede, certifica sobre los puntos que a ella se refiere en la siguiente forma: 1º Bélgica adoptó el 25 de octubre de 1926 una nueva unidad monetaria, el belga, conteniendo de 0.209211 gramos de oro puro, equivalente a cinco francos belgas, que era la unidad monetaria que regía hasta entonces. En los mercados internacionales se cotiza el belga, pero el franco belga se usa todavía en la circulación interna de aquel país; 2º El Banco de la República cotizaba el 12 de julio de 1933 el belga a $ 0.2095 moneda colombiana, para las ventas al Gobierno; a $ 0.2310 para las ventas al público; 3º Por consiguiente, las cotizaciones del franco belga, el mismo día, en moneda colombiana, eran de $ 0.04919 y $ 0.0462, respectivamente; 4º La equivalencia del franco belga con el belga, es, como se dijo en el punto 1º, de 5 francos belgas por cada

belga; 5º La paridad intrínseca del franco belga con la moneda colombiana es de treinta y cinco francos por cada peso; 7º La cotización del belga, en el mercado de New York, es hoy a $ 0.2350, en moneda americana, lo que equivale a $ 0.047 en la misma moneda, para el franco belga. Para obtener la cotización en moneda colombiana debe reducirse de acuerdo con el cambio del dólar, según se trate de ventas al Gobierno o al público. Bogotá, octubre 19 de 1934. (Firmado), *Julio Caro,* Gerente del Banco de la República."

La ejecución del contrato antes de producirse la revisión por el Consejo de Estado se halla también acreditada con varios documentos de origen oficial entre los cuales se citan:

La relación detallada del Ministro de Hacienda y Crédito Público de 19 de octubre de 1935 y que comprende los pagos hechos a la Société con motivo de los pagarés, que alcanzan a la suma de $ 611.972.77.

El informe rendido por el señor Ministro de Obras Públicas al Consejo de Ministros el 29 de julio de 1933 que transcribe un oficio del doctor Esteban Jaramillo, Ministro de Hacienda en ese entonces sobre las razones de conveniencia que justificaron la negociación.

Diversas notas cruzadas entre el Ministro y el Gerente de la compañía sobre la forma como deben hacerse las remesas de dinero al banco de Bruselas designado por los acreedores y las resoluciones que al respecto dictó el Gobierno.

Diversos oficios de la Contraloría General de la República sobre reserva de fondos para atender al pago puntual de los pagarés vencidos y sobre la forma y texto de los bonos ferroviarios.

De todo lo cual se concluye que el denunciado bien oculto se hizo consistir en el derecho que la Nación tiene a que se le exonere de la carga indebida que para ella comporta el tántas veces nombrado pacto de conversión, carga que se refleja en compromisos adquiridos de una parte y en pagos puntualmente hechos de otra; y que dicho bien oculto se particulariza por la cantidad o cantidades de dinero que surgen de la diferencia de valor en las cotizaciones de la moneda extranjera que sirvió de base a la operación, puesta de presente esta diferencia por elementos de prueba que adelante se examinarán.

Tales bienes ocultos acreditaron su existencia real e hicieron presencia en este conflicto de intereses con el pago que la Nación hizo a la sociedad de cuotas de intereses y de capital que no se debían en su integridad ni estaba legalmente obligada a cubrir.

De un lado abarca la denuncia, el derecho a detener en sus perjudiciales efectos un contrato que se está cumpliendo como bueno, derechos que el actor cuantifica por el error total que producen las denunciadas operaciones de cambio y de conversión y el monto efectivo de la deuda contraida, con cuya enmienda el Estado queda libre de pagar hasta la suma de $ 5'796.935.50.

De otro lado comprende el reembolso de cuotas —bienes— que ya salieron de patrimonio nacional y sobre los cuales se ha cumplido apropiación extraña en mengua de su legítimo dueño.

Para el Ministerio esa relación detallada de operaciones de cambio y de conversión y esa cifra que representan el exceso comprometido a pagar por el Gobierno no pueden crear la relación jurídica del bien oculto porque tienen asidero en un convenio que al sufrir el último de los trámites legales, en la etapa de su ejecución, fue declarado ilegal por el Consejo de Estado, lo cual produce su nulidad o declara su inexistencia, que en todo caso lo dejan incapaz de crear relaciones de derecho o situaciones aptas a producir las prestaciones de que emanan o pretenden hacerse derivar los llamados bienes ocultos.

En síntesis, el argumento fuerte de la exposición ministerial es el de que no habiéndose perfeccionado legalmente el contrato, no habiendo alcanzado firmeza al través de la revisión por el Consejo, no dio na-

cimiento a derechos entre las partes, no creó situaciones concretas, luego de él no pueden extraerse objetos, cosas o derechos que afecten la característica de ocultos en el sentido restringido que consagra la legislación fiscal.

Tan singular dialéctica permite observar desde ahora que el contrato una vez aprobado por el Gobierno Ejecutivo, fue aceptado como perfecto por las partes contratantes; que el Estado deudor y la compañía acreedora de consuno le dieron esa importancia y ese asentimiento de cosa acabada de perfeccionar y así se le puso en ejecución formal caracterizada de una parte, por la entrega al Gobierno de los 241 bonos ferroviarios cancelados y de otra, por la de 22 pagarés y el primer pago de intereses y más tarde por la solución puntual de seis de estos documentos. La ejecución de este pacto produjo situaciones concretas derivadas de esas prestaciones, relaciones de hecho capaces de generar derechos como el de la repetición de lo indebidamente pagado, el de resistir a un pago futuro o el ejercicio de la acción *in rem verso* de que adelante se tratará; en una palabra, se estaba cumpliendo un acuerdo de voluntades inequitativo por su contenido e imperfecto en su forma.

A tiempo en que el Ministerio argumentaba de aquel modo, el Consejo de Estado, entidad a la cual se remitió el negocio de conversión con fecha 28 de mayo de 1935, decidia de su suerte en sentencia de septiembre del mismo año en estos términos:

Que tal convención cae bajo su competencia y que se procedió irregularmente a ejecutarla sin este previo y esencial requisito legal; que los bonos ferroviarios objeto directo de la conversión no son representativos de oro sino de moneda nacional, vale decir billetes del Banco de la República; que se hizo mal al tomar la paridad intrinseca de las dos monedas, el peso colombiano y el franco belga para la conversión; que el auxilio de diez mil pesos en oro o el correspondiente en moneda colombiana de que habla la Ley 61 de 1896 fue elevado al duplo en leyes posteriores, pagadero en dinero y nó en especie. Finalmente que el Gobierno carece de autorizaciones para celebrar dicho acuerdo.

El denuncio de ciertos efectos como bienes ocultos afecta situaciones preexistentes a su elaboración; las características del fenómeno y sus elementos constitutivos no pueden estimarse a través de situaciones posteriores; para su análisis debe hacerse abstracción de los movimientos que a partir de la denuncia se han impreso al negocio y que pueden alejarlo del plano real donde actuaba o la época en que fue apreciado por el denunciante. En otros términos, el bien es oculto o nó según sean los elementos que lo forman y determinan a la época del denuncio, sobre los cuales no pueden ejercer influencia directa circunstancias o elementos sobrevivientes que sin duda le harán variar de fisonomía. Hoy, por ejemplo, a través del fallo del Consejo sobre el contrato, es apenas trivial afirmar que no puede haber bienes ocultos. La sola divulgación del denuncio destruye esa calidad.

¿Existía en septiembre de 1934 y en octubre del mismo año anómala situación de compromisos adquiridos y de pagos indebidamente hechos aceptada como buena por el Gobierno y por el acreedor?

Los elementos que entonces presentaba el objeto de ese litigio eran: el contrato de conversión de una deuda interna por una externa; de bonos ferroviarios de cuantía determinada pagaderos en moneda nacional, convertidos a francos belgas oro con una cotización inferior a la corriente en el mercado y que produjo un compromiso de pagar mayor cantidad de la moneda extranjera. Es patente en las pruebas transcritas que el franco belga se tomó para la operación al precio de $ 0.02918 y que la cotización real era de $ 0.0462, o sea de $ 0.0174 de diferencia en contra de la Nación por cada franco belga. Luego la suma total del crédito exigible en la época de la convención traducida normalmente a

francos belgas no alcanzaba a los 100'378.373.50 de que habla el contrato sino a la de F. B. 63'417.748.91.

Preséntase inobjetable la diferencia en contra de la Nación por la suma de F. B. 36'960.624.59 que ésta se obligó a pagar de más y que convertida a la moneda nacional produce una obligación de pagar $ 1'707.648.08 indebidamente.

Todo esto aceptado como bueno por la Nación deudora y el acreedor extranjero; todos estos errores desconocidos, ignorados, oscuros, con oscuridad cada vez más creciente y que amenazaba extinguir los medios del recobro a medida que se avanzaba en la ejecución del pacto gravoso.

Tal el bien oculto: cosa corporal, perceptible, traducible a dinero, a riqueza y que se concreta en bienes que calladamente salían del patrimonio de la Nación a enriquecer indebidamente un patrimonio extraño.

El error de la teoría ministerial procede de afirmar que solamente de un contrato perfecto pueden nacer situaciones concretas que produzcan un enriquecimiento indebido; esas relaciones pueden tener origen, como efectivamente lo tienen, en la ejecución anticipada de compromisos jurídicamente inexistentes; de otro modo esa inexistencia o la nulidad que hubiere de producirse tendrían circunscritos sus efectos al futuro y los hechos cumplidos quedarían convalidados aún a pesar de los derechos de las partes. Llegaríase por este medio a sostener que los pagarés cancelados por una de las partes y la entrega de los bonos por la otra no dan ocasión a repetir lo pagado ni a indemnización de perjuicios y aunque el acreedor carece de la acción de recobro de sus primitivos bonos.

Sin penetrar en el recinto vedado de las intenciones, los hechos cumplidos a raíz del denuncio y aun las propias declaraciones del señor Ministro de Hacienda en la primera de las resoluciones demandadas están demostrando que el motivo principal determinante en el Gobierno de la remisión del contrato al Consejo para su estudio, si no el único, fue la tacha que a él se hizo en el denuncio y en la parte final del escrito que concreta las acciones. Dijo, en efecto, el señor Ministro:

"Oído el concepto del Procurador General de la Nación y como el Ministerio al estudiar el negocio observara que en la publicación del contrato de 12 de julio de 1933, hecha en el *Diario Oficial* 22353 de 3 de agosto del año citado, no aparece que éste se haya remitido al Consejo de Estado en cumplimiento de lo que ordena el artículo 37 del Código Fiscal, el suscrito obrando de acuerdo con el señor Presidente de la República y de conformidad con el artículo 4º de la Ley 63 de 1923, solicitó del Consejo de Ministros un dictamen sobre si el contrato en referencia está sujeto a la formalidad del artículo 37 del Código Fiscal.

El Consejo de Ministros aprobó en la sesión del 17 de mayo último la siguiente proposición: 'Enviese el contrato al Consejo de Estado para que éste decida si está o nó ajustado a la ley.'

"El Ministerio..... conceptúa que debe procederse de acuerdo con él porque a su juicio el contrato de 12 de julio de 1933 es de aquellos a que se refiere el artículo 37 del Código Fiscal."

Fue, pues, "al estudiar el negocio," a través del denuncio y de toda la labor de Sanz Mazuera, como el Gobierno advirtió la falta de tan esencial requisito; el impulso de la actuación oficial posterior lo dio, pues, el denunciante.

Verdad que el Gobierno no estaba en estas circunstancias cohibido para adoptar aquella medida y que adoptada no podía retroceder; pero si la tomó por considerarla eficaz, con este pretexto, ni menos ayudado por las resultas del fallo del Consejo, podía desconocer los derechos creados tanto para sí como para el denunciante en el contrato Sanz Mazuera-Jaramillo.

Lo evidente es que hubo pagos y enriquecimiento indebidos y que la cuantía de éste constituye un bien de propiedad nacional sobre el cual

adquirió derechos el contratista que lo denunció. La preexistencia de éstos, se repite, no libra al Gobierno del acatamiento al artículo 37 tántas veces invocado; y tomada esta determinación como medio para tonificar el ambiente jurídico circunstante y adoptada por el Consejo la decisión sobre ilegalidad del contrato, por efecto de estos dos movimientos continuos, desapareció la necesidad de acudir a las acciones judiciales indicadas por el denunciante, pues las consecuencias del fallo desvinculan al Gobierno de aquellas estipulaciones.

La denuncia, pues, tiene la plenitud de su eficacia en relación con los hechos ya cumplidos y determinantes del bien oculto y es errónea la teoría del Ministerio que intenta desconocer esa calidad a la sombra de una omisión precisamente advertida por el denunciante y que afecta el ropaje jurídico de la convención.

Todas aquellas conclusiones parten del supuesto de que el contrato no pasó de ser un simple papel escrito sin las consecuencias materiales que surgieron desde el comienzo de su ejecución y que como ya se ha visto generaron diversas situaciones concretas cuya liquidación queda en primer término a voluntad de las partes y en defecto de ésta, a cargo del órgano competente.

La irregularidad de que adolece un contrato que se pone en ejecución sin el previo acatamiento a alguna o algunas de las prescripciones fiscales produce no solamente su inexistencia sino que acarrea la nulidad radical del acto; Gaston Jeze sustenta en estos términos los principios aplicables:

"Ciertas irregularidades llevan consigo la *inexistencia* del acto jurídico, inexistencia que no necesita ser declarada por el Juez ni por ninguna autoridad pública. El acto no surtirá *ninguno de los efectos jurídicos* perseguidos por su actor. Todo interesado podrá invocar esta inexistencia por todos *los medios* —acciones o excepciones— y en todas las *épocas*. La irregularidad *no podrá ser jamás convalidada de ninguna manera*. Si el actor del acto es un funcionario público y pretende llevarlo a la ejecución, comete necesariamente un acto de fuerza con todas las consecuencias que él origina; frente a dicho acto la resistencia pasiva es lícita; en cuanto al agente que lo ejecuta incurre en responsabilidad personal-penal o meramente civil.

"Existen irregularidades que producen consecuencias menos graves, arrastran la *nulidad radical* del acto, o, en otros términos el acto no es inexistente, pero queda muy seriamente viciado; produce efectos jurídicos pero con una eficacia muy precaria. Todos pueden invocar esa nulidad y pueden hacerlo en *todo tiempo y por todos los medios posibles* —acción y excepción—, sin que pueda ser convalidado el acto por vía de prescripción ni de ratificación. El Juez, ante quien se pide la nulidad, carece en absoluto de todo poder discrecional de apreciación. Sin embargo, el acto existe *en tanto que no lo anule la autoridad competente*. Esta la diferencia capital que los separa del acto inexistente. Y el solo hecho de que el acto exista mientras no se declare nulo podrá producir la irregularidad de un nuevo acto jurídico que se realice en sustitución del acto irregular.

"Finalmente, la ejecución por un agente público de un acto tachado de irregular, producto de nulidad radical, no constituye necesariamente un acto de fuerza, ni determina necesariamente la responsabilidad personal de su acto ni de los agentes que procedieron a su cumplimiento."

El señor Vélez en su estudio sobre el derecho civil colombiano define así el acto inexistente: "El acto es inexistente cuando en su parte interna o externa le falta de manifiesto elementos esenciales para que tenga vida legal. Por ejemplo una escritura otorgada ante un Prefecto. El acto válido tiene existencia perfecta; el rescindible existencia imperfecta; el nulo apariencia de existencia; el inexistente ni apariencia siquiera."

Y continúa el doctor Vélez razonando así:

"Y todo esto demuestra que el acto o contrato absolutamente nulo, no tiene existencia legal, salvo quizás el caso excepcional de la regla 3ª del artículo 1527 que da el carácter de obligación natural a *'las que proceden de actos a que faltan las solemnidades para que produzcan efectos civiles,'* porque aunque dicha obligación no confiere derecho para exigir su cumplimiento, sí autoriza para retener lo que se ha pagado en razón de ella, lo que es un efecto civil, contrario a la no existencia del acto, y esto, porque no hay efecto sin causa, y hay error en aplicar a nuestra legislación, en esta materia, las ficciones de la romana."

Más adelante el señor Vélez refutando la doctrina del expositor chileno señor Fabres sobre que no es necesaria la declaración judicial para que las partes queden libres de una obligación nula, distingue los casos en que la obligación ha sido o nó ejecutada, para concluir que sólo en este caso último se requiere la declaración de nulidad.

Lo cierto es que inexistente o nulo, el contrato ya ejecutado exigía la intervención de un órgano competente que decidiera de su legalidad; y que por sí sola la decisión del Consejo no produce el reintegro de las sumas pagadas ni la devolución de los bonos y pagarés objeto del contrato.

El señor Fiscal corrobora sin quererlo la tesis de los expositores citados en el siguiente paso de su alegato: "Que no existiendo de parte del Estado la obligación de pagar, éste pagó; y que no teniendo la compañía el derecho de recibir, ésta recibió. Por tanto existe la acción judicial para demandar por el pago de lo no debido."

Convencido el Consejo de que la ejecución del contrato creó ambiente para incorporar indebidamente en un patrimonio extraño ciertos bienes del Estado deudor, procede establecer si a la época del denuncio, en el momento de ser presentados como ocultos al Gobierno, no como surgen ahora evidentes y notorios, tuvieron y conservan por consiguiente los constitutivos y calidades de ocultos.

Al fenómeno le son aplicables principios del Código Fiscal anteriores a la Ley 27 de 1935. Por consiguiente y partiendo de la base de que esas cantidades que se estipularon pagar y las que se pagaron de más por razón del error en la cotización de la moneda y en la liquidación de las deudas, constituyen bienes materiales traducibles a dinero efectivo, cantidades pagadas por el Estado y recibidas por la sociedad acreedora; y aceptado también el hecho físico del consentimiento expreso de los órganos de la Nación de entregar dichas cantidades como de pertenencia del acreedor, forzoso es concluír que su carácter primitivo de propiedad nacional no sólo se tornó oscuro, sino que expresamente fue desconocido por los contratantes no por maliciosa usurpación sino a causa de los errores apuntados, que patentizan cierta especie de incuria en los funcionarios contratantes, tanto más notoria después de publicada la negociación en el *Diario Oficial.*

Siendo esto así, es inobjetable el hecho de que el actor sacó de la oscuridad, descubrió y puso en conocimiento de la Nación una riqueza ignorada y aun evitó que apreciables cantidades de su Tesoro se destinasen periódicamente a cancelar deudas ilegalmente contraídas.

Sin este denuncio, la situación habría continuado anormal, el pacto habría culminado en su plena ejecución, los bienes de que tan irregularmente se estaba disponiendo, se habrían hecho cada vez más oscuros y difíciles de recuperar.

Quedan establecidos claramente los elementos del fenómeno que bajo el artículo 28 del Código Fiscal constituye un bien oculto. Objeto capaz de incorporarse a determinado patrimonio, que incorporado, hace oscuro su carácter primitivo o vulnera su anterior relación con el sujeto legítimo del dominio, por incuria de los órganos capaces de comprome-

terlo y por causa del error en las operaciones de conversión que el Consejo de Estado invalidó.

Los hechos cumplidos a través de este negocio limitan la influencia actual del denuncio de bienes ocultos a los pagos que la Nación hizo bajo el régimen irregular de la convención írrita.

Por lo tanto la declaratoria de ocultos solamente afectará a lo que tenga relación con esos pagos, vale decir con los dineros que han salido del patrimonio del Estado y que éste debe recuperar.

En contra de las pretensiones del actor arguye el señor Fiscal que aquél se manifestó inconforme con el envío del contrato al Consejo de Estado pues temía fundadamente que por este medio se descartasen las acciones judiciales propicias al reintegro de dichos bienes. Empero nótese que los pasajes transcritos en la Resolución ministerial número 256, pertenecen a un memorial que sustenta la reposición de anterior providencia del Ministro, pero que aceptan como hecho cumplido el envío de tal contrato al Consejo.

De otro lado hay un error evidente, por él confesado, en cuanto duda de la competencia del Consejo, pero respetable dentro de su construcción ideológica, pues para él no hay sólo una inexistencia jurídica sino una nulidad radical. La revisión por el Consejo no es acción; el Gobierno no podía darle poder para solicitarla; pero que alegada ante la Corte como omitida, produciría sus efectos inmediatos.

Por el artículo 30 del Código Fiscal ordinal a) debe el Ministro, hecho el denuncio y practicadas las pruebas, declarar oculto el bien o negarle esta calidad y luégo declarar también si las acciones determinadas son o nó procedentes.

Dos movimientos sucesivos, pero separados en el campo jurídico; de modo que el bien oculto puede y debe existir *per se*, y las acciones indicadas pueden ser o nó materia de análisis separado.

Tal acontece en el presente caso: las resoluciones ministeriales sólo cumplen la primera etapa de esta labor y a ello queda limitada la revisión por el Consejo.

Nada puede resolver el Consejo, finalmente, sobre la última de las peticiones de la demanda porque el derecho a la remuneración acordada es consecuencia de la viabilidad del bien oculto y de su reincorporación al patrimonio nacional por cualesquiera de los medios conducentes.

Por lo demás es evidente que el contratista que ha cumplido sus obligaciones tiene los derechos correlativos.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, oída la opinión 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 números 116 de 28 de mayo y 256 de 7 de noviembre de 1935, dictadas por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y que han sido materia de este litigio.

2º Son bienes ocultos de la Nación los que como tales denunció el doctor Pedro Sanz Mazuera ante el citado Ministro de Hacienda y Crédito Público en memoriales de 2 y 31 de octubre de 1934, en cumplimiento del contrato sobre la materia celebrado el 25 de julio del mismo año, bienes consistentes en las sumas o valores que el Gobierno de la República se obligó a pagar y efectivamente pagó de más a la Société Nationale des Chemins de Fer en Colombie mediante el contrato de 12 de julio de 1933 que tántas veces se ha citado.

No hay lugar a hacer las otras declaraciones pedidas en la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Salvando voto, *Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
RAMON MIRANDA

Desaparecido de la escena jurídica el pacto de fecha 12 de julio de 1933, desapareció igualmente la base, el fundamento y la razón misma de ser del bien oculto declarado en la sentencia, ya que éste lo hizo consistir el interesado en la serie de acciones dichas, todas las cuales suponen y afirman la existencia de la convención.

Recojo aquí en forma breve las razones expuestas en la Sala para sustentar mi disentimiento con el proyecto de fallo aprobado por la mayoría del Consejo.

Me atrevo a pensar —contrariamente a lo resuelto por mis ilustrados colegas y con el mayor respeto por sus autorizadas opiniones— que no tienen el carácter de bienes ocultos los denunciados por el doctor Pedro Sanz Mazuera y sobre los cuales versó el contrato ajustado entre éste y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 25 de julio de 1934; y que, por tanto, son válidas las Resoluciones números 256 y 116 de 1935, proferidas por el mismo Despacho de Hacienda, por medio de las cuales se negó la calidad de ocultos a dichos bienes.

De la exposición presentada por el interesado y de las diversas piezas que obran en el expediente, aparece que en desarrollo del contrato de 12 de julio de 1933, acordado entre el Gobierno Nacional y la entidad denominada "Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie," el Estado se obligó a pagar a esta compañía una suma de dinero superior a la realmente debida.

Dijo así el interesado en la exposición ante el Ministerio de Hacienda, en cumplimiento del artículo 30 del Código Fiscal:

"La deuda de la Nación a la compañía asciende a la suma de $ 2.410.000 en moneda colombiana y sus intereses no devengados; y por obra del leonino contrato celebrado se ha convertido en $ 8.206.935.82, guarismos que dan una pérdida total para el Tesoro Nacional y una ganancia ilícita para la Société Générale de $ 5.796.935.82.

"Esta cantidad de $ 5.796.935.82 es la verdadera cuantía del bien oculto que denuncio. Pero debe entenderse que en subsidio, denuncio la cuantía del error numérico, o sea la cantidad de $ 1.707.648.08, atrás citada.

"La Nación tiene derecho a que mediante las acciones legales pertinentes se modifique el estado de cosas que acabo de describir y se la exonere de la indebida carga que para ella representa el contrato analizado, y es en la revisión, nulidad, rescisión o resolución de ese contrato en lo que estriba el bien oculto a cuya denuncia me he obligado."

La sentencia acepta que el bien oculto de que se trata se hizo consistir: 1º En el derecho que el Estado tiene a no pagar en la forma acordada en el pacto de 12 de julio; y 2º En el reembolso de las cantidades cubiertas de más hasta ahora, por la cancelación de seis (6) de los 21 pagarés entregados por el Gobierno a la compañía, a cambio de los 241 bonos

ferroviarios, representativos de la deuda original, a cargo del Estado. Pero sólo reconoce el carácter de bien oculto al último, o sea "a las sumas y valores que el Gobierno se obligó a pagar y efectivamente pagó de más," como reza el punto 2º del fallo.

Para llegar a esta conclusión se parte de la base siguiente: que la decisión del honorable Consejo de Estado, de fecha 13 de septiembre de 1935, en cuanto declaró como no ajustado a las autorizaciones legales el contrato de conversión de la deuda, no puede afectar los derechos adquiridos por el denunciante de los bienes ocultos, por haber sido éste un hecho sobreviniente al denuncio, desde luégo que ya habían salido del patrimonio del Estado sumas de dinero a título de cumplimiento del contrato irrito; y que, además, habiéndose hecho dudosos y oscuros los derechos del Estado sobre ellas, pudo caracterizarse así su naturaleza de bien oculto.

Mas se me ocurre la observación muy respetuosa de que consistiendo el bien oculto —según las palabras del denunciante, como atrás se dijo— en la revisión, nulidad, rescisión o resolución del contrato de 12 de julio de 1933 (el celebrado entre la Nación y la Société Générale), la decisión de esta corporación que declaró no ceñida a los mandatos legales dicha convención no es un fenómeno indiferente para apreciar los derechos derivados de la denuncia. Tal decisión produjo el efecto jurídico de la inexistencia del contrato, ya que de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Fiscal ni era firme, ni podía producir obligaciones de ningún género contra el Estado y en favor de su cocontratante la Société Générale. Inexistente dicho pacto, el denunciante se colocó en la imposibilidad jurídica de obtener por medio de su revisión, nulidad, rescisión o resolución el reintegro al patrimonio del Estado de los dineros indebidamente pagados. Desaparecido de la escena jurídica aquel pacto, desapareció igualmente la base, el fundamento y la razón misma de ser del bien oculto, ya que éste lo hizo consistir el interesado en la serie de acciones dichas, todas las cuales suponen y afirman la existencia de la convención.

Creada tal situación, la recuperación de las sumas indebida o erróneamente cubiertas a la compañía no puede lograrse por los medios que indicó el denunciante como propios para ello en su debida oportunidad; ni el carácter de ocultos que pudieran tener los bienes se afirma en el cumplimiento por parte de la Nación del contrato de que viene hablándose. Por el contrario, hay que concluir que según el estado de cosas actual la obligación de pagar y los pagos efectivamente verificados se produjeron sin convención, porque tal es la consecuencia que se desprende del acto del Consejo de Estado que declaró sin firmeza legal la ajustada entre el Gobierno y la compañía. Admitir el denuncio sobre una base nueva —la inexistencia de este pacto— es tanto como cambiar el objeto de aquél por otro no indicado ni previsto por el denunciante. En este sentido, no dudo en compartir la opinión del señor Agente del Ministerio Público contenida en la vista fiscal del proceso, en cuanto dice:

"Es verdad, como consta en el expediente, que el Gobierno pagó y la compañía recibió parte considerable del valor del contrato, pero formulo esta pregunta: si las cosas deben restituirse a su primitivo estado, como si el contrato no se hubiera celebrado; si la compañía debe devolver lo percibido, ¿cuál la causa inmediata, el factor determinante de esta situación jurídica? Indudablemente la sentencia del Consejo que declaró el contrato no ajustado a las prescripciones legales, y no la acción que ejercitara el denunciante como mandatario del Gobierno para obtener la *nulidad, rescisión* o *revocatoria* del contrato. Si otra hubiera sido la decisión del Consejo de Estado, que declarara legal el contrato, o si el Congreso le hubiera dado su aprobación a tal negociación, entonces sí sería pertinente que el doctor Sanz Mazuera diera cumplimiento a su promesa, instaurando ante el Poder Judicial las acciones de que

nos habla en su memorial al señor Ministro de Hacienda. De suerte, pues, que apenas si hubo una expectativa de bien oculto que se esfumó y no llegó a consolidarse real y jurídicamente en virtud del hecho a que me he referido en esta larga exposición."

Todo esto, aceptando que el fundamento de las Resoluciones acusadas consista en que la decisión del Consejo de Estado fuera la que dejara sin eficacia la calidad de ocultos que antes de ella tuvieran los bienes denunciados como tales. Pero ocurre que la Resolución número 116 —la primera de las dictadas por el Despacho de Hacienda en este negocio— se funda en un motivo evidentemente distinto, o sea en que faltando al contrato entre la Nación y la Société Générale la revisión de esta Superioridad, no había lugar a hacer la declaratoria de bien oculto, por faltar la base misma del denuncio, o sea la existencia de un contrato apto a producir derechos y obligaciones entre las partes. Y es indudable que esa situación —falta de un contrato, debidamente perfeccionado de acuerdo con los requisitos exigidos por las leyes fiscales que gobiernan la materia— no es, no pudo haber sido un hecho posterior o sobreviniente a la denuncia, sino que él existió antes de que el doctor Sanz Mazuera propusiera su contrato al Ministerio y, por tanto, antes de que manifestara en qué consistían los bienes ocultos que se proponía recuperar. Mas si fue por virtud de las gestiones del denunciante que el Despacho de Hacienda cayó en la cuenta de que al contrato de 12 de julio faltaba la formalidad del artículo 37 del Código Fiscal, no entraña ello una causa suficiente, al rigor de los mandatos legales, para que se infirmen las Resoluciones ministeriales acusadas ni para que se declaren ocultos los bienes sobre los cuales versó el juicio. Tres razones, a mi entender, concurren para mantener esta conclusión:

Es la primera que, de conformidad con los artículos 78 y 79 de la Ley 130 de 1913, sólo son revisables o anulables por el Consejo de Estado los actos del Gobierno o de los Ministros cuando sean contrarios a la Constitución o a la ley, o lesivos de los derechos civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 149 de la Codificación Constitucional (artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910). No encuentro de mi parte, ni el fallo contiene pronunciamiento ninguno a este respecto, cuál o cuáles sean las disposiciones constitucionales o legales violadas por las Resoluciones materia del juicio; y, por lo expuesto atrás, estimo que tampoco ha habido lesión de derechos civiles que induzca a la nulidad de aquellos actos administrativos.

Es la segunda que la revisión por el Consejo de Estado de los contratos que según las normas fiscales requieren esta formalidad no es una *acción* cuyo ejercicio pueda encomendar el Gobierno a un particular, aun estando ligado a él por un contrato sobre bienes ocultos, ya que tal revisión, por el contrario, es un deber impuesto por la ley al Ejecutivo, en cuanto le ordena someter a tal requisito los pactos que celebre, a fin de que sean susceptibles de producir efectos jurídicos. No puede, por tanto, fundamentarse una declaratoria de bien oculto en la indicación al Gobierno respecto a que debe llenar una formalidad que la ley exige de modo perentorio, y sin la cual no tienen eficacia legal las convenciones que ajuste. La ley ha querido que el denunciante de bienes ocultos para que tenga las facultades inherentes a este carácter, adquiera el deber de ejercitar *acciones*, entendiéndose por tales los medios de hacer valer ante los órganos competentes del Poder Público los derechos respectivos. Sobre el particular el artículo 30 del Código Fiscal establece:

"Para obtener esa participación, debe el interesado dirigir un memorial al Ministerio respectivo, en solicitud de la celebración de un contrato, en el cual han de pactarse las siguientes condiciones:

"a) Que hecho el denuncio y practicadas las pruebas del caso solicitadas o presentadas por el denunciante, dentro del término que se le fije, que no podrá pasar de seis meses, el Ministerio resuelva si en su con-

cepto el bien denunciado es o nó oculto, y si la acción o acciones indicadas por el denunciante son o nó procedentes, previo el dictamen del Procurador General de la Nación.

"b) Que, hecha la declaración en el sentido afirmativo, el Ministerio debe investir al denunciante de la personeria necesaria para hacer efectivos los derechos del Estado, y ordenar al respectivo Agente del Ministerio Público que coadyuve la acción o acciones necesarias al efecto.

"c) ...."

Por manera que, en consonancia con el texto transcrito, sólo son idóneas para justificar derechos en el denunciante de bienes ocultos, aquellas acciones cuyo ejercicio pueda serle conferido por el Ministerio. No siendo la revisión por el Consejo de Estado una acción, obvio es que su cumplimiento por el Gobierno, bajo la advertencia o por instancias de un particular, es un fenómeno bien distinto del contemplado en el preinserto articulo 30.

Finalmente, y como tercera razón, hay que tener en cuenta que el denunciante no sólo no indicó el sometimiento de aquel contrato al Consejo de Estado, sino que se opuso abierta y expresamente a esta medida por considerarla contraproducente en el camino de obtener la restitución de las sumas indebida o erróneamente pagadas y la exoneración de las obligaciones a cargo del Estado. A este propósito dijo así el demandante:

".....No acierto a explicarme de una manera satisfactoriamente clara esta parte de su proveido, desde luégo que Su Señoría sobradamente sabe que el Consejo de Estado es una entidad que concurre con el Poder Ejecutivo en la celebración de los contratos y que éstos, cuando deben someterse a este requisito, no pueden perfeccionarse, más claro, ser contratos, sino cuando esta entidad los encuentra ajustados a la ley; o cuando haciéndoles modificaciones son aceptadas por las partes; pero en manera alguna el Consejo de Estado puede juridicamente intervenir ni en forma directa, ni en forma indirecta, en los contratos que ya han sido perfeccionados, más todavía cumplidos en todas sus partes. La única entidad en Colombia que puede ocuparse, por pedimento de parte, del estudio de los contratos, de sus condiciones de perfeccionamiento y de las consecuencias que de ellos emanan, así como a su nulidad, rescisión o resolución, etc., es el Poder Judicial de la Nación. Seria esta entidad la única llamada entre nosotros a declarar, si a ella se le somete el mencionado contrato, si éste está afectado de nulidades legales, pero en manera alguna puede ser sometido con éxito al Consejo de Estado que no conoció de él en su oportunidad, y que hoy le está vedado hacerlo por tratarse de un contrato perfeccionado y cumplido. Podría decirse que el Consejo de Estado es parte contratante, puesto que dictamina si el contrato, que se le presenta en vía de perfeccionamiento, está de acuerdo con la ley, es decir, coopera con el Gobierno en la celebración de determinados contratos. Pero una vez que con su anuencia o sin ella un contrato se ha perfeccionado y cumplido, punto en boca para el Consejo de Estado y tiene la palabra única y exclusivamente el Poder Judicial para hacer las declaraciones que de él se demanden por las partes o alguna de ellas en relación con ese pacto. De manera que me temo mucho, señor Ministro, que el Consejo de Estado se declare impedido para conocer de un asunto que, por ministerio de la ley, es privativo del Poder Judicial de Colombia."

Dejo así expresados a grandes rasgos los motivos que me indujeron a separarme de la mayoría de mis colegas, con la expresa constancia de mi profundo respeto por las opiniones expuestas por ellos en la delicada materia objeto de la sentencia.

Ramón Miranda—Luis E. Garcia V., Secretario.

Pasaportes de los extranjeros

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Si la entrada de un extranjero a Colombia fue irregular, por falta de pasaporte ajustado a las prescripciones legales, su permanencia en el país no puede crearle el status **jurídico de extranjero domiciliado.**

Consejo de Estado—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos treinta y siete.

Dio ocasión al presente juicio la demanda que el doctor David A. Forero, como apoderado del ciudadano polaco señor Boruch Watemberg, promovió el 19 de septiembre de 1936 contra las Resoluciones números 38 y 60 de la Dirección General de la Policía Nacional, de fecha 10 de agosto y 10 de septiembre de 1936, y contra los actos de aprobación por el Ministerio de Gobierno de 18 de agosto y 10 de septiembre del mismo año que le dan a aquéllas el carácter de Resoluciones ministeriales, por medio de las cuales se decretó la expulsión del territorio nacional al referido señor Watemberg, domiciliado en Barranquilla hace más de cinco años.

El actor manifiesta hacer uso de las acciones pública y privada y solicitó como medida previa la suspensión de los actos acusados para evitar, dijo, el perjuicio notoriamente grave que surgiría de la expulsión de su cliente sin concederle el beneficio consagrado por el artículo 5º del Decreto 804 de 1936.

Negada la suspensión provisional y los recursos posteriormente interpuestos contra dicha negativa, el juicio continuó su trámite y se halla en estado de resolver en el fondo.

El actor plantea y desarrolla su acusación así:

"El motivo, causa o razón que tengo para demandar la nulidad o revisión de los actos acusados, consiste en que son violatorios de los artículos 12 y 26 de la Constitución Nacional vigente cuando se dictaron estas Resoluciones acusadas, y del derecho especial que tiene mi poderdante Boruch Watemberg a ser naturalizado como colombiano, por haber residido continuamente en el territorio de la República con su familia por más de cinco años, por haber observado buena conducta y estar establecido en el comercio de la ciudad de Barranquilla. También viola el artículo 5º del Acto legislativo número 1º de 1936.

"Los hechos en que se funda esta demanda, los enumero así:

"1º Fundándose en el aparte b) del artículo 1º del Decreto 804 de 1936, la Dirección General de la Policía Nacional, expulsó del territorio colombiano a Boruch o Bernardo Watemberg, ciudadano polaco, por medio de la Resolución número 38 de 10 de agosto de 1936, aprobada por el Ministerio de Gobierno con fecha de agosto 18 de 1936.

"2º Durante el informativo levantado por la Policía Nacional con el objeto de averiguar si los pasaportes de Boruch Watemberg estaban ajustados a las disposiciones legales, se pretermitieron todas las prescripciones de la ley de procedimientos penales; por consiguiente se han violado los artículos 12 y 26 de la Constitución Nacional vigente cuando se iniciaron estas diligencias informativas y el artículo 5º del Acto legislativo número 1º de 1936.

"3º Boruch Watemberg tiene carácter de extranjero domiciliado de acuerdo con los artículos 4º y 5º de la Ley 145 de 1888, vigentes cuando llegó al país en julio de 1929, por haber cumplido con la formalidad de manifestar ante el Alcalde de Barranquilla, su intención de domiciliarse en Colombia.

"4º Boruch Watemberg llegó al país provisto de pasaporte de emergencia, marcado con el número 2529 del 14 de mayo de 1929 y expedido por la Policía de Ortelsburgo con el cual obtuvo su registro de extranjero, marcado con el número 14078 de 11 de julio de 1929, ante el señor Alcalde de Barranquilla.

"5º La residencia voluntaria y continua unida al ejercicio del comercio en el territorio de la República, por más de cuatro años, constituyen prueba de domicilio, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 145 de 1888 y del Decreto 1697 de 1936, reglamentario de la Ley 15 de 1935 y de la Ley 2ª de 1936.

"6º La Resolución número 38 del 10 de agosto de 1936, viola el derecho que tiene Boruch Watemberg a la protección y defensa de que tratan los artículos: 14 de la Ley 145 de 1888, 1º y 5º de la Convención firmada en La Habana el día 20 de febrero de 1928, sobre condición de extranjero y aprobada por la Ley 64 de 1930, desde luégo que el pasaporte con que se hizo inscribir Boruch Watemberg ante el Alcalde de Barranquilla, fue visado por el señor Cónsul de Costa Rica, nación amiga de Colombia y signataria de la Convención de La Habana, y el artículo 5º del Acto legislativo número 1º de 1936.

"7º La visa del pasaporte de emergencia, expedido por la Policía de Ortelsburgo, llena las formalidades indicadas por el artículo 1º de la Ley 103 de 1927, la cual no fue reglamentada sino el 7 de julio de 1933, por medio del Decreto número 1060, cuando ya Watemberg estaba domiciliado en el país.

"8º Fuera de ese pasaporte, Boruch Watemberg está provisto de un pasaporte de emergencia, marcado con el número 37 y expedido por el Decano del Cuerpo Consular de Barranquilla, el día 13 de agosto de 1935, visado por el Capitán del Puerto con fecha 19 de agosto de 1935.

"9º El Ministerio de Relaciones Exteriores concedió a Boruch Watemberg permiso para traer a su esposa y a sus hijos al lugar de su domicilio en Barranquilla sin oponer objeción alguna a los pasaportes, cédulas y comprobantes de buena conducta que entonces exhibiera.

"10. De las certificaciones judiciales y de policía que obran en el informativo, levantado contra el inculpado, se desprende que no existen contra él antecedentes judiciales ni de policía en los prontuarios respectivos.

"11. La Resolución acusada viola el derecho adquirido que tiene Boruch Watemberg para ser naturalizado como colombiano por estar naturalizado en el territorio de la República, con permanencia continua por más de cinco años; por haber observado buena conducta y tener comprobantes de haber prestado el servicio militar obligatorio en la República de Polonia, y por estar establecido con su familia en la industria comercial que le proporciona medios suficientes para subsistir con negocios lícitos.

"12. La Resolución acusada no está comprendida en la excepción que establece el artículo 1º de la Ley 99 de 1919."

Como el Fiscal niega al Consejo jurisdicción para conocer de la demanda en razón de que la facultad que tiene el Presidente de la República para expulsar del país a los extranjeros perniciosos es de carácter netamente policivo y comporta una facultad discrecional emanada de los atributos mismos de la soberanía de la Nación y que por lo tanto no cae bajo el control jurisdiccional, importa estudiar previamente este punto, ya que la competencia es cuestión fundamental.

En sentencia de 20 de octubre próximo pasado, a propósito de un caso similar, esta corporación adoptó una doctrina opuesta a la que había sustentado en el fallo de 12 de diciembre de 1933, en razón del cambio de legislación y de un estudio más detenido del fenómeno.

Y al proceder así, el Consejo no hace otra cosa que amoldar su criterio a la técnica jurídica que ha venido implantándose con el desarrollo de las relaciones internacionales, hasta el punto de que la expulsión de un extranjero que era un derecho absoluto dentro del estatuto territorial, ha sufrido limitaciones que afectan el aspecto formal y el contenido de dicha función. Lo que la ley y la costumbre dejaban a discreción del Jefe del Estado con los sistemas de Gobierno y los conceptos de nacionalidad y ciudadanía que tanto en la teoría como en la práctica tienen su base en el derecho político, vino a convertirse en materia de control jurisdiccional que impone a la Administración obrar dentro de ciertos reglamentos o dentro de las prescripciones bilaterales de un tratado, someterse, en fin, al régimen de derecho.

"El concepto de súbdito, dice el profesor Niemeyer en su Tratado de Derecho Internacional Público, que correspondía al primitivo dominio territorial *(quod est in territorio est de territorio)* fue sustituido por el de ciudadano en las Constituciones. El progreso de los pueblos que simultáneamente avanzaba bajo la doble divisa de la idea de las nacionalidades y el liberalismo, influyó sobre las relaciones entre nacionales y extranjeros hasta el punto de dar al problema de la ciudadanía un seguro marcadamente internacional. Desde entonces las relaciones entre indígena y extranjero, bajo el nombre de indigenado (indígena-nacional, peregrinus-extranjero) fueron objeto de constante estudio. Pero como en los siglos XVII y XVIII, también ahora fue enfocado este problema como de derecho político y no como de derecho internacional."

Evidentemente en este orden de ideas las Constituciones modernas y los tratados públicos han consagrado disposiciones como las que informan los artículos 11 de la Carta Fundamental de 1886, sustituido por el 5º de la Enmienda de 1936:

"Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se conceden a los colombianos por las leyes de la Nación a que el extranjero pertenezca, salvo lo que se estipule en tratados públicos." "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes."

"Los Estados deben reconocer a los extranjeros domiciliados o transeúntes en su territorio, prescribe el artículo 5º de la Convención suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928 y aprobada por la Ley 64 de 1930, todas las garantías individuales que se reconocen a favor de sus propios nacionales y el goce de los derechos civiles esenciales, sin perjuicio, en cuanto concierne a los extranjeros, de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades del ejercicio de dichos derechos y garantías."

El artículo 12 de la Constitución del 86 dejó al legislador la facultad de definir la condición del extranjero domiciliado, y los especiales derechos y obligaciones de los que afecten tal condición.

En desarrollo de este último precepto se expidió la Ley 145 de 1888 donde se determina quiénes tienen tal calidad, derechos y deberes, condiciones y requisitos a que deben sujetarse los que deseen adquirir el carácter de nacionales colombianos.

Estas normas reflejadas al estado de extranjería exigen funcionarios aptos para garantizarlas contra abusos de las autoridades o corporaciones. De ahí que la enmienda constitucional de 1910 ordenase imperativamente el establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuyo desarrollo se dictó la Ley 130 de 1913 a la cual pertenecen los artículos invocados en la demanda.

En los pueblos en donde existe el Consejo de Estado no hay función pública de esta índole que no le esté sometida en alguna de estas cuatro manifestaciones: la objetiva, la subjetiva, la de interpretación y la de represión que en Italia, v. gr., con el nombre de competencia *di mérito,* equivale a una revisión judicial del acto administrativo como "particular fiscalización sobre el uso que el administrador ha hecho de su potestad discrecional."

Incumbe ejercer ahora al Consejo esta misión sobre los actos aprobatorios de las Resoluciones de la Dirección General de la Policía Nacional que expulsan extranjeros, con el fin de saber si se han agotado los procedimientos inquisitivos e informativos, tal como lo prescribe el decreto que les sirve de base.

El tenía de la competencia quedó definido en el fallo de 20 de octubre último en estos términos:

1º Que por efecto de la derogatoria del artículo 8º de la Ley 48 de 1920 que establecía las condiciones que debían concurrir para la expulsión de un extranjero del territorio nacional, en virtud de un decreto expedido por el Gobierno y previa la formación de un expediente justificativo realizada por medio del artículo 4º de la Ley 103 de 1927, el sistema reglado o de régimen legal, a que debía someterse el Poder Ejecutivo, para proceder a la expulsión de un extranjero, de hecho había quedado sustituido por el meramente discrecional o de libre apreciación, ajeno, por tanto, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

2º Pero que expedida la Ley 2ª de 1936, que en su artículo 6º facultó al Poder Ejecutivo para reglamentar, en forma que consulte los intereses nacionales, la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, y con la derogación que implica la vigencia de tal estatuto, de todas las disposiciones anteriores que le sean contrarias, se restableció el régimen de derecho, y, de discrecional que era el decreto de expulsión se convirtió en acto reglado, sujeto a su revisión por parte de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en cuanto causa estado, sea dictado por la Administración en ejercicio de facultades legales o reglamentarias y vulnere un derecho de carácter administrativo, preexistente y particularizado.

3º Que el Decreto número 804 del 15 de abril de 1936, al reglamentar todo lo relacionado con la expulsión de extranjeros, en desarrollo de la mencionada Ley 2ª, fijando las causales de tal medida y el procedimiento informativo previo para ordenarla y ejecutarla, hizo de obligado cumplimiento la fiscalización jurisdiccional en forma de recurso contencioso-administrativo, con autoridades competentes, con ritualidades de forma y de fondo que fuera de constituir requisitos simplemente extrínsecos, por el contrario, son elementos esenciales al acto gubernamental mismo, cuya omisión total o parcial supone la absoluta invalidez, le resta eficacia jurídica, y lo convierte en una pura y auténtica desviación o exceso de poder, contra el cual, puede actuar el extranjero perjudicado

no sólo en defensa de sus derechos sino de todos sus intereses legítimos, como lo pudiera hacer cualquier ciudadano colombiano en idénticas circunstancias.

4º Que si bien la Ley 29 de 1929 excluyó del control jurisdiccional las resoluciones en juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias dictadas en los procesos por fraude a las rentas departamentales y municipales, ello se refiere limitativamente a los Tribunales Administrativos Seccionales y no al Consejo de Estado, cuya competencia está regida por otras normas, como lo está la Corte Suprema de Justicia en lo que atañe a los actos o decretos gubernamentales viciados de inconstitucionalidad en los términos del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910.

5º Que estando por modo expreso atribuida al Consejo de Estado, por mandato del artículo 78 de la Ley 130 de 1913, la revisión de los actos del Gobierno o de los Ministros, en concepto de ser lesivos de derechos civiles, la Resolución de la Dirección de la Policía Nacional que dispone la expulsión de un extranjero por el hecho de requerir como condición esencial e imprescindible para su debido cumplimiento, la aprobación ministerial, cae bajo el control jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, ya que este último acto es, en definitiva, el que crea estado, el que modifica una situación preexistente y particularizada con violación de un derecho establecido anteriormente por una ley, un decreto o reglamento u otro precepto administrativo."

La esencia de los actos acusados, que en copia debidamente autorizada obran en el proceso, da por establecida la causal b) del artículo 1º del Decreto número 804 de 1936 que así reza:

....."b) Los que no tengan ajustados sus pasaportes a las prescripciones legales."

Fue, pues, única causa determinante de la expulsión del ciudadano polaco la de no poseer un pasaporte ajustado a las prescripciones legales.

El informativo surgió con el denuncio dado por el señor Gilberto Carrizosa, Inspector de Rentas Nacionales, en oficio número 697 de 24 de abril de 1936, quien remitió el pasaporte número 2529 expedido el 14 de mayo de 1929 por la Policía de Ortelsburg, Alemania, visado por el Cónsul de Costa Rica en Hamburgo, que ampara el viaje del polaco Watemberg a dicho país. Agrega el Inspector que el señor Watemberg junto con otros polacos que han venido figurando en la investigación de algunos hechos delictuosos sucedidos en el resguardo de la Aduana de Barranquilla, es, en su concepto, persona indeseable desde todo punto de vista.

Al ser interrogado en declaración-indagatoria el demandante por el investigador que comisionó la Dirección General de la Policía, sobre si sabía a favor de quién se expidió el pasaporte que se le puso de presente, si tenía por objeto amparar algún viaje a Colombia y qué autoridad lo expidió, contestó:

"El pasaporte que se me pone de presente fue expedido a favor mío por autoridad competente en Ortelsbur (Alemania). El pasaporte fue expedido para un viaje a esta República de Colombia, como puedo comprobarlo con el mismo pasaporte, y tenía resuelto venir a este país en virtud de la propaganda de inmigración que se desarrollaba en Europa, pero al tomar informes con algunos paisanos míos me manifestaron que a Colombia había venido una gran cantidad de mis paisanos, me indicaron más bien a dirigirnos a la República de Costa Rica y con ese fin hice visar mi pasaporte por el Vicecónsul de dicha República. Emprendí viaje a Costa Rica en el vapor *Rugia* de la Hamburguesa, pero antes de llegar al país de mi destino el vapor arribó a Puerto Colombia el 28 de junio de 1929; como el barco iba a demorarse allí más de vein-

ticuatro horas, resolví, previo permiso del Capitán de la nave, llegar hasta esta ciudad con el fin de visitarla y conocerla. Teniendo que regresar a coger el barco, tomé el ferrocarril que va de esta ciudad a Puerto Colombia, a las cuatro de la tarde, pero resulta que cuando íbamos en viaje cayó un torrencial aguacero que impidió la marcha formal del ferrocarril llegando a Puerto Colombia a las horas de la madrugada del día siguiente y cuando ya el barco que me conducía había elevado anclas. Al día siguiente volví a esta ciudad a la compañía o agencia del vapor que me trajo y les informé lo que me pasaba, y dichos señores me indicaron que debía presentarme a la autoridad competente y que permaneciera en esta ciudad de Barranquilla doce días, tiempo en el cual llegaría otro barco de dicha compañía y que en él podría seguir mi viaje. Durante estos doce días conocí perfectamente la ciudad y me di cuenta de sus posibilidades comerciales, y resolví, previa consulta en la Alcaldía de esta ciudad, quedarme en esta ciudad y establecer en ella mi domicilio. En efecto me presenté a dicha oficina y me hicieron la correspondiente inscripción previo el pago doble del impuesto de timbre nacional, como consta en el pasaporte que se me pone de presente, y el señor Alcalde ordenó que se me expidiera la correspondiente cédula de identidad bajo el número 14078 de fecha 11 de julio de 1929. Preguntado: ¿sabe usted quién fuera la persona que en esta ciudad tuviera como ocupación habitual la de ejercitar el negocio de usura u otro de la misma índole? Contestó: nó sé quién fuera la persona por la cual se me pregunta. Soy de profesión comerciante y me he ocupado habitualmente en la venta de calzado a contado y a plazo....."

Al tiempo de irse a firmar la diligencia, el indagatoriado hizo la siguiente aclaración:

"Hace poco más o menos seis semanas, fui llamado por el señor Inspector de Rentas Nacionales, señor Gilberto Carrizosa, quien me mantuvo detenido tres días sin tener yo conocimiento de los motivos de esa detención, pero que por las preguntas que me hizo el señor Carrizosa pude darme cuenta de que se trataba de una investigación relacionada con algunos hechos denunciados por el Secretario del Resguardo de la Aduana de nombre Oscar Tamayo Villa. A los tres días de estar detenido, el doctor Carrizosa me puso en libertad incondicional y decretó la destitución y detención de Tamayo Villa....."

A petición del mandante del doctor Forero, se recibieron en el curso de la instrucción sumaria varios testimonios que afirman la residencia de dicho sujeto en el país desde 1929, observando buena conducta y dedicado al comercio lícito que le produce para su subsistencia y la de su familia. Exhibió también muchos certificados de autoridades judiciales y de policía, según los cuales no hay actuación pendiente contra él.

La cédula número 14078 de 11 de julio de 1929, expedida a su favor por la Alcaldía de Barranquilla, también obra en autos así como el registro de nacimiento de uno de sus hijos y la certificación del Secretario del Resguardo Nacional sobre el arribo a Puerto Colombia del vapor *Rugia* el 28 de junio de 1929.

Queda, pues, como único cargo en pie contra el inculpado, su entrada al país sin el pasaporte debidamente visado.

El señor apoderado sostiene que el estado jurídico de su mandante está amparado por la legislación anterior y que es por tanto invulnerable. Nótese sin embargo que el señor Watemberg entró al país cuando ya regía la Ley 103 de 1927, cuyo artículo 2º dice:

"Podrán ser expulsados del territorio nacional mediante un decreto del Poder Ejecutivo los extranjeros que se encuentren en alguna de las condiciones siguientes, a juicio del Gobierno:

"a) Los que hayan entrado al país sin el pasaporte respectivo....."

Y el Decreto número 799 de 2 de mayo de 1928 reglamentó en forma amplia esta disposición.

Según esto, el ciudadano polaco ha debido proveerse para entrar a Colombia, de un pasaporte expedido por las autoridades de su país de origen, las de Polonia, ya que la cédula 14078 expedida en Barranquilla hace constar que es oriundo de Varsovia, y ese pasaporte debía venir autorizado por un Cónsul colombiano o el de una nación amiga.

El documento que original actúa en este litigio, según la traducción oficial visible al folio 5 del cuaderno de pruebas, no satisface estas exigencias legales, pues como ya se dijo, está expedido por autoridades alemanas y ampara un viaje que tiene por objeto principal salir del país de origen, pero allí no se determina a Colombia como país de destino. Luego con él no se podía efectuar una válida inmigración. Véase al respecto el informe que da la Oficina de Investigación Criminal —Sección de Identificación— página 30 del cuaderno original.

El demandante ni su cliente acreditaron la imposibilidad en que estuviera éste de hacer visar tal documento por un Cónsul colombiano en la forma exigida por el artículo 2º del Decreto 729 de 1928 vigente al tiempo de la inmigración.

Y si la entrada fue irregular, su permanencia en el país no podía crearle el *status* jurídico de extranjero domiciliado, único capaz de atraer la protección de la ley, ya que es principio de derecho que lo nulo desde el comienzo no se convalida por el transcurso del tiempo. Ni esa residencia continua, ni el ejercicio del comercio o de cualesquiera otras industrias lícitas pueden otorgarle en estas condiciones el carácter que invoca ni mucho menos originar el beneficio de la naturalización.

El problema variaría de aspecto si las leyes anteriores no hubiesen exigido la formalidad del pasaporte, pues entonces la situación jurídica de Watemberg sería apta para producir el fenómeno invocado. Las nuevas leyes y los decretos reglamentarios lejos de dar efecto retroactivo a sus disposiciones en materia de extranjería reproducen con detalles los principios ya vigentes. y por consiguiente los actos de inmigración consumados bajo su amparo en las circunstancias previstas continúan siendo irregulares y dando ocasión al fenómeno que se contempla. Es pertinente el siguiente pasaje de la obra de Gaston Jeze:

"La derogatoria de la ley o del reglamento no pueden jurídicamente surtir efecto de borrar en relación con el pasado las consecuencias que han producido válidamente durante el tiempo en que han estado en vigor. La ley o el reglamento habían creado situaciones jurídicas generales, poderes generales. Todo lo que ha sido regularmente realizado en virtud de esos poderes es válido. Por tanto el legislador no puede jurídicamente declarar que estos poderes legales no han sido regularmente ejercitados, que los efectos jurídicos producidos por los actos realizados en ejercicio de esos poderes legales no han podido producirse. Todo lo que jurídicamente podría intentarse sería, por nuevos actos jurídicos, crear o aplicar situaciones jurídicas que en el porvenir restableciesen el estado primitivo de esas cosas."

De este fenómeno da el tratadista el siguiente ejemplo:

"Una ley organiza, bajo ciertas condiciones, el *status* de nacional para los extranjeros naturalizados; verbigracia, este *status* comprende el derecho de votar, de ser elegido. Posteriormente se estima que el número de extranjeros naturalizados es demasiado considerable; que el voto de estos extranjeros puede poner en peligro las instituciones políticas, y se decide derogar la ley que concedía a los extranjeros el poder de votar y de ser elegidos. Una ley no podrá disponer que los extranjeros ya naturalizados sean considerados como si no hubiesen tenido jamás poderes políticos. Pero el legislador podrá reorganizar el régimen electoral y disponer que para ser elector o elegible precisa ser nacional de origen. Inmediatamente esta ley restablece las cosas en su estado primitivo.

Carecerá de efecto retroactivo y, por consecuencia, no podrá disponer que los extranjeros regularmente naturalizados no hayan sido electores o elegibles y que no sean válidas las elecciones en las cuales tomaron parte. Pero dicha ley producirá efecto en el porvenir en el sentido de que los naturalizados no tendrán más el derecho del sufragio activo o pasivo. Los extranjeros naturalizados antes de la ley nueva tenían el poder de votar o de ser elegidos, pues de este poder carecerán en lo sucesivo. El que ha votado no votará más; el que gozaba de la calidad de elegible no la tendrá en lo sucesivo. Y es esto, porque el estado de naturalizado es un estado legal y puede ser modificado válidamente en todo instante por una nueva ley. La ley no afecta el pasado sino el porvenir....."

Finalmente se hace notar por dos aspectos el hecho que consta al folio 79 del cuaderno principal: el señor Director de la Policía Nacional en providencia del 30 de noviembre de 1936 y en base en el informe del Secretario del Ministerio de Gobierno dispuso aplazar hasta nueva orden el cumplimiento de la Resolución número 38 que se ha comentado.

Por sí solo el señor Director no podía tomar esta determinación porque la función legal que el acto revisado comporta es de la competencia privativa del Gobierno. De otro lado esa suspensión temporal de los efectos de la expulsión, corrobora indirectamente el atributo jurisdiccional que la justicia administrativa viene ejerciendo sobre ella.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal, no accede a declarar la nulidad de las Resoluciones demandadas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese al Ministerio de Gobierno.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Bolsa Municipal del Trabajo

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Es extraño a los reglamentos de administración municipal todo lo que atañe a la libertad constitucional del trabajo o al ejercicio de profesiones u ocupaciones, que sólo pueden ser afectados por la ley.

Consejo de Estado—Bogotá, febrero dos de mil novecientos treinta y ocho.

La acción pública ejercitada por Carlos J. Angarita ante el Tribunal Administrativo de Bogotá contra el Acuerdo número 39 de 1937, expedido por el Concejo Municipal de esta ciudad, obtuvo su primer éxito con el decreto de suspensión provisional del acto querellado, el cual pugna ostensiblemente, a juicio del Tribunal relacionado, con expresas disposiciones constitucionales y legales.

Esta providencia fue apelada por el Personero Municipal de Bogotá y al revisarla el Consejo dentro de los términos legales, participa de la opinión del juzgador de primera instancia, puesto que tomado en su conjunto y revisado en su articulación, el acto del Cabildo que se analiza se aparta a primera vista de manera notoria de las normas constitucionales y legales sobre régimen político y municipal.

Aun desconocida en el expediente la reglamentación que tenga la llamada Bolsa del Trabajo, a la cual deben pertenecer todos los individuos que aspiren a formar parte de la nómina de trabajadores del Municipio, y aceptando como benéfica esa institución en sus finalidades económica y social, el Acuerdo que se estudia denuncia cierta tendencia a limitar la amplia facultad del Jefe de la Administración en lo atinente a la escogencia de sus agentes inmediatos o mediatos. De otro lado es extraño a los reglamentos de administración municipal todo lo que atañe a la libertad constitucional de trabajo o al ejercicio de profesiones u ocupaciones que sólo pueden ser afectados por la ley.

Este fenómeno se refleja aun en el Acto legislativo número 1º de 1936 y arranca del artículo 241 de la Ley 4ª de 1913.

Finalmente y como la demanda expresa, hay desviación ostensible en el artículo 4º que establece la destitución como pena para ciertos empleados municipales que son agentes del Alcalde y a los cuales puede éste nombrar y remover libremente.

Las consideraciones que brevemente se dejan expuestas robustecen el criterio del Tribunal, para los efectos de la suspensión, pero en manera alguna deben influír en el mérito legal del proceso que inicia su trámite.

Por todo lo cual, el Consejo de Estado confirma la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Concesión de servicios públicos

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

La concesión de un servicio público es un modo de gestión tan eficaz como la administración directa; pero de naturaleza compleja, ya que en él se incorporan factores del reglamento, del acto condición y del contrato. De un lado, fija las reglas de organización y funcionamiento y los poderes y deberes del prestatario y del usuario del servicio. Atribuye, de otro, al contratista, cierta capacidad de explotación, cierto poder jurídico legal dentro del más amplio ambiente jurídico oficial. Finalmente, es producto de un acuerdo formal y solemne destinado a establecer situaciones concretas.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y ocho.

El seis de abril del año próximo pasado el señor Ministro de Correos y Telégrafos remitió al Consejo de Estado un ejemplar auténtico del *Diario Oficial* número 22364 correspondiente al 18 de agosto de 1933, en el cual se publicó el contrato celebrado por el Gobierno Nacional con la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta) el 12 de julio de 1933 "sobre administración del correo aéreo," para que dicho contrato "sea revisado por ese honorable Consejo."

El señor Consejero sustanciador solicitó el envío del contrato original, del concepto del Abogado de la Presidencia de la República, de la Resolución del Consejo de Ministros, y sendas copias del contrato perfeccionado por instrumento número 2352, el 20 de diciembre de 1922, ante el Notario Segundo de esta ciudad, del Decreto número 372 del 23 de febrero de 1931, de la Resolución ejecutiva número 15 de 4 de marzo del mismo año y, finalmente, del informe de la Comisión de Expertos creada por esta Resolución.

El Presidente de la Scadta en memorial presentado al Juez Primero del Circuito de Barranquilla y dirigido a esta corporación, confirió poder especial al doctor Alfonso Villegas Restrepo para representar a dicha compañía en la actuación que se adelanta con motivo de la revisión solicitada por el Gobierno, y acompañó dicho poder de una larga exposición que se ordenó agregar con sus anexos al proceso.

Más tarde el mismo apoderado de la Sociedad presentó otro escrito tendiente a sustentar por varios aspectos la legalidad del pacto en estudio.

La especial circunstancia de que el contrato comenzase a regir una vez agotada la simple actuación gubernamental a que primitivamente fue sometido, determina un estudio previo de la competencia del Consejo para revisar ahora sus estipulaciones a la faz del estatuto que lo autorizara.

De este modo se registra el hecho irregular de la ejecución de un contrato sin el lleno de los requisitos que contribuyen a su perfeccionamiento y le dan vida jurídica. Igualmente se anota la demora en la remisión de dicho pacto al Consejo atribuida a discutible hermenéutica sobre la calidad particular del acto tutelado por un estatuto *sui generis;* consideración ésta que se impuso al ánimo de los Gobiernos que han intervenido en la celebración y desarrollo de las dos convenciones desde 1922 hasta el Gobierno actual, inclusive, quien sólo lo remitió, como ya se dijo, el seis de abril del año próximo pasado. Pero los hechos y situaciones que han venido desarrollándose a su amparo y la omisión que se subraya, no inhiben al Consejo para ejercer esa actividad funcional, obligatoria siempre que sea requerido por el órgano regular, sin que la inoportunidad de este llamamiento, en el estado actual de la legislación, sea capaz de destruir esa relación de competencia.

Surgen, empero, estos problemas: ¿qué alcance tiene en esta hora la actuación del Consejo, tendiente a decidir si el contrato se halla o nó ajustado a la ley de autorizaciones? ¿Puede convalidar los actos cumplidos desde cuando se inició su ejecución? ¿Ese estado jurídico precedente queda saneado con la declaración del Consejo sobre legalidad de las prestaciones?

A la luz de los principios jurídicos las situaciones creadas al amparo de un acuerdo formal de voluntades en vigencia anormal, constituyen relaciones de hecho capaces de subsistir por la sola voluntad de los contratantes. La decisión del Consejo toma, pues, el contrato en el estado en que se encuentra, tal como si no se hubiera puesto en ejecución y por sí sola no puede afectar los hechos cumplidos con anterioridad.

Lo cierto es que el Gobierno está obligado a obtener una decisión favorable para todos los contratos que celebre en uso de autorizaciones expresas, antes de ponerlos en ejecución, y que como tales deben ser considerados los que en cualquiera oportunidad se traigan al estudio de esta entidad. El Consejo al revisarlos desempeña una función singular que lo hace colaborador del Gobierno en estas actuaciones administrativas, y no puede negarse a cumplirla con el pretexto de que el pacto se halla en ejecución. Hay un término que obliga al Gobierno a remitir al Consejo los contratos que sean de su resorte; "una vez obtenida la correspondiente aprobación ejecutiva," dice el artículo 37 del Código Fiscal, y el artículo 35 de la misma obra, determina que los pactos celebrados a nombre del Estado deben publicarse en el *Diario Oficial* dentro de los sesenta días siguientes al de su aprobación definitiva, entendiéndose por tál, claro está, la que termina con la revisión del Consejo.

Hay más: según el artículo 38, si la decisión del Consejo es afirmativa, el contrato queda en firme. En caso contrario, para alcanzar esa firmeza, deben adoptarse las enmiendas propuestas. Si esa reforma no se obtiene, el contrato exige para su viabilidad jurídica la aprobación legislativa.

Todo convence de que es abiertamente ilegal la práctica constantemente censurada de ejecutar los contratos sometidos a las solemnidades ordinarias del Código Fiscal, sin el previo y pleno acatamiento de éstas, y que la exigencia de un término perentorio que ciña a los Gobiernos a obtenerlas no ha sido suficiente para que éstos cumplan oportunamente tal deber.

Se dirá que el convenio por su naturaleza especial viene sometido a un régimen de excepción; que la autorización para celebrarlo es tan amplia que lo exime de la revisión por el Consejo.

Se observa: la Ley 54 de 1922 al autorizar al Gobierno para contratar *el establecimiento del servicio de correos aéreos,* tuvo por objeto próximo e inmediato sustraer esta negociación al régimen de la subasta pú-

blica, que no podía afectarla por su singular novedad, pero en todo lo demás la dejó sometida a las reglas generales del Código Fiscal. Comparte el Consejo la opinión del Gobierno manifestada en la nota remisoria, sobre la inoportunidad de la cita de la Ley 12 de 1932 en el preámbulo del contrato. Esta ley tiene finalidades distintas, y ni siquiera a través del estado anormal que reglamentó con ocasión de un conflicto internacional pendiente, pudo afectar el régimen de servicios públicos cuya eficacia depende precisamente del estado de normalidad. En presencia, pues, de un contrato celebrado en virtud de una ley de autorizaciones especiales y que por la gravedad de sus compromisos denuncia una cuantía superior a la señalada en la Ley 13 de 1935, el Consejo debe adelantar su estudio, porque su labor aquí es la manifestación de cierta actividad jurisdiccional, no contenciosa, que se traduce en una comprobación de capacidad en el órgano que ha pretendido vincular al Estado, en una verificación de fidelidad a esa ley de autorizaciones y a las normas generales de la contratación.

Y, al decir que ejerce una actividad jurisdiccional, no contenciosa, quiere significar que durante ella es innecesaria la participación de los dos contratantes, si se exceptúa la posible asistencia del Ministro o Ministros respectivos cuando así se crea necesario.

Ambiente jurídico anterior a la negociación.

Los contratos para transporte o conducción de correos nacionales vienen sometidos a la subasta pública a partir de la vigencia del artículo 26 del Código Fiscal. Por el artículo 17 de la Ley 76 de 1914, el servicio de correos nacionales, en todas sus manifestaciones, constituye un privilegio exclusivo del Estado. Bajo este ambiente debía iniciarse el establecimiento del correo aéreo. Pero vino la Ley 54 de 1922 y facultó ampliamente al Órgano Ejecutivo "para celebrar el contrato o contratos que sean menester" al establecimiento del servicio de correos aéreos en todas aquellas regiones del país en donde las vías acuáticas lo permitan. Y agregó que para el servicio de correos en las regiones que no brinden fácil acuatizaje podría contratarse su conducción por medio de aviones.

Es, por todo concepto, ésta, una ley de facultad ordinaria conferida al Gobierno para obrar en su desarrollo con tanta amplitud cuanta la requieran el establecimiento del servicio y su funcionamiento regular. Hay cierta redundancia en el tenor literal de sus cláusulas, de un lado, porque si se determina establecer un servicio nuevo dentro de la nomenclatura oficial, quedan o deben quedar expeditos al Gobierno los medios adecuados sin limitación alguna, puesto que el fin del legislador, que el Órgano Ejecutivo debe alcanzar mediante el contrato permite usar todos los elementos indispensables al funcionamiento continuo de esa actividad, pudiendo remover los obstáculos que quieran oponerse a su ejercicio. De otro lado, si hay fidelidad con el estatuto de autorizaciones, la ulterior aprobación del Congreso sería improcedente.

Se dirá que la Ley 116 de 1923 si bien no derogó expresamente la 54 del 22, la dejó insubsistente en fuerza de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, ya que reglamentó íntegramente la materia. Empero, consérvase inalterada la independencia de los dos estatutos. No sólo por la especialidad de la materia sino por la índole propia de una ley de autorizaciones y por las situaciones tanto objetivas como subjetivas que ésta puede crear, es injurídico someterla a aquella contingencia. La Ley de 1923 desarrolla el principio establecido en el artículo 26 del Código Fiscal, simplemente, acerca del cual dijeron sus autores:

"En otras ocasiones necesita el Estado no la adquisición de bienes sino la prestación de servicios, tales como la conducción de correos.....

y como esa clase de servicios es de libre competencia, se previene la aplicación de las reglas sobre subasta y garantía cuando se quiera contratar su prestación."

En la escritura número 2252 al comienzo citada, se hizo constar el acuerdo celebrado por el Gobierno el 20 de diciembre de 1922 con la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos donde se reconocen las notorias ventajas del servicio que en aquella época venía prestando el contratista explotador de las rutas aéreas.

Este convenio autoriza a la Sociedad para la conducción de correspondencia porteada con estampillas nacionales, previene la fiscalización por ciertos órganos del Gobierno y otorga el derecho de conducir a bordo instalaciones inalámbricas y demás elementos indispensables a la seguridad y eficacia del tráfico aéreo; señala otras funciones para el prestatario del servicio, declara la utilidad pública de la empresa y determina como duración del contrato el período de veinte años contados desde su aprobación por el Gobierno "sin constituir privilegio."

No fue sometido este contrato a la revisión del Consejo o por lo menos no hay constancia ni referencia oficiales.

Más tarde el Decreto número 362 de 23 de febrero de 1931, al declarar función privativa del Estado el establecimiento y funcionamiento del correo aéreo, encargó de él a la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos "bajo la supervigilancia del Gobierno" y por tiempo limitable a voluntad de éste. Este encargo quedó subordinado al contrato que posteriormente debería celebrarse.

Es notoria la importancia que para el estudio del negocio tiene el Decreto de que se habla. Son los decretos normas objetivas de administración que el Gobierno adopta en desarrollo de atribuciones constitucionales y legales; por medio de ellas se puede determinar el establecimiento de servicios autorizados en la ley y no es extraña en esta clase de ordenamientos la designación de una persona o entidad que deba establecerlos y ponerlos a funcionar. Procede este Decreto de los siguientes textos legales: artículos 17 y 1º de la Ley 76 de 1914, 137 y 140 del Código Fiscal y más remotamente del 119 de la Constitución de 1886, 115 de la Codificación actual y 69 de la misma, ordinal 8º, todos en relación con la Ley 54 de 1922 que tántas veces se ha citado.

El servicio aéreo-postal venía, pues, cumpliéndose a partir de la vigencia de este Decreto y hasta la época incierta en que se puso en ejecución el contrato de 1932, por la misma Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos, en calidad de administrador delegado, de encargado por el Gobierno para tales efectos. Tenían los prestatarios del servicio en aquella época el carácter de funcionarios del Estado con las prerrogativas y obligaciones consiguientes. Obraban por mandato oficial y de este modo sus actos están lejos de las estipulaciones contractuales posteriormente acordadas.

La Resolución número 15 de 1931, posterior a este Decreto, creó una comisión llamada de aviación comercial, compuesta por el Abogado Consultor de la Presidencia de la República, un representante de cada uno de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Correos y Telégrafos, Guerra, Hacienda y Crédito Público, e Industrias designados por el Gobierno y tres funcionarios más de la Compañía, encargada de estudiar y redactar el proyecto de contrato entre el Gobierno y la Scadta para el establecimiento del correo aéreo.

Sobre las bases elaboradas por esta Comisión se discutió y firmó dicho convenio entre los señores Ministro de Guerra don Carlos Uribe Gaviria, Ministro de Industrias don Francisco José Chaux y Ministro de Correos y Telégrafos doctor Alberto Pumarejo en representación del Gobierno y Hermann Kuehl en representación de la Scadta, contrato que se firmó el 16 de diciembre de 1932 y que fue aprobado por el Pre-

sidente de la República, previo dictamen favorable del Consejo de Ministros.

Según informe del señor Ministro de Correos y Telégrafos, oficio número 503 de 23 de abril pasado, el documento original que recoge este contrato y la citada Resolución del Consejo de Ministros no fueron hallados ni se encuentran en los archivos del Ministerio ni en los de la Presidencia de la República. De ahí que este estudio continúe sobre la publicación adjunta.

Este contrato realiza dos propósitos dentro de la actividad administrativa: el establecimiento y funcionamiento del servicio postal aéreo y la llamada reforma global en la aviación comercial, que reglamenta una empresa de transportes aéreos sobre rutas nacionales. El primer aspecto se roza con la aplicación de la Ley 54 de 1922; el segundo presenta la forma de una concesión para el uso exclusivo de rutas aéreas y la explotación de la industria consiguiente de transportes comerciales.

Por razón de método el primer aspecto del negocio obliga a desarticularlo. También por el segundo, aquella categoría de disposiciones bilaterales constituye un grupo separado, materia de investigación y estudio anexos.

Primer grupo. Establecimiento, sostenimiento y manejo del correo aéreo y sus transportes por líneas nacionales e internacionales.

Con esta finalidad la cláusula primera obliga al contratista a crear, en desarrollo del encargo conferido por el Decreto número 362, expresamente ratificado aquí, una sección especial denominada "Administración del Correo Aéreo" en la cual el Gobierno tiene derecho de mantener un interventor de su nombramiento y remoción pagado con fondos nacionales. Las cláusulas segunda, tercera y quince inclusive, reglamentan todo lo que atañe a las agencias y subagencias postales que el concesionario debe crear y sostener a su costa, a la conexión de éstas con las Administraciones de Correos Nacionales, a portes y sobreportes, participación en éstos a favor del Gobierno, ingreso total de aquéllos al Tesoro Nacional, emisión de estampillas, bonificaciones territoriales, supervigilancia, cupo mínimo para la correspondencia oficial gratuito, franquicia postal y telegráfica, pasajes libres en ferrocarriles de propiedad del Estado y en general, todo lo concerniente a este servicio.

De dos fuentes proceden estas delegaciones al contratista: ora porque está designado administrador del correo aéreo en el Decreto que por este contrato se ratifica, con encargo de todo "lo relativo al establecimiento, sostenimiento y manejo del correo aéreo y sus transportes sobre líneas nacionales e internacionales establecidas o por establecer," de donde sus funcionarios lo son de un servicio público oficial, ora porque este encargo queda afirmado en el convenio no como producto de un nombramiento revocable, de duración incierta, sino como fruto de una relación contractual y por tiempo fijo. No hay mudanza de hecho en la situación del contratista a quien se amplían sus funciones hasta donde lo exigen los menesteres crecientes de la actividad contratada.

Esta, como simple explotación de un servicio público, da origen a la formación de un patrimonio adscrito a su funcionamiento, mediante el recaudo de tasa o derechos que los usuarios han de pagar en el valor de sellos o estampillas de emisión oficial y sobre cuyos productos comparten el contratista y el Estado.

La Scadta obra, pues, a nombre y por cuenta del Gobierno, cumpliendo y aplicando los reglamentos propios de esta actividad estatal, que ejercita y debe desenvolver por tiempo fijo; su relación con el Estado es de orden administrativo y el objeto de ella la explotación y el fun-

cionamiento de un servicio, cuyos costos y riesgo son de cargo del contratista.

Todos estos caracteres sitúan la negociación inserta en las cláusulas que se analizan dentro de los claros términos de una concesión de servicio público que, como se sabe, es un modo de gestión tan eficaz como la administración directa; pero de naturaleza compleja, ya que en él se incorporan factores de reglamento, del acto condición y del contrato.

Porque, de un lado, fija las reglas de organización y funcionamiento y los poderes y deberes del prestatario y el usuario del servicio; atribuye, de otro, al contratista, cierta capacidad de explotación, cierto poder jurídico legal dentro del más amplio ambiente jurídico oficial, ya que de otro modo no podría encarnar a la administración. Y finalmente, es producto de un acuerdo formal y solemne destinado a establecer situaciones concretas.

El Gobierno viene a ser desplazado en las operaciones materiales del servicio y en los actos de gestión administrativa correspondientes, pero continúa como titular de aquél, el cual sigue siendo oficial; del privilegio que él encarna no se desprende en esta ocasión el Gobierno, ni sería necesario para los fines propuestos en la concesión.

En otros términos: sólo el Estado puede establecer el servicio aéreo postal y llevar adelante su explotación porque así lo exigen la seguridad colectiva, la eficacia de las comunicaciones, la interferencia de los organismos oficiales y el éxito de las labores gubernamentales; pero ésta —la explotación— la función material de administrar el servicio, se entrega en virtud de expresa autorización legal, a cargo exclusivo de un contratista que debe extenderlo a todo el territorio de la República, a su riesgo y ventura. Tal es el caso.

Por regla general sólo son susceptibles de concesión los servicios públicos que los expositores llaman económicos o industriales. Se distinguen éstos de los que son esenciales en la vida del Estado por el aspecto de su productibilidad, vale decir, porque ellos tienen adscrito un patrimonio autónomo. Lo cual significa que los servicios económicos no pueden generar esa especie de tributos públicos obligatorios exigidos para el normal funcionamiento de las actividades estatales, o sean los impuestos.

El avance de la misión del Estado lo conduce a hacer de su exclusiva dependencia determinadas empresas públicas que para la seguridad colectiva, la eficacia de su funcionamiento y las derivaciones industriales que originen, demandan su directa intervención, pero que pueden adjudicarse para ser explotadas por concesionarios.

El propio servicio antiguo de correos nacionales que desde tiempo atrás constituye una función oficial, tiene modalidades que sólo han podido realizarse a través de la concesión, patentizada en el llamamiento de licitadores que se disputan la conducción o transporte, precisamente porque el Estado ha considerado que esta actividad debe encomendarse a los particulares según las estipulaciones preestablecidas en el correspondiente pliego de cargos. Algunos arbitrios fiscales de los Departamentos y de la Nación han sido también explotados por concesionarios en épocas recientes.

De todo lo cual se concluye que subordinada a la fiscalización del Gobierno la administración del correo aéreo con todas sus dependencias y debiéndose regir en cuanto sus principales movimientos por la reglamentación oficial, pudo ser eficaz materia de una concesión, máxime cuando se trata de una actividad nueva que el Gobierno por sí solo no podía establecer, que armoniza muy bien con la empresa regular de transportes aéreos y para la cual fue suficiente el impulso que el estatuto legal le dejó impreso.

En las estipulaciones recogidas en este primer grupo sólo se advierte el compromiso de hacer funcionar por sistemas especiales, adecuados a

la técnica, el servicio aéreo postal durante cierto tiempo y en forma tal que el mayor número de ciudades y poblaciones del país disfruten de sus conexiones. Lo relativo al porte aéreo corresponde al Gobierno así como la determinación de alza en las tarifas, pues el concesionario sólo puede bajarlas; la emisión de estampillas va a un depósito oficial de donde el contratista puede tomarlas en las circunstancias condicionadas en la cláusula octava; el precio de costo y el riesgo del servicio se remuneran con el llamado sobreporte y la facultad otorgada al contratista para acordar con las administraciones postales de otros países convenios que permitan la conexión del servicio local con el internacional; está sometida expresamente a los reglamentos postales nacionales e internacionales y en uno y otro caso requiere la aprobación del Gobierno para su completa validez.

El Gobierno ejerce la supervigilancia y la inspección constante de la entidad contratista e interviene en ella por medio del funcionario previsto en la cláusula primera, cuyo nombramiento depende exclusivamente del Gobierno, sin limitación alguna, puesto que aun en el caso contemplado en la cláusula décimaprimera la queja del contratista está sujeta para su aceptación y apreciación al juicio del Gobierno. La mayor independencia de aquel funcionario queda asegurada con el hecho de que su sueldo sea pagado como en efecto lo es, con fondos nacionales.

Hasta aquí el contrato analizado no es extraño a las normas del servicio y se ajusta a ellas.

Segundo grupo. Conexiones con la aviación militar.

Sin perjuicio del carácter meramente civil del contratista que proclama la cláusula diez y ocho, el Gobierno adquiere el derecho de utilizar los conocimientos técnicos de la empresa para el fomento de la aviación militar. El contratista facilitará al Gobierno toda su organización, sus aeródromos, sus astilleros, sus talleres y demás recursos para los menesteres de aquélla. Los planos de los puertos aéreos, campos de aterrizaje y de emergencia van a poder del Estado cuando el Gobierno lo exija. Recíprocamente los puertos aéreos, campos de aterrizaje y de emergencia del Gobierno pueden ser explotados por el concesionario.

Este grupo de actividades forma un cuerpo de disposiciones anexas a un servicio público esencial al Estado, autorizadas por la Ley 31 de 1934. Y lo dispuesto en la cláusula veinticuatro está previsto en el artículo 12 de la Ley 126 de 1919.

Tercer grupo. Aviación comercial.

Dentro de su conformación orgánica no es esencial este articulado, porque si es verdad que el servicio aéreo postal no puede encomendarse sino a empresas que estén en capacidad de emplear los elementos necesarios y que dentro de este restringido concepto sólo cabe aquella que haya preestablecido con reconocida eficacia y con éxito notorio el servicio de transportes aéreos, al contrato ordenado elaborar por las leyes que el Gobierno invoca sólo le bastan las principales especificaciones del servicio postal.

Pueden no ser extrañas a la convención estas estipulaciones, pero sí lo son al servicio concedido.

La cláusula diez y seis inicia esta faz del negocio con la declaración de utilidad pública hecha de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 56 de 1890 a favor del contratista, quien obtiene de este modo un apoyo especial del Gobierno. Se observa que esta declaración sólo conviene en un decreto o resolución mediante los requisitos que la ley invocada demanda.

La preferencia que la cláusula diez y siete da a las aeronaves del contratista para atracar en los puertos aéreos, fluviales y marítimos, tiene relación, es verdad, con la mayor eficacia del servicio postal, pero también incumbe a las actividades del empresario de transportes aéreos.

La cláusula veintiuna se destaca en este grupo de disposiciones como característica de un privilegio para la explotación de ciertas rutas aéreas con fines comerciales. Afecta en primer término la iniciativa gubernamental y en cuanto a la acción de las empresas particulares permite el uso libre de todas las rutas, pero con elementos propios, no provenientes del Gobierno.

Si es verdad que el Decreto número 362 determinó reglamentar toda esta materia y que la Resolución número 15 la estimó de mutua conveniencia, lo es también que se trata de actividades comerciales relacionadas con el dominio aéreo con fines distintos del servicio autorizado en la Ley de 1922.

El dominio del aire reservado exclusivamente a favor del Estado, como que es parte integrante de su territorio —artículo 1º del Decreto número 66 de 1934— obliga a toda empresa de transportes aéreos a obtener licencia del Gobierno para su explotación y a someterse a los reglamentos oficiales, y eso basta. Para conceder ese dominio exclusivo sobre determinadas rutas estudiadas o por estudiar, el Gobierno carece de autorización legal.

Hállanse, finalmente, previstas las causales de caducidad que exige el artículo 41 del Código Fiscal, como esenciales a estos contratos.

En mérito de las precedentes consideraciones, el Consejo de Estado

DECIDE:

1º Las estipulaciones del contrato en estudio referentes al establecimiento del servicio público aéreo postal y a su funcionamiento regular, recogidas en el primer capítulo de este fallo, así como las que tienen conexión con la aviación militar, se ajustan a la ley.

2º La convención relativa a la explotación de ciertas rutas aéreas por el contratista, como empresario de transportes, para fines exclusivos de aviación comercial, excede las autorizaciones legales invocadas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Salvando voto, *Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda*—Salvando voto, *Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas*—Salvando voto, *Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores
CARLOS LOZANO Y LOZANO
Y RAMON MIRANDA

El respeto de las leyes fiscales vigentes es una obligación ineludible del Organo Ejecutivo en la celebración de todos los contratos..... No pueden existir autorizaciones tácitas o implícitas, es decir autorizaciones que el intérprete deduzca mediante una apreciación personal acerca del contenido y del alcance de la intención del legislador, torturando el texto respectivo para buscar la serie de relaciones o analogías que haya entre la manifestación hecha en forma concreta y las diversas cuestiones a que pueda extenderse la posibilidad de contratar acerca de una materia dada.

Remitido por el actual Gobierno al Consejo de Estado el contrato que se celebró entre el Organo Ejecutivo y la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos el día 12 de julio de 1932, "sobre administración del correo aéreo," la corporación lo estudió detenidamente y con el más sincero propósito de acertar y de lograr una solución unánime, pues las características especiales que presentaba el asunto hacían muy deseable el establecimiento de un precedente sólidamente fundado acerca de las cuestiones controvertidas.

Se trataba en efecto de un contrato que las partes de común acuerdo comenzaron a ejecutar desde hace varios años, sin previo dictamen del Consejo de Estado acerca de su conformidad con las autorizaciones legales, y su envío posterior planteaba una situación delicada, susceptible de provocar graves repercusiones para la Administración Pública colombiana; pues según una opinión que ha sido aceptada por algunos notables juristas pero que el Consejo con muy poderosas razones se abstuvo de compartir, no pueden ser idénticas las atribuciones de esta corporación cuando a su juicio se somete un contrato que apenas constituye un desnudo acuerdo de voluntades, o que por el contrario ha tenido eficaz cumplimiento durante un lapso dilatado.

De otra parte, y por versar el contrato sobre el funcionamiento de un servicio público de importancia primordial para el país, como es el del correo aéreo, cuya regular y continua actividad es indispensable dentro del estado actual de progreso y de cultura que ha alcanzado la República, la solución dada al asunto revestía y reviste un singular interés para los ciudadanos de la nación entera.

De ahí el persistente propósito que todos los miembros del Consejo de Estado manifestaron de llegar a un completo acuerdo acerca de los diversos problemas que se contemplaban, y que se logró sobre algunos de los más trascendentales puntos, sin abarcar desafortunadamente la totalidad de las tesis debatidas.

Aprobado por mayoría el segundo proyecto de dictamen que se presentó acerca del contrato en estudio, y que fue elaborado por el honorable Consejero doctor Pedro Martín Quiñones, cumplimos ahora los Magistrados que no pudimos compartir íntegramente los fundamentos de esa autorizada pieza jurídica, con el deber de consignar las razones de nuestra discrepancia de criterio, dejando desde luégo expresa constancia con la mayor sinceridad del respeto que nos inspira la convicción diversa de nuestros ilustres colegas.

En nuestro concepto las estipulaciones del contrato referentes al establecimiento del correo aéreo, y que constituyen la concesión de un servicio público cuyo monopolio pertenece al Estado, no se ajustan a las autorizaciones contenidas en la Ley 54 de 1922. Comprendemos sobradamente los motivos de índole patriótica, que en un momento particularmente grave de la historia nacional, movieron al Gobierno a celebrarlo con perfecta buena fe, motivos que aparecen tanto más explicables en cuanto la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes, que es el contratista o concesionario, constituye una empresa altamente respetable, que ha colaborado con excepcional acierto y buena voluntad en el progreso del país, que ha organizado un servicio de eficiencia raras veces superada por esta clase de empresas, y que prestó al pueblo colombiano en días de peligro inolvidable concurso. Pero por amplios que sean los términos de la ley de autorizaciones, no acertamos a persuadirnos de que facultaran al Organo Ejecutivo del Poder Público, para conceder a una entidad particular la explotación y el manejo de un monopolio que es un bien fiscal de la República, y que sólo el Congreso por medio de una ley expresa hubiera podido otorgar al contratista.

Y porque estamos convencidos de que en esta materia va implícitamente la resolución de un trascendental problema de derecho público, que es decisivo en el desarrollo de la vida administrativa nacional, hemos perseverado en nuestro punto de vista, a pesar de los extensos debates que se suscitaron en el Consejo sobre el particular, y a los cuales concurrimos con plena objetividad científica y serenamente dispuestos a aceptar las razones contrarias, si las hallábamos mejor fundadas que las nuestras.

Conviene por lo tanto estudiar aunque sea muy brevemente el régimen establecido por la Constitución Nacional respecto de los contratos que celebra el Estado.

Sobre el particular rigen las normas señaladas en los artículos 69 y 115 de la Carta Fundamental, antiguamente 76 y 120. Helos aquí:

"Artículo 69. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

. . . . . .

"8ª Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras autorizaciones dentro de la órbita constitucional.

"13. Aprobar o desaprobar 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.

"Artículo 115. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

. . . . . .

"14. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias."

Ahora bien: como lo enseña la doctrina de los maestros del derecho, el elemento de capacidad, indispensable para la celebración de todo

contrato, toma respecto del Estado las características de una competencia. Para que un contrato concluído por la Administración sea jurídicamente válido es necesario que sea celebrado por los agentes públicos competentes. Y esta competencia establecida por la Constitución y las leyes debe ejercerse en completa conformidad con ellas, y no puede manifestarse sino en favor del interés público.

Resulta por lo tanto de las disposiciones transcritas, que en Colombia la competencia para celebrar convenciones en nombre del Estado la tienen conjuntamente el Organo Legislativo y el Organo Ejecutivo, que deben concurrir de un modo u otro a la conclusión de todo contrato dentro de las precisas normas trazadas por la Constitución.

Es esta una regla fundamental del Derecho Público colombiano.

El significado jurídico y el alcance de este sistema queda muy bien definido por el pasaje del ilustre profesor Jeze, que se transcribe en seguida y que se refiere al caso de la colaboración del Legislativo y el Ejecutivo en la formación de un contrato. La cita tiene todo su valor a pesar de que en Francia el régimen común es el de que el Gobierno celebra directamente los contratos, pues para ciertos casos taxativamente enumerados es obligatoria la doble concurrencia de voluntades, y respecto de ellos, la norma resulta idéntica a la que constituye el sistema constante en Colombia.

Dice así el profesor Jeze:

"El régimen de la competencia de los agentes públicos no es idéntico al régimen de la capacidad de las personas. La competencia está dominada por motivos de interés general. La regla, en derecho público, es que la incompetencia es un vicio que afecta de nulidad absoluta los actos jurídicos. La situación no es en absoluto la misma que la de una venta de inmueble verificada por un particular incapaz, inexperimentado, por razón de su edad, o de su debilidad mental.

"En realidad la autorización del Parlamento, en el contrato de venta de un inmueble del Estado, es más que una autorización propiamente dicha; no tiene por objeto habilitar a un incapaz que sería el agente administrativo que celebra la venta; el Parlamento tiene una misión de colaboración verdadera. Está encargado de examinar si el interés nacional no se opone a esta venta de inmueble. La intervención del Parlamento es tan esencial al acto jurídico de venta, como la del agente administrativo que celebra el contrato.

"Se comprende pues que la solución dada por el derecho privado no se aplique al derecho público. La intervención del Parlamento no puede ser asimilada a la autorización dada en derecho privado a un incapaz." (Jeze, *Teoría general de los contratos de la Administración,* pág. 30).

Es por esto por lo que desde la expedición de la Carta de 1886, todos sus comentaristas e intérpretes, incluyendo entre ellos a don Miguel Antonio Caro y a don José María Samper, cuya alta autoridad todos reconocen, y al Consejo de Estado, cuyas decisiones constituyen la jurisprudencia administrativa, distinguen uniformemente tres hipótesis, desde el punto de vista del ejercicio de la facultad de contratar que corresponde al Estado:

Contratos que no han sido previamente autorizados por la ley, y que el Gobierno celebra en caso necesario para someter después a la consideración del Congreso.

Contratos que se forman sobre la base de una previa autorización y en cuya celebración el Gobierno obra ciñéndose estrictamente a las leyes respectivas.

Contratos concluídos mediante una previa ley de autorizaciones pero en cuya celebración no se han cumplido las formalidades prescritas por el Congreso, o se han incluído cláusulas que no se ajustan a la corres-

pondiente autorización, los cuales deben también someterse a la ratificación del Parlamento.

Ahora bien: puesto que en el caso concreto que se estudia, nadie ha puesto en duda que el contrato celebrado por el Gobierno Nacional con la Scadta en 1932, se concluyó a virtud de las autorizaciones contenidas en la Ley 54 de 1922, el problema fundamental que este negocio plantea es el de saber si el Ejecutivo se ajustó plenamente a las autorizaciones legales.

La mayoría de nuestros honorables colegas estima a este respecto que "la convención relativa a la explotación de ciertas rutas aéreas por el contratista, como empresario de transportes, para fines exclusivos de aviación comercial, excede las autorizaciones legales invocadas"; pero conceptúa a la vez que "las estipulaciones referentes al establecimiento del servicio público aeropostal y a su funcionamiento regular, se ajustan a la ley."

Hallándonos nosotros en completo acuerdo acerca de la primera de las conclusiones transcritas, no tenemos necesidad de ocuparnos de este aspecto del asunto. Nuestro análisis debe limitarse como es de rigor, a la segunda conclusión que no podemos compartir.

Fijado así el campo del debate, procede estudiar ante todo cuál es el sentido y el alcance de las autorizaciones legales para celebrar contratos.

Se ha dicho ya que este sistema constituye una de las formas ordinarias y comunes de contratar, pues la cooperación del Organo Legislativo en una u otra forma es indispensable para darle vida jurídica a las convenciones en que es parte el Estado.

Siendo esto así no podría concebirse que una ley de autorizaciones tuviera en sí misma la virtud de derogar o modificar las leyes normativas de alcance general que el legislador ha dictado en el curso del tiempo y de acuerdo con la evolución de las ideas jurídicas, para establecer el régimen permanente de la Administración Pública. La autorización versa sobre una materia determinada y concreta. Su valor es limitado y su radio de aplicación esencialmente reducido. Ningún principio de hermenéutica puede conducir a formular una tesis diversa, pues al concurrir a la integración de la voluntad del Estado como parte de un contrato, el legislador no pretende dictar una norma general e impersonal de carácter obligatorio para los ciudadanos.

Esta doctrina ha sido expresada con toda claridad por el Consejo de Estado, a propósito de la hipótesis jurídicamente idéntica de la ley posterior de aprobación:

"La ley que aprueba un contrato solamente produce efectos sobre un acto determinado, y no obliga sino al Gobierno y a la parte que con éste contrate. Tan pronto como dicha ley produce sus efectos, es decir tan pronto como el contrato ha quedado perfeccionado, por medio de la aprobación legal, el concepto de la ley desaparece y queda únicamente subsistiendo el contrato con todas las modalidades y con todas las características que le son propias, y en su ejecución y desarrollo tan sólo puede regirse por las normas legales y jurídicas que reglan las convenciones. La ley que lo aprueba no ha tenido otra finalidad ni otro alcance que los de concurrir a dar vida jurídica al acuerdo de voluntades sobre las varias prestaciones en él consignadas, a fin de hacer estables los derechos y las obligaciones civiles que de tal acto surgen para los contratantes." (Sentencia septiembre 22 de 1932. Tomo XXV. Pág. 354, *Anales* 198-202).

De modo pues que salvo disposición expresa y terminante del legislador en el cuerpo de una ley de autorizaciones, es preciso contratar sobre la base de las leyes generales que rijan la respectiva materia.

Mas esta tesis que los principios generales del Derecho, la recta razón y la lógica imponen al criterio del exégeta, pues el desorden jurídico

que resultaría de la afirmación contraria apenas puede enunciarse para refutarlo, ya que presumir derogadas por la sola autorización para contratar todas las normas que rigen los contratos sobre administración pública y sobre el asunto a que se contrae la negociación prevista es absurdo, y afirmar cuántas y cuáles de ellas quedaron derogadas o modificadas en un caso concreto es absolutamente arbitrario, reposa y se sustenta en el Derecho Público colombiano sobre un texto positivo no siquiera del legislador sino del constituyente. En efecto, se ha visto ya que el artículo 115 de la Carta Fundamental dice así:

"Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y la ejecución de obras públicas, *con arreglo a las leyes fiscales* y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias."

El respeto de las leyes fiscales vigentes es por lo tanto una obligación ineludible del Organo Ejecutivo en la celebración de todos los contratos.

Lo ha reconocido así, como era natural, y de manera inequívoca el Consejo de Estado en el siguiente pasaje:

"Los contratos que celebra el Gobierno pueden clasificarse en tres grupos, para el solo efecto de saber si necesitan para su validez la aprobación del Congreso: los que se celebren en virtud de ley expresa de autorizaciones, y que no se apartan, ni en sus estipulaciones ni en los procedimientos seguidos en su celebración, de la ley que los autoriza, *ni de las leyes fiscales en vigor;* los que en parte se separan de las autorizaciones legales; y los que celebra el Gobierno para atender a las necesidades del servicio público, sin ley preexistente que los autorice. Los primeros tienen de antemano la aprobación del Congreso, puesto que son celebrados en un todo de acuerdo *con la pauta legal;* y no necesitan de consiguiente, de nueva intervención legislativa; respecto de los segundos y los últimos, en cuanto en sus estipulaciones no se ajusten a las leyes de autorizaciones, requieren la aprobación del Congreso, a fin de que los derechos que tales contratos puedan crear, y las obligaciones que por ellos se impongan tengan el carácter de leyes del Estado." (Resolución de 23 de abril de 1923, *Anales,* tomo IV, pág. 450).

Y no podía ser otra la regla establecida en la Constitución, ni la doctrina de los Tribunales, pues si en el caso muy grave y excepcional de las facultades vastísimas que el Gobierno asume en caso de turbación del orden público, con motivo de guerra exterior o conmoción interior, dispone la Carta Fundamental que sólo se consideren derogadas o modificadas las leyes incompatibles con el estado de sitio, quedando todas las otras en plena vigencia, como lo han afirmado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en fallos de singular significación, sería inadmisible que en el caso ordinario y frecuentísimo de facultades tendientes a la celebración de un contrato, cuando ningún interés público lo hace necesario ni conveniente, la órbita del poder discrecional del Gobierno fuera más amplia y casi ilimitada.

Las consideraciones anteriores nos parecen decisivas y fundan suficientemente nuestro convencimiento de que *estando establecido el monopolio del Estado sobre el servicio público de correos en todas sus ramas,* en la Ley 76 de 1914, que por su naturaleza misma constituye una ley fiscal, no podía el Gobierno contratar respecto de la organización del servicio del correo aéreo, sobre la base de autorizaciones legales, *sino sujetándose a esa Ley, a esa norma, a ese sistema cuya vigencia era indiscutible, salvo derogatoria o modificación expresa del legislador.*

Pero, a reserva de analizar posteriormente más a espacio esta tesis, mediante una confrontación del contrato de 1932 con la Ley de 1922, queremos ahora contemplar por otro aspecto la cuestión, pues nuestros

honorables colegas han estimado, aunque sin presentar sus razones en el dictamen a que nos estamos refiriendo, que la autorización para conceder el monopolio del correo aéreo se entrevé en los términos de la ley de autorización, está contenida allí implícitamente, surge por interpretación de las palabras del texto y por lo tanto se contiene también en esa misma Ley en forma indirecta la modificación de la Ley 76 de 1914.

Ahora bien: puesto que como se ha visto, el Gobierno sin la intervención del Congreso no tiene capacidad, no es competente para contratar, y puesto que la falta de competencia de parte de los representantes del Estado produce la nulidad de un contrato, como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia, se sigue que la manifestación de voluntad del Congreso, que constituye un elemento integrante de otra declaración de voluntad, la del Estado en el acto del contrato, aquella manifestación de voluntad, decimos, tiene que ser expresa, concreta, recaer sobre una materia determinada, pues de lo contrario es aventurado y arbitrario declarar que existe, reconocerla, acreditarla.

Y así como no tendría valor alguno la declaración de voluntad formulada por el Gobierno ante el contratista de que entiende celebrar con él el contrato o contratos que sean necesarios para alcanzar determinado fin, tampoco puede tener valor una declaración análoga hecha por el Congreso en relación con el Gobierno porque la voluntad del Estado como parte en el contrato no puede expresarse sino por la doble voluntad concordante del Legislativo y el Ejecutivo, acerca de la misma materia, y sin expresa constancia del pensamiento del legislador no puede sostenerse que haya declaración de voluntad positiva del Congreso.

O para decirlo de otro modo: no pueden existir autorizaciones tácitas o implícitas, es decir autorizaciones que el intérprete deduzca mediante una apreciación personal acerca del contenido y del alcance de la intención del legislador, torturando el texto respectivo para buscar la serie de relaciones o analogías que haya entre la manifestación hecha en forma concreta y las diversas cuestiones a que pueda extenderse la posibilidad de contratar acerca de una materia dada.

Y esta doctrina que es consecuencia forzosa del sistema constitucional colombiano sobre contratos del Estado, y que debe por lo tanto aplicarse en todo caso, se hace de más rigurosa observancia cuando surge la oportunidad de ajustar un contrato de naturaleza tan peculiar y excepcional como la concesión de un monopolio, sistema de explotación de un bien fiscal, que automáticamente concede a un particular la posición y las prerrogativas que corresponden al Estado, y que rompe por lo tanto a favor de ese particular la igualdad jurídica que las instituciones han consagrado en beneficio de la entera ciudadanía, y sin que de tal situación privilegiada derive económicamente la Nación como entidad de derecho público las utilidades que le pertenecen, y que según las normas constitucionales vigentes sobre la materia, son las únicas que justifican el establecimiento de monopolios.

Pero es que hay algo más: ni siquiera cuando aparece claro que fue en realidad voluntad positiva del legislador autorizar al Gobierno Nacional en forma ilimitada para ejercer un poder discrecional en materia de contratos dentro del campo de una rama de la Administración Pública, puede admitirse el valor de semejante autorización que de una parte equivaldría a una renuncia del Organo Legislativo a su facultad de intervenir en la celebración de los contratos en especie, renuncia que no le está permitido hacer a virtud de ninguna norma vigente, pero que de otra parte carecería de toda eficacia práctica, puesto que no pudiéndose integrar la competencia del Estado sino por la concurrencia de los Organos Legislativo y Ejecutivo, allí donde no existiera la colaboración efectiva de las dos ramas del Poder, el contenido sería inexistente o nulo por falta de capacidad o competencia de una de las partes. Siendo

de notar que esta conclusión no sólo es jurídicamente inatacable como corolario del sistema constitucional, sino que se funda en un texto expreso, puesto que según las palabras de la Carta Fundamental, una autorización sólo puede otorgarse dentro de la órbita constitucional, de donde resulta que cuando traspasa esa órbita en un caso concreto todas las jurisdicciones organizadas en la República tienen que darla por no escrita.

Siendo esto así, mal puede una expresión ambigua, equivoca o de incierta generalidad, empleada por el legislador, conducir a la interpretación de que quiso despojarse de sus atribuciones naturales y traspasar el radio de sus facultades, puesto que las leyes se presumen ceñidas a la Constitución, y no sería admisible como regla de hermenéutica, entender un precepto legal que razonable y legalmente no contiene tal extralimitación de funciones, porque ni su texto ni su objeto declaran semejante voluntad, en un sentido en que a virtud de la apreciación del intérprete, produzca un conflicto entre dos normas jurídicas de las cuales la una es superior a la otra, y por lo tanto de preferente aplicación.

Sobre la base de las consideraciones anteriores nos corresponde ahora confrontar la Ley 54 de 1922, con el contrato de 12 de julio de 1932. Dice así aquel texto legal:

"Artículo 1º Facúltase ampliamente al Poder Ejecutivo a efecto de que celebre el contrato o contratos que sean menester para establecer por medio de hidroaviones el servicio de correos aéreos, en todas aquellas regiones del país en donde las vías acuáticas lo permitan. Para el servicio de correos en regiones que no brinden fácil acuatizaje, podrá contratarse la conducción por medio de aviones.

"Parágrafo. El ejercicio de la facultad conferida en esta Ley no necesitará la ulterior aprobación del Congreso."

Veamos ahora cuáles son las estipulaciones fundamentales que contiene el contrato celebrado con la Scadta, en lo relativo al establecimiento del servicio público aéreo y a su funcionamiento y explotación, para poder fijar su naturaleza y alcance a fin de definirlo dentro de las clasificaciones jurídicas.

El contrato obliga a la Scadta a crear una sección especial denominada Administración del Correo Aéreo y sostener a su costa una oficina destinada a la dirección de la mencionada Administración, y agencias o filiales en todas las ciudades importantes. Sólo al término del contrato puede el Gobierno encargarse por sí mismo del servicio y en este caso debe pagar el valor de todos los objetos existentes en tales oficinas en ese momento. Todo envío aeropostal debe llevar adheridas estampillas ordinarias que cubran el porte ordinario de los correos nacionales.

La cláusula quinta es del tenor siguiente:

"Además del porte ordinario, según la cláusula cuarta, los objetos del correo aéreo que se dirijan de una parte a otra del territorio nacional, o de cualquier lugar de éste al Exterior, ocasionarán por cuenta del público y a favor de la Scadta, un sobreporte aéreo que se hará efectivo por medio de estampillas especiales que el Gobierno emitirá con tal fin, de acuerdo con la Scadta y a costa de ella. El sobreporte aéreo se cobrará conforme a las actuales tarifas de la Scadta, pudiendo ésta en cualquier momento rebajarlas, pero no aumentarlas sin consentimiento previo del Gobierno, manifestado por escrito."

En el parágrafo de esta cláusula se dispone que puede elevarse el valor del porte en las líneas menos productivas mediante acuerdo entre el Gobierno y la Scadta.

En la siguiente se dispone que el Gobierno tendrá una participación de dos por ciento en el producto del sobreporte aéreo.

La cláusula décima dispone que "la Scadta prestará por medio de la Administración del Correo Aéreo el servicio de éste, bajo la vigilancia

del Gobierno y ciñéndose a los reglamentos postales nacionales e internacionales pertinentes."

La doce da al Gobierno el derecho de disfrutar en cada viaje de avión de un cupo libre de dos mil doscientos gramos para la correspondencia oficial. A su turno la Scadta disfruta de porte gratuito para la correspondencia entre sus oficinas y la que dirijan éstas a la administración pública en asuntos del servicio. Y de un cupo telegráfico libre también para asuntos del servicio.

Las restantes cláusulas se refieren a otra serie de concesiones y facilidades recíprocas que el Gobierno y la Scadta convienen en reconocerse y que consisten en descuentos y rebajas en los transportes, preferencia para el acuatizaje en los aeropuertos, derecho de tomar aerofotografías para ciertos objetos, y de instalar estaciones de radio, declaratoria de utilidad pública en favor de la compañía, de una parte, y servicios que la Scadta debe prestar a la aviación militar y al Gobierno, como informes y conceptos técnicos, suministro de mapas, uso de las estaciones inalámbricas en tiempo de guerra, cupos libres para vuelos oficiales, etc., de la otra parte.

La cláusula XXI, que es una de las más ambiguas del contrato, pues no es fácil saber si se refiere solamente a las líneas de aviación destinadas a fines comerciales distintos del correo aéreo, o si comprende también las líneas destinadas a prestar este servicio, obliga al Gobierno a dar aviso previo a la Scadta de la creación de nuevas líneas y da a la compañía el derecho de encargarse de ellas dentro de los treinta días siguientes, caso en el cual el Ejecutivo no podrá establecerlas por sí mismo; y dispone también que en caso de que la Scadta no quiera hacerse cargo de tales líneas podrá hacerlo el Gobierno, pero con la reserva de que la Scadta puede después tomarlas por su cuenta, con un previo aviso de noventa días, debiendo cesar en este caso el servicio prestado por el Gobierno.

Expresamente se reconoce a la Scadta en el contrato la facultad de hacer arreglos internacionales con empresas de otros países para verificar conexiones entre las respectivas líneas aéreas.

Basta la síntesis que acaba de hacerse para comprender que el contrato en estudio constituye la concesión que se hace por el Estado a la Scadta del servicio público monopolizado del correo aéreo, aunque su texto habla apenas de una administración del correo aéreo nacional por medio de la compañía, lo cual tendería a considerarlo como la combinación de un mandato y un arrendamiento de servicios.

Pero la categoría de los contratos no depende de las palabras empleadas en su redacción sino de su naturaleza y de sus características peculiares. Y en el caso que se contempla el Gobierno Nacional, a virtud de resolución del Ministerio de Hacienda, el ilustre jurisconsulto que ha tenido la representación de la compañía durante las diligencias adelantadas para su estudio en el Consejo de Estado, y la corporación misma en el dictamen a que nos venimos refiriendo, le reconocen el carácter de concesión del servicio público.

No es necesario por lo tanto insistir especialmente acerca de este punto, pero no sobra afirmar que el acuerdo entre el Gobierno y la Scadta se ajusta con tánta exactitud al concepto de concesión, que puede considerársele como una figura típica de esta clase de contratos.

Y para respaldar esta afirmación nos basta citar a dos insignes autoridades. El profesor Gaston Jeze en su obra sobre los contratos administrativos enseña que son cinco los elementos esenciales del contrato de concesión de servicio público y los enumera así:

"1º Este contrato es un contrato administrativo propiamente dicho.

"2º Tiene por objeto la explotación de un servicio público, el funcionamiento de un servicio público.

"3º La explotación se verifica a riesgo y peligro del concesionario.

"4º La remuneración del concesionario consiste en el derecho que se le confiere de percibir en su provecho, sobre los usuarios, sobre el público, una remuneración o tasa fijada por una tarifa, durante todo el término de la concesión.

"5º La concesión se hace por un largo período de tiempo; es un contrato de larga duración." (Jeze, *Los contratos administrativos,* pág.... parágrafo 1º).

Por su parte el profesor Bonnard en su obra *Précis de Droit Public,* define así esta clase de contratos:

"La concesión es un modo de gestión del servicio público que consiste en que un particular llamado concesionario, se compromete ante la autoridad administrativa concedente a organizar y hacer funcionar un servicio público por una duración limitada y según ciertas condiciones, y asegurar los gastos de organización y de funcionamiento, remunerándose por medio de una tasa o precio pagada por los usuarios del servicio y por medio de ciertas subvenciones de la administración." (Pág. 337).

Refiriéndose concretamente a la concesión de un servicio público monopolizado, escribe Jeze:

"Para que haya monopolio de derecho es necesario que una ley propiamente dicha, votada por el Parlamento o la autoridad legislativa, lo haya establecido. En efecto, el monopolio es contrario a la regla fundamental de la libertad del comercio y de la industria proclamada por la revolución francesa. (Ley de marzo de 1791). Sólo la autoridad legislativa, el Parlamento, tiene el poder de descartar este principio. *En ese caso la prestación no puede ser suministrada a los usuarios sino por el servicio público, por el concesionario.*"

"Por ejemplo, el servicio público de teléfonos se constituyó en monopolio legal. (Conclusión derivada del Decreto-ley de 27 de diciembre de 1851, artículo 1º). De ahí que en la época en que este servicio público se concedía a los particulares (de 1879 a 1889) era legalmente imposible a un empresario distinto del concesionario organizar un servicio telefónico que le hiciera concurrencia a las líneas telefónicas concedidas." (Ibidem, páginas 75 y 76).

No es preciso ser un experto en las disciplinas jurídicas, para apreciar con cuánta precisión encaja el contrato entre el Gobierno y la Scadta, dentro de las características señaladas por la doctrina a la concesión de un servicio público monopolizado.

Se trata de un contrato administrativo, dentro del criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 6 de septiembre de 1935, donde dice:

"El objeto es por lo tanto una de las diferencias esenciales entre los dos tipos de contrato (el civil y el administrativo). El servicio público o la obra pública como objeto, y el interés general como fin es uno de los requisitos que sirven para determinar la esencia de los contratos administrativos."

Nadie podría dudar de que el transporte y la distribución del correo aéreo constituyen un servicio público.

Se trata de una explotación que se verifica a riesgo del concesionario, pues la Scadta corre con todos los gastos de administración y explotación y responde de todo daño o perjuicio sufrido por los particulares.

La remuneración según lo dispone la cláusula quinta del contrato consiste en el derecho que se le confiere al concesionario, de percibir en su provecho sobre el público una tasa fijada por una tarifa.

El contrato ha sido acordado para un largo período de tiempo (veinte años) a virtud de los dos contratos sucesivos.

Por existir una Ley especial, la 76 de 1914, artículo 17, y el Decreto reglamentario número 362 de 1931, que fundan el monopolio del correo

aéreo a favor del Estado, existe un monopolio de derecho al respecto, de donde resulta que al concederse el servicio a un particular, "la prestación no puede ser suministrada a los usuarios sino por el concesionario", y "es legalmente imposible a un empresario distinto del concesionario organizar un servicio (aeropostal) que le haga concurrencia a las líneas de correos concedidas," que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de la Scadta.

Es ahora el momento de reafirmar y ampliar el argumento fundamental, expuesto atrás, y que proviene de la obligación de respetar las leyes fiscales vigentes al tiempo de la celebración de los contratos, cuando se procede a virtud de autorizaciones legales, salvo el caso de derogatoria o modificación expresa de tales leyes.

El artículo 17 de la Ley 76 de 1914 dice así:

"El servicio de correos y telégrafos en Colombia corresponde exclusivamente al Gobierno Nacional, el cual puede no obstante, autorizar a las empresas ferroviarias para construir y sostener líneas telegráficas para su exclusivo servicio, siempre que dichas empresas se sometan a las condiciones que les señale el Gobierno. En caso de conmoción interior o de guerra exterior, todas las líneas telegráficas que existan en la República quedarán al servicio exclusivo del Gobierno y esta condición se incluirá en las autorizaciones a las respectivas empresas."

En ejercicio de la potestad reglamentaria dictó el Gobierno Nacional el Decreto número 362 de 1931, cuyo artículo 1º dice así:

"Declárase función privativa del Estado el establecimiento, sostenimiento y manejo del correo aéreo."

Pero desde luégo este último precepto no tiene ningún valor propio, sino que constituye la expresión más detallada de la norma contenida en la ley, que al atribuir al Estado exclusivamente la prestación del servicio de correos, abarcó todas sus ramas sin distinción alguna.

Existía por lo tanto cuando se dictó la Ley 54 de 1922, y existía en el momento de firmarse el contrato de 1932, el monopolio oficial de correos, puesto que un monopolio es esencialmente el aprovechamiento exclusivo por una persona o entidad determinada de una industria o comercio, y puesto que un monopolio de derecho sólo puede existir a virtud de un acto de la autoridad pública, que obra con el fin de satisfacer un interés también público, o por lo menos fiscal.

Punto es éste que ni el Gobierno ni la Scadta han controvertido en ningún momento y que nuestros colegas afirman de manera expresa y reiterada. No es el caso en consecuencia de insistir al respecto.

El sentido de las autorizaciones contenidas en la Ley 54 de 1922 no podía ser otro por lo tanto, que el de facultar al Gobierno para contratar el establecimiento del correo aéreo, con arreglo a las leyes fiscales, es decir de conformidad con la Ley 76 de 1914, que erige la explotación del servicio de correos en bien fiscal nacional. Como se ha explicado con amplitud en la primera parte de este escrito, la obediencia debida al régimen existente, a virtud del cual todas las utilidades provenientes del ramo del correo aéreo pertenecían al Estado, era absolutamente rigurosa y no hubiera podido alterarse o suspenderse sino por ley expresa.

El contrato por consiguiente, al prescindir de la existencia de la Ley 76, al modificar discrecionalmente sus disposiciones, al conceder a una compañía particular los derechos, beneficios y prerrogativas que pertenecían al Estado como propietario del monopolio, al desprenderse de la explotación de un bien fiscal, se apartó francamente de las autorizaciones legales.

No corresponde al Consejo de Estado decir cuál o cuáles eran los contratos que el Gobierno podía celebrar en desarrollo de las autorizaciones contenidas en la Ley 54, y por lo tanto nada tenemos que exponer sobre ese punto.

Pero lo que sí podemos declarar es que aun prescindiendo de las consideraciones hechas hasta ahora sobre el particular, nada en la ley de autorizaciones permite suponer que allí se contemple la concesión del monopolio, que el legislador hubiera previsto de antemano la oportunidad o la conveniencia de esta medida, porque son varios y muy conocidos y eficaces los medios que existen para establecer un servicio de correos aéreos, sobre la base de conservar al Estado la plenitud de sus derechos, de tal manera que de la voluntad, esa sí muy clara, manifestada por el legislador en el sentido de que se estableciera el sistema aeropostal, no puede deducirse que se llegara hasta prever la concesión del monopolio, el cual no es en manera alguna un contrato de los que la Administración celebra en forma ordinaria, sino que reviste especialísimas características, en cuanto el concesionario, en relación con la sociedad, queda colocado en el mismo plano y en la misma posición que son propios del Poder Público.

Tan cierto es esto, que en Francia, donde el Derecho Administrativo ha alcanzado su más alto desarrollo, como todos lo reconocen, cuando se trata de hacer concesiones de servicio público y especialmente de monopolio, se requiere una ley especial que autorice el contrato, a pesar de no existir en aquel país, como en el nuestro, la regla general de la concurrencia conjunta del Legislativo y el Ejecutivo, según ya se ha visto.

Inútil parece recalcar sobre el valor especial de este antecedente jurídico que vierte mucha luz sobre la cuestión controvertida. Nos limitamos por eso a transcribir una vez más al maestro Jeze:

"El principio consiste, dice el profesor de París, en que la intervención del Parlamento es necesaria para decidir que un servicio público sea explotado por el procedimiento de la concesión. Tal intervención *es indispensable* cuando la concesión del servicio público se hace *con constitución de monopolio.* El monopolio es una excepción al principio de la libertad de la industria y el comercio establecida por la Ley de 17 de mayo de 1791. Para descartar este principio, se necesita una ley.

"Fuera del caso de concesión de monopolio, la importancia financiera del sistema de explotación explica y justifica la intervención del Parlamento para la decisión de fondo." (Jeze, *Teoría general de los contratos de la administración,* pág. 31).

¿Qué decir a este respecto entre nosotros, cuando la Constitución Nacional (artículo 27) ha exigido rigurosamente para el caso de establecimiento de todo monopolio una ley expresa?

Si el Estado que representa el interés público y que es la Nación misma organizada necesita de una ley especial para fundar un monopolio, ¿no es lógico y jurídico que para el acto de conceder ese mismo monopolio, es decir de traspasar a otra persona o entidad particular las utilidades o arbitrios rentísticos que pertenecen al Estado, se hace indispensable una ley, una disposición expresa del legislador? *Ubi eadem ratio ibi idem jus,* dice el apotegma latino que constituye un principio general de derecho. ¿Y acaso puede decirse conforme a la Constitución que el monopolio persiga un objeto distinto del de procurar recursos al Fisco? Es evidente que un servicio público de esta importancia debe prestarse por el Estado para atender al interés general; pero no es cierto que deba prestarse con exclusión de todo otro empresario. Lo que justifica el monopolio es el arbitrio rentístico. Luego si para fundarlo se necesita una ley, para cederlo, para otorgarlo a un particular también se requiere una ley.

El peso de las consideraciones que hasta ahora han sido formuladas aumenta si se reflexiona acerca de la gravedad que para el futuro de la Administración Pública colombiana representa la consagración de la doble tesis de que autorizaciones vagas o equívocas equivalen a autoriza-

ciones ilimitadas, y de que son constitucionales estas últimas autorizaciones.

Basta pensar en que puede ser suficiente una falta de claridad, de precisión o de rigor técnico, de aquellas en que por su índole y su composición misma incurren con tánta frecuencia los Parlamentos, a fin de fundar el poder discrecional del Gobierno en materia de contratos, para concluir en lo peligroso y aventurado de semejante régimen.

Suponiendo que el legislador colombiano en vez de haber autorizado expresamente al Gobierno, después de un maduro examen, para conceder al Banco de la República el privilegio de emisión que corresponde al Estado, hubiera empleado una fórmula semejante a la de la Ley 54 de 1922, que dijera por ejemplo: "autorizase ampliamente al Gobierno para celebrar el contrato o contratos que sean menester para regular el sistema monetario nacional," ¿sería acaso admisible la afirmación de que sobre esa simple base podía el Gobierno otorgar por si mismo el privilegio de emisión a un particular?

Y si mañana expidiera el Congreso una ley que autorizara ampliamente al Ejecutivo para proveer por medio de contratos al aprovechamiento de los bosques nacionales, ¿bastaría acaso esa fórmula para que el Gobierno procediera a desprenderse de esa riqueza nacional en todo o en parte?

No se nos escapa que en el caso concreto de la negociación hecha con la Scadta, la contribución que esta compañía ha prestado al progreso del país por la exploración de las rutas aéreas y el rápido intercambio entre regiones muy distantes del territorio nacional, explica desde un punto de vista general el sistema adoptado. Pero no por ello puede tener apoyo legal el procedimiento escogido para hacer la concesión del monopolio, ni se atenúan o aminoran los inconvenientes que un precedente de esta naturaleza tiene para el desarrollo de la vida nacional.

Que se nos permita ahora, para concluir este salvamento de voto, referirnos a un argumento de autoridad que ha sido formulado en defensa de la legalidad del contrato que se estudia, y que procede de las ideas expuestas en un célebre mensaje por el insigne jurisconsulto don Miguel Antonio Caro.

Sin duda no es la circunstancia de haber sido este ciudadano uno de los autores de la Constitución de 1886 lo que da un especial relieve a sus opiniones y doctrinas, pues si hay alguna noción que parezca generalmente admitida por la doctrina jurídica contemporánea, es la de que la interpretación de las leyes no puede consistir tan sólo en lo que el maestro Francisco Geny llamó el diagnóstico de la intención del legislador. Un texto legal es preciso considerarlo en sí mismo y dentro del objeto social que lo inspira, sobre la base de una completa independencia en la investigación científica. Bien sabido es hasta qué punto goza de crédito hoy la tesis de que la ley, una vez promulgada, se desprende del pensamiento de sus autores para alcanzar una vida propia y autónoma, dando así a la doctrina una gran amplitud en su trabajo de adaptación y de crítica, y la de que la interpretación para ser fecunda debe buscar las soluciones que corresponden a las necesidades sociales de cada época y a la concepción de la equidad.

Las opiniones del Presidente Caro, cuyo ideal político profundamente autoritario ha tenido que ir rectificando la República, valen por lo tanto tan sólo por lo que valgan los argumentos expuestos en su apoyo. Y a este respecto es preciso reconocer que las razones del señor Caro son casi siempre irreprochables en temas de derecho.

Ahora bien: por la circunstancia de haberse constantemente manifestado el criterio del ilustre hombre público en favor del acrecimiento de las atribuciones del Gobierno, y por el alto vuelo de las argumentaciones expuestas en el famoso mensaje dirigido al Congreso el 24 de octubre de 1892, nos parece que semejante pieza jurídica, que lejos de ser

contradictoria con la doctrina que venimos sosteniendo, se halla perfectamente acorde con los motivos que inspiran este salvamento de voto, le da un valor singular a nuestra tesis.

Que se analice con cuidado y ponderación el mensaje de 1892 y se verá cómo corresponde con exactitud al alcance y al sentido de los textos constitucionales que hemos comentado, y cómo desautoriza la teoría de las facultades ilimitadas para contratar.

"No están sujetos a ulterior aprobación —dice el señor Caro— los contratos no comprendidos en los dos casos enunciados, esto es aquellos cuya celebración ha sido autorizada incondicionalmente y los que autorizados condicionalmente se ajustan del todo a los requisitos exigidos. Tales son los contratos comunes que, o no exceden de cierta cuantía, o se celebren mediante licitación pública, con arreglo a las leyes fiscales."

Precisa destacar ante todo en este pasaje el concepto de que todo contrato debe proceder de una autorización contenida en una ley especial o en las leyes fiscales ordinarias. Los contratos que no estén en esas condiciones deben ser sometidos a la aprobación del Congreso. Luego la concurrencia conjunta de los dos Poderes u Organos del Poder es norma invariable. Mas como si a este respecto no fuera bastante claro el párrafo transcrito, dice más adelante el señor Caro:

"El principio constitucional en materia de contratos administrativos, como queda expuesto, consiste en procurar la concordancia del Poder Legislativo y el Ejecutivo, *subordinando la acción del segundo* a reglas generales preestablecidas por el primero."

¿No es acaso este mismo el argumento central del presente estudio? ¿Puede haber algo más nítido?

Véase ahora cómo precisa el señor Caro su concepto sobre los contratos que no han de ser sometidos al Congreso porque proceden de previas autorizaciones, afirmación que constituye el objeto del mensaje:

"Divide el Código Fiscal los contratos comunes en públicos y privados, estableciendo para los primeros la condición de ser adjudicados al mejor postor en licitación, y para los segundos un límite de cuantía y otras circunstancias. Estas reglas constituyen verdaderas *autorizaciones*, tan claras y justas que no ofrecen dificultad en la práctica, ni debieran dar pretexto para que contratos celebrados *con todos los requisitos* que ellas establecen fuesen en ningún tiempo reclamados por el Congreso para aprobarlos o improbarlos."

Claro está que es esta una doctrina irrebatible. Sostener hoy, por ejemplo, que los contratos ajustados por el Ejecutivo sobre conducción de correos, por medio de licitación pública y con estricto acatamiento de las disposiciones vigentes sobre la materia, debieran volver al Congreso, sería una pretensión sin fundamento alguno, dado que las leyes postales son el tipo de las autorizaciones determinadas y precisas, como lo son las leyes sobre petróleos, pues aunque abren el campo para celebrar muchos contratos, los someten todos a una serie de condiciones idénticas.

Lo que queda en pie es por lo tanto la tesis de la intervención indispensable del Congreso.

Ahora bien: con su habitual sagacidad plantea el señor Caro el problema de un posible desacuerdo entre el Gobierno y el Congreso, acerca del punto de saber si un determinado contrato se ajusta estrictamente o nó a las autorizaciones legales. Y entonces, adelantándose a su época, declara indispensable la existencia de una jurisdicción que dirima con fuerza de verdad legal esta discordia de criterios, anticipando la idea de que tal misión debe corresponder a la Corte Suprema o al Consejo de Estado.

No admite por lo tanto, sino que rechaza el señor Caro la doctrina de que existen autorizaciones ilimitadas, es decir capaces por sí solas de modificar las leyes fiscales vigentes, pues si tal cosa aceptara sobraría el reclamo de un Tribunal encargado de declarar qué es lo que cabe y lo que no cabe dentro de todas y cada una de las autorizaciones, y porque como ya se ha visto, preconiza la doble concurrencia del Poder Legislativo y Ejecutivo, *subordinando la acción del segundo a reglas generales preestablecidas por el primero.*

El error fundamental en que a nuestro juicio han incurrido los glosadores de este mensaje, estriba en confundir la idea de condición con la de límite. Es verdad que el señor Caro postula la existencia de autorizaciones incondicionales por oposición a las condicionales, lo cual es inatacable a la luz de la Carta Fundamental.

Pero lo que ocurre es que una autorización condicional, es aquella que somete la celebración del contrato a minuciosas y precisas exigencias, como la fijación de un término o de un precio rigurosos, el señalamiento de la persona del contratista, el visto bueno de una comisión o entidad oficial, en una palabra la que le señala al Gobierno condiciones de las cuales no puede apartarse. Y es claro que en este camino el legislador puede llegar prácticamente hasta redactar de antemano la minuta misma del contrato en la ley respectiva, caso que ocurre como se ha dicho, en las leyes de petróleos por ejemplo.

Por oposición a esta clase de autorizaciones existen otras incondicionales, en que no se le señalan al Ejecutivo las cláusulas que debe insertar en la convención sino que se le faculta para celebrar según su buen juicio un determinado contrato.

Pero lo que sí no existe, aquello que no reconoce el señor Caro, son autorizaciones para celebrar discrecionalmente cualquier contrato mediante el mero señalamiento de la rama de la Administración sobre la cual ha de recaer.

Humanista y filólogo insigne, el señor Caro hacía uso siempre de un léxico adecuado y preciso, además de elegante. Sabía él mejor que nadie la profunda divergencia entre el concepto que expresa la palabra límite y el que expresa la palabra condición.

Hé aquí por qué el valor científico de los argumentos expuestos en el mensaje de 1892 no contraría sino que sustenta la tesis sostenida en este salvamento de voto.

Bogotá, marzo 5 de 1938.

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Si el Estado no tiene el monopolio del servicio aéreo postal —como no lo tiene— es imposible legalmente que lo haya cedido a una compañía, e igualmente imposible que el contrato celebrado con ésta "constituya un monopolio sobre el correo aéreo en todo el país," como afirma el Ejecutivo en la nota remisoria del contrato al Consejo de Estado.

El suscrito se aparta, con pena, de la mayoría de la Sala, y no puede adherir a los conceptos del anterior salvamento de voto de los honorables Consejeros doctores Lozano y Miranda; en consecuencia, salva su voto por las razones que en seguida expresa:

El día 6 de abril del año pasado envió el Ministerio de Correos y Telégrafos a esta corporación la siguiente nota:

"Señor Secretario del Consejo de Estado—En su Despacho.

"Me permito remitir un ejemplar debidamente autenticado del número 22364 del *Diario Oficial* de fecha 18 de agosto de 1933, en que aparece publicado el contrato sobre administración del correo aéreo, celebrado el 16 de diciembre de 1932 por el Gobierno Nacional con la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos (Scadta) a efecto de que dicho contrato sea revisado por ese honorable Consejo. Aunque en el contrato no se determinó expresamente su cuantía, ésta excede de $ 5.000. *Basta saber que constituye un monopolio sobre el correo aéreo en todo el país* (subraya el suscrito). Por su cuantía, el contrato debe someterse a la consideración del Consejo de Estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 37 del Código Fiscal, reformado por el artículo 3º de la Ley 13 de 1935. En el contrato se citan los artículos 3º y 4º de la Ley 12 de 1932, *pero la negociación en él consignada, no es de las comprendidas en la citada Ley.*

"Soy de usted atento seguro servidor,

"Jorge Restrepo Hoyos,

"Ministro de Correos y Telégrafos."

El suscrito tuvo ocasión de manifestarle al Ministro de Correos y Telégrafos en el curso de los debates del Consejo a que asistió aquel digno representante del Gobierno, que era por lo menos inusitado el procedimiento de señalarle a esta alta corporación la ruta que debía seguir en el estudio del contrato.

Le manifestó, además, la extrañeza que producía el hecho de que un pacto celebrado por el Ejecutivo en 1932 se enviase al Consejo, para su revisión, al mediar el año de 1937.

Constan en las actas del Consejo las opiniones personales del suscrito acerca de este último hecho, respaldadas por documentos auténticos, que se insertaron en las mencionadas actas, por orden de la corporación, y que algún día completarán la historia del paso de este negocio por el Consejo de Estado.

Estaba la corporación ocupándose en el estudio de la cuestión propuesta por el Ejecutivo, cuando comenzaron en la Cámara de Representantes las exposiciones del Ministro de Correos y Telégrafos encaminadas a demostrar que el contrato era inconstitucional, ilegal e inconveniente, con gran asombro de quienes consideran que "el Gobierno es entidad perpetua, que no cambia ni se extingue por variación de personal," de quienes profesan que no es lícito al Ejecutivo alegar ignorancia de las leyes después de la celebración de los pactos a que ha concurrido voluntariamente, en ejercicio de la potestad de que se halla investido.

Hubo de presentarse como cuestión previa, la de competencia para emitir concepto, en vista de textos expresos como el artículo 37 del Código Fiscal, y el artículo 3º de la Ley 13 de 1935.

Tratándose de contratos como aquellos a que se refiere la nota arriba transcrita, establece el Código Fiscal que ellos deben remitirse al Consejo "una vez obtenida la correspondiente aprobación ejecutiva"; y la Ley 13 de 1935, reformatoria de aquella disposición, ordena que se remitan al Consejo "una vez obtenida la correspondiente aprobación ejecutiva." Estas dos locuciones, sostuvo el Ministro y afirma la sentencia, no imponen al Gobierno la obligación perentoria de enviar aquellos contratos al Consejo inmediatamente después de su aprobación por el Ejecutivo, y sería menester, se agrega, una disposición legal más terminante, que fijara por modo imperativo, el término dentro del cual deben enviarse los contratos a la revisión de la entidad encargada de cumplir con ese deber.

No comparte el suscrito esta respetable opinión y considera que en casos como aquellos contemplados por la mencionada nota ministerial de 6 de abril, el Gobierno, apenas aprobado debidamente el contrato con las formalidades legales, debe remitirlo al Consejo de Estado para lo de su cargo; no cumple su deber si pone el contrato en ejecución sin ese requisito, y comete grave falta, y asume responsabilidades que se le pueden deducir conforme a la Constitución, si deja pasar años enteros sin dar cumplimiento a disposiciones legales dictadas en guarda de intereses patrimoniales de la comunidad.

"Después de impartida la correspondiente aprobación ejecutiva" y "una vez obtenida la correspondiente aprobación ejecutiva" significan, en el lenguaje común, "inmediatamente después de, luégo que," y así lo entendieron siempre los que elaboran las leyes.

La Constitución de 1886 no emplea la locución "una vez" sino en el artículo 86 que dice así:

"Artículo 86. El Presidente de la República dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto, cuando éste no conste de más de cincuenta artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de cincuenta y uno a doscientos artículos, y hasta de quince días, cuando los artículos sean más de doscientos.

"Si el Presidente, *una vez* transcurridos los indicados términos según el caso, no hubiere devuelto el acto legislativo con objeciones, no podrá dejar de sancionarlo y promulgarlo....."

Aquí se ve con absoluta claridad el significado que gramatical y legalmente tiene la locución de que se trata, y no hay para qué insistir en la duda que se ha levantado, ni para qué pedir al legislador la expedición de un acto por el cual se le señale término preciso al Ejecutivo para el cumplimiento de un deber elemental.

Por otra parte: el concepto del Consejo de Estado en materia de contratos como aquellos a que la nota se refiere, ha de ser anterior a la publicación en el *Diario Oficial,* según el artículo 38 del Código Fiscal que dice: "Si la resolución del Tribunal (Consejo de Estado) es afirmativa, el contrato se considera en firme. En caso contrario el Gobierno y la otra, o las partes contratantes, deben, para alcanzar la firmeza del contrato,

adoptar las enmiendas propuestas por el Tribunal" (Consejo de Estado). Como las enmiendas no pueden hacerse después de que el contrato se publica, o después de que se ponga en ejecución, o después de que se cumple (lo que sería absurdo), fuerza es concluir que si hay un término señalado por la ley para el examen de los contratos y que por tanto es extemporáneo el envío de los que se someten a su estudio fuera del plazo fijado por la ley.

Hé aquí lo que dijo el Magistrado ponente doctor Peñaranda Arenas al estudiar esta faz de la cuestión propuesta como previa, o sea según se dijo ya, la competencia del Consejo para emitir concepto acerca del punto sometido a su consideración, esto es, el de saber si el contrato se ajusta o nó a las disposiciones de la ley respectiva.

"Si se admite que respecto del Consejo de Estado el envío de los contratos para su estudio puede hacerse cuando éstos ya se están ejecutando o se han ejecutado, se deroga de hecho el examen previo ordenado por la ley, y en tal virtud se autoriza al Gobierno, para que cuando lo quiera, prescinda de esta corporación en una de sus más trascendentales misiones. Y si se acepta de la misma manera que los contratos que deben ir al Congreso para adquirir firmeza, pueden ser enviados cuando ya se están ejecutando o se han ejecutado, se establece de hecho la dictadura y se entrega en las solas manos del Poder Ejecutivo la facultad de negociar libremente, dándole a él mismo la virtud de afirmar los contratos, como consecuencia del plazo indefinido que se le otorga para someterlos a la revisión de la corporación pública que la Constitución y las leyes quisieron que se sellaran con un dictamen o con una ley.

"Y no vale en el presente caso, el argumento de que en otras ocasiones el Consejo de Estado no reparó en el término dentro del cual los negocios le fueron sometidos para emitir concepto acerca de su legalidad.

"Porque precisamente la jurisprudencia no es sino la obra de clarificación y de rectificación, sobre el alcance y aplicación de las leyes, y porque de otra parte cuando así se pensaba, no existía la Ley 50 de 1936 que permite alegar la nulidad por todo el que tenga interés. Esta reforma permitiría al Gobierno demandar la nulidad de un negocio por él mismo celebrado, cuando estime que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie, o la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil)."

El honorable Consejero doctor Peñaranda Arenas, que consideró extemporáneo el envío del contrato hecho por el Ministro de Correos y Telégrafos, convino con sus colegas de la misma opinión en la conveniencia de entrar a estudiar a fondo el contrato con el anhelo de obtener un concepto unánime del Consejo de Estado. Desgraciadamente esto no sucedió.

Por las razones hasta aquí expuestas, el suscrito no puede suscribir sino en parte las consideraciones iniciales de la sentencia.

Es evidente para el autor de este salvamento que nos hallamos en presencia de un contrato administrativo, no obstante que jurisconsultos eminentes del país y expositores extranjeros niegan la existencia de tales contratos como esencialmente distintos de aquellos que regulan las leyes civiles. Los unos y los otros creen con Hans Kelsen que la diferencia esencial entre el contrato civil y el contrato administrativo "se busca en vano" hasta ahora.

El artículo 69 de la Constitución se expresa así:

"Artículo 69. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: 8ª Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional."

Y el artículo 115 de la misma Constitución dice:

"Artículo 115. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: 14. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias."

Los constituyentes de 1886 conocían el valor de los términos. Cuando establecieron que al Presidente de la República corresponde celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, y cuando no hablaron sino de contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares o compañías o entidades políticas, en los cuales tenga interés el Fisco Nacional, así como cuando hablaron de autorizaciones concedidas al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, etc., establecieron y fijaron la diferencia entre simples contratos o convenios de aquellos que la Administración puede celebrar como persona jurídica de derecho privado y los que celebra como persona jurídica de derecho público.

Es indudable que para los constituyentes de aquel año existía diferencia entre contratos regidos por las leyes civiles y contratos sometidos a las disposiciones del derecho público.

Por eso dijeron "contratos o convenios" en el primer caso, y "contratos administrativos" en el segundo. No contentos con establecer la diferencia, agregaron esto: "celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y la ejecución de obras públicas" que son las dos grandes categorías de los contratos administrativos.

Algunos expositores modernos afirman que la concesión, por ejemplo, no tiene nada de contractual, puesto que es un simple traspaso o delegación de ciertas funciones especiales que corresponden al Estado en su obligación de atender a los servicios públicos.

Evidente es que este contrato administrativo tiene por objeto el funcionamiento, la explotación de un servicio público. La explotación tiene lugar por cuenta y riesgo del concesionario. La remuneración de éste consiste en el derecho que se le confiere de percibir en provecho suyo, de los usuarios del servicio público, una tasa, fijada por la tarifa convenida, durante el tiempo de la concesión. La concesión se ha hecho, como de costumbre, por un largo período de tiempo.

Pero el funcionamiento del servicio industrial organizado como servicio público en virtud de una ley amplísima expedida con las formalidades constitucionales por el Parlamento, implica siempre la aplicación de normas superiores a las del derecho civil, como ha dicho en repetidas ocasiones el más alto Tribunal Contencioso Administrativo de Francia. Los contratos de concesión de servicios públicos son especie determinada de los llamados contratos administrativos; cuando la Administración encarga a un individuo por virtud de un contrato de concesión, de la explotación de un servicio público, aquél va a ejercer las facultades reconocidas a la Administración por leyes generales y por leyes particulares. Hé aquí por qué estos contratos se diferencian del de arrendamiento de servicios que regula el Código Civil.

En contra de la opinión sostenida en este salvamento y que se viene desenvolviendo para reafirmar que se trata de un contrato administrativo de concesión de un servicio público, pueden aducirse, y no se ocultan, textos legales más o menos exóticos en la materia. Pero la jurisprudencia, que es ante todo ciencia experimental, no debe, en estos casos, atenerse sino a la naturaleza misma del contrato, y a la esencia de los principios jurídicos que lo informan.

Téngase presente que el servicio público concedido no deja de ser por eso un servicio público con todos los caracteres que lo informan. La concesión no es otra cosa que un modo de gestión de un servicio público. La idea del servicio público al través de la concesión y del des-

arrollo o desenvolvimiento de ésta, permanece intacta, puesto que se trata de satisfacer una necesidad de interés general e imperiosa, lo que basta para legitimar el empleo de procedimientos jurídicos de derecho público.

Cuando el Estado organiza un servicio público, para explotarlo por sí mismo o para otorgar la concesión de él, no tiene otro fin que procurar a la colectividad la satisfacción de necesidades generales, a las cuales no podría atender correctamente la iniciativa particular. A veces el servicio público que el concesionario está encargado de hacer funcionar está reglamentado y organizado por el acto mismo de la concesión. La reunión en un mismo documento del contrato de concesión del servicio público y de las reglas generales de la organización del servicio público concedida, no deben implicar confusión acerca de la naturaleza jurídica de los dos actos, que son distintos.

El servicio público continúa siendo, no obstante estar concedido, un servicio público. El acto de la organización del servicio es jurídicamente una ley, esto es, un acto creador de una situación jurídica impersonal. El acto de la concesión de explotación del servicio público así organizado, es un contrato, esto es, un acto creador de situación jurídica individual. Lo que el concesionario debe hacer funcionar es el servicio público, no solamente tal como está organizado por el acto contractual de la concesión, sino tal como podría ser ulteriormente modificado. Modificando esta organización, la autoridad pública competente no viola el contrato de concesión; no toca el contrato; modifica la ley general e impersonal de organización del servicio público conferido. La Administración tiene el derecho de prescribir las modificaciones y las adiciones necesarias para asegurar, en interés del público, la marcha normal del servicio.

El Estado no puede despreocuparse del servicio público cuando lo ha concedido por medio de un contrato. La concesión representa una delegación; constituye un modo de gestión indirecta, pero no implica abandono ni dejación del servicio público. El Estado es responsable de la seguridad pública que pueda comprometerse por una ejecución torpe o inhábil del servicio. Es responsable del orden público que pueda turbar una incompleta ejecución del mismo. El Estado interviene para imponer al concesionario en mora, en quiebra o en rebeldía, una prestación superior a aquella que se había previsto estrictamente para forzar uno de los términos de esta ecuación financiera que es, en resumen, toda concesión de servicio, y puede usar, no sólo las facultades que le confiere la concesión, sino las facultades que le pertenecen como Organo del Poder Público. Esta facultad del Estado es reglamentaria del servicio público, nó contractual. La tarifa es un acto emanado del Poder Público que otorga la concesión. Es acto reglamentario en sentido estricto del vocablo. Cuando el consentimiento del concesionario interviene, la tarifa es jurídicamente obligatoria puesto que la Administración ha dado a este consentimiento el valor jurídico fijado por la ley. La tarifa puede ser modificada en todo momento sin que los usuarios puedan oponerse a ella. Puede la tarifa aumentada aplicarse inmediatamente, de pleno derecho, porque la tarifa no es un cuadro de precios contractuales sino una parte de la organización del servicio público.

Síntesis de las opiniones de los expositores, de célebres sentencias del Consejo de Estado francés, de conceptos de los Comisarios del Gobierno en aquella sabia corporación, son los pasajes que preceden.

Serias vacilaciones en veces; tesis encontradas; contradictorias jurisprudencias; interpretaciones erróneas de los textos; de todo ha habido en las labores de aquella cumbre del pensamiento jurídico, pero al fin el Derecho Administrativo se ha emancipado del Derecho Civil, y los contratos administrativos son hoy esencialmente distintos de aquellos

que el Código Civil regula, todo por virtud de la obra paciente de la jurisprudencia, más que por el mandato de la ley.

En el último y esforzado memorial que presentó el apoderado de la compañía doctor Alfonso Villegas Restrepo se encuentra lo siguiente:

"De autos aparece que antes de 1922 la Scadta no desempeñaba simplemente el papel de conducir un correo aéreo que hubiera establecido el Gobierno; tenía creado y en pleno funcionamiento un servicio tan completo en su esencia como el que existe actualmente. Pero lo tenía establecido sin base en ninguna disposición legal, por virtud de un simple permiso que le concediera el Gobierno en atención al beneficio que el nuevo sistema le proporcionaba al país. Esa situación de hecho, conocida de todos, y consentida por el Gobierno, pero claramente extralegal, debía regularizarse para lo futuro, que fue lo que hizo la ley."

Hé aquí el texto de la Ley 54 de 13 de octubre de 1922 a que se refiere el concepto transcrito:

"Ley 54 de 1922

(octubre 13)

por la cual se concede una autorización al Poder Ejecutivo.

"El Congreso de Colombia

decreta:

"Artículo 1º Facúltase ampliamente al Poder Ejecutivo a efecto de que celebre el contrato o contratos que sean menester para establecer por medio de hidroaviones el servicio de correo aéreo en todas aquellas regiones del país en donde las vías acuáticas lo permitan.

"Para el servicio de correo en regiones que no brinden fácil acuatizaje, podrá contratarse la conducción por medio de aviones.

"Parágrafo. El ejercicio de la facultad concedida en esta ley no necesitará la ulterior aprobación del Congreso.

"Artículo 2º Esta ley regirá desde su sanción.

"Dada en Bogotá, a diez de octubre de 1922.

"El Presidente del Senado, *Camilo Muñoz O.*—El Presidente de la Cámara de Representantes, *José Ignacio Vernaza*—El Secretario del Senado, *Julio D. Portocarrero*—El Secretario de la Cámara de Representantes, *Fernando Restrepo Briceño.*

"Poder Ejecutivo—Bogotá, octubre 13 de 1922.

"Publíquese y ejecútese.

"PEDRO NEL OSPINA

"El Ministro de Gobierno, *Miguel Jiménez López.*"

Para la época de la expedición de esta norma legal, era imperiosa la necesidad del servicio que venía prestando la compañía en el correo aéreo. El comercio, así como las otras industrias del país, y la ciudadanía en general, lo usaban de preferencia a otro cualquiera, por su eficacia y celeridad, y reclamaban su mejoramiento, con marcada insistencia. De tal suerte que pudo decirse que fue la necesidad impuesta por un hecho lo que creó el derecho consagrado en esta ley, o como textualmente dijo la Corte de Casación de Roma en un considerando de cierta célebre sentencia:

"Una invincibile necessita di fatto la quale diventa suprema ragione di diritto."

La necesidad del servicio aeropostal, nuevo entre nosotros y en el Continente, corría parejas con la amplitud de las facultades concedidas al Ejecutivo por las disposiciones de esta ley, notable en la historia del Parlamento colombiano por las atribuciones que depositaba en el Organo encargado de la Administración, pero ajustada al sistema constitucional vigente en la época del pacto. Amplias facultades para contratar en firme un servicio público nuevo, ya ensayado con éxito, y aprobación anticipada de cuantas operaciones contractuales se ejecutasen en uso de las autorizaciones conferidas, sin más límite que los preceptos constitucionales, como se verá en seguida.

No era preciso someter al Congreso el contrato o contratos que fuera indispensable celebrar para el establecimiento del nuevo servicio público. Por anticipado contaba aquel pacto del Ejecutivo con la aprobación parlamentaria.

Se duelen muchos, puestos en puntos de vista diferentes a aquellos en que la necesidad colocó a los legisladores de 1922, de la largueza con que procedieron en cuanto a facultades y autorizaciones al Ejecutivo.

Pero es de justicia reconocer que esos legisladores y las Administraciones que siguieron sus pasos, procedieron con visión de verdaderos estadistas en el empeño de poner al país en el más alto plano de cultura en el ramo de comunicaciones postales.

Por eso ha causado desconcierto el hecho de que el mismo Organo del Estado que celebró el contrato sometido al estudio del Consejo, previas las autorizaciones de la ley transcrita y de las que le siguieron, sea el que ha venido a impugnarlo por inconstitucional en el seno de esta corporación, y en la Cámara de Representantes, repitiendo así, en parte, un capítulo digno de recordación en la historia nacional.

Trátase de saber si están conformes con la Constitución autorizaciones y facultades como las que contiene la Ley 54 de 1922 arriba transcrita.

El dia 28 de octubre de 1892 dirigió el Presidente de la República señor Caro a los Senadores y Representantes un mensaje del cual se destacan estos pasos:

"Honorables Senadores y Representantes:

"Hace días ya que el señor Ministro de Fomento fue interpelado en la Cámara de Representantes sobre el caso concreto de un contrato celebrado por la anterior Administración, con requerimiento del concepto del Encargado del Poder Ejecutivo, y habiendo ocurrido nuevos incidentes relacionados con la misma materia, ha llegado la ocasión de exponer razonadamente, para conocimiento del Congreso y del público, la opinión que profesa el Gobierno....."

"Con arreglo a la Constitución, todo contrato no autorizado por ley preexistente general o especial requiere la aprobación del Congreso. La requieren también los que, autorizados por la ley bajo ciertas condiciones, no se conforman con ellas en alguno o algunos puntos.

"No están sujetos a ulterior aprobación los contratos no comprendidos en los dos casos enunciados, esto es, aquellos cuya celebración ha sido autorizada incondicionalmente, y los que, autorizados condicionalmente, se ajustan del todo a los requisitos exigidos.

"Tales son los contratos comunes que, o no exceden de cierta cuantía, o se celebran mediante licitación pública, con arreglo a las leyes fiscales.

"Mas no cabe exigirla al Gobierno, porque la Administración es esencialmente activa, y si todos los contratos que se celebran para atender a necesidades urgentes, pendiesen de la aprobación de Congresos que se reúnen cada dos años, paralizarianse algunos ramos del servicio, empezando por las obras públicas, y el movimiento postal y telegráfico; o

padecería grave perjuicio el Fisco, por las condiciones en que habrían de celebrarse contratos imperfectos, sujetos a la eventualidad de una improbación en cualquier tiempo.

"El Poder Ejecutivo debe tener como los demás poderes, facultades limitadas, pero éstas precisas y seguras, para que su acción no sea incierta ni estéril.

"La práctica conforme con la teoría enunciada consiste en que el Gobierno somete a la aprobación del Congreso los contratos de la primera clase y da cuenta de los otros en los documentos anexos a los informes de los Ministros.

"Los contratos que se celebran bajo el concepto de que no requieren la aprobación del Congreso, contienen como cláusula expresa, tal condición, o sea la declaración que hace la parte Gobierno de su competencia para contratar en firme, y la obligación consiguiente de no someter el acto a ulterior aprobación, quedando perfecto con la que da el Presidente a lo estipulado por el Ministro.

"No podría exigirse a un Gobierno que someta a la aprobación del Congreso un contrato celebrado con la condición contraria, lo que equivaldría a pedirle que desconozca un compromiso contraído de buena fe, y viole una estipulación consignada en un acto bilateral que se rige por los principios del derecho civil.

"Tampoco puede exigirse al Gobierno que proceda de tal modo respecto de un acto de otra administración; puesto que el Gobierno es una entidad perpetua que, si bien revoca o reforma libremente sus providencias, no por eso puede alterar por sí solo los compromisos contraídos como entidad jurídica, que no cambia ni se extingue por variación de personal.

"Cualquiera que sea el concepto que se forme sobre el valor jurídico de la obligación de no hacer contraída por el Gobierno en contratos que considere eficaces por sí mismos, sería, por otra parte, del todo irregular someter a la aprobación del Congreso un contrato único sin examen previo y prolijo de todos los actos análogos de anteriores épocas, y procedimiento inquisitivo y alarmante el acometer tal indagación retrospectiva, con el fin de buscar divergencias de conceptos con los que antes ejercieron la autoridad, y de promover la anulación de actos que se consideran pasados en autoridad de cosa juzgada.

"Tal modo de proceder quebrantaría la fe pública, y sería contrario a la máxima política que el General Santander, llamado el hombre de las leyes, proclamó en ocasión solemne como digna de esculpirse en la puerta del Palacio Presidencial, a saber que:

'Los Gobiernos, aun por su propio interés, están obligados a sostener el decoro y dignidad de los que les han precedido en el mando; si no, el ajamiento de los unos tendrá para los otros amargas consecuencias.'"

Se tiene, pues, que conforme a la ley fundamental el Consejo puede autorizar incondicionalmente al Ejecutivo para celebrar contratos. No porque esta sea la opinión del ex-Presidente de la República señor Caro, sino porque ese es el espíritu que anima la Constitución de 1886, *cuyos cimientos permanecen inconmovibles.*

Desde luégo las autorizaciones incondicionales no pueden resolverse en autorizaciones arbitrarias, que rompan el mecanismo jurídico de la Nación, como serían aquellas de los ejemplos propuestos en el salvamento que precede. No son la misma cosa facultad discrecional y poder arbitrario. La facultad discrecional, sin importar desviación o usurpación de poderes, se realiza para procurar el fin de la función; el poder arbitrario representa la voluntad personal del funcionario administrativo y está determinado por sus preferencias, sus pasiones, o sus caprichos. El poder arbitrario, lejos de procurar el fin de la función, atenta contra ella.

La facultad discrecional es aquella que se ejerce sin necesidad de reglamentación previa, para proveer a una necesidad pública, teniendo siempre a la vista el fin que a la función se le atribuye, y para cumplirlo.

La facultad discrecional se explica y justifica dentro de un régimen de derecho, porque ella contribuye a adaptar las normas legales, siempre abstractas, a las necesidades positivas, cambiantes y con frecuencia imprevisibles, de la vida práctica; porque ella permite a la administración hacer una apreciación técnica de aquellas necesidades y de los medios que conviene emplear para satisfacerlas, ya que, para el efecto, las autoridades administrativas están mejor preparadas que el Poder Legislativo; y por último, porque mediante dicha facultad se hace posible lograr la aplicación equitativa de la ley, examinando cada caso individual. (G. Fraga Jr., *Derecho Administrativo,* pág. 355).

Véase, pues, cómo el señor Caro se anticipó al hacer el comentario contenido en el mensaje transcrito a los artículos correspondientes de la Constitución de 1886, a muchos tratadistas modernos, y véase también cómo para éstos, coinciden en un estado de derecho la facultad discrecional y las normas de la Constitución.

La Ley 54 de 1922 está incorporada al contrato que se estudia, aun cuando en el preámbulo del mismo no se la cite; la Ley 116 de 1923, que "reglamenta la celebración de contratos para la conducción de correos nacionales," no la derogó, porque es anterior a ella el artículo 26 del Código Fiscal aplicable a los casos en que el Gobierno necesite la prestación de servicios, tales como los de transportes o los manuales que no pueden hacerse por administración, y sería inconcebible sostener que las facultades de la Ley 54 se conferían al Ejecutivo solamente para contratar la conducción del correo aéreo.

Rueda, pues, todo el problema alrededor de la Ley 54 de 1922, y para sacar adelante la tesis que sostiene este salvamento, no se ha hecho hincapié en la opinión del Presidente señor Caro, como argumento de autoridad. Se la ha sometido al crisol de la crítica jurídica, se la compara con la de expositores de la última hora, y resulta acomodada a los principios de la ciencia.

De donde se sigue que las facultades incondicionales concedidas al Ejecutivo para contratar, existen y subsisten en los estados de derecho, que las consideran útiles para su desenvolvimiento natural y para alcanzar el desarrollo a que todos ellos aspiran con justicia.

Serias discusiones suscitó en el seno del Consejo una cuestión fundamental del proyecto de concepto redactado por el honorable Consejero doctor Quiñones, cual es la de saber si el servicio de correos tal como lo tienen organizado las leyes que dominan esa materia es o nó un monopolio del Estado en Colombia.

Los que sostienen la afirmativa se fundan en el artículo 17 de la Ley 76 de 1914, que dice así:

"Artículo 17. El servicio de correos y telégrafos en Colombia corresponde exclusivamente al Gobierno Nacional, el cual puede, no obstante, autorizar a las empresas ferroviarias para construir y sostener líneas telegráficas para su exclusivo servicio, siempre que dichas empresas se sometan a las condiciones que les señale el Gobierno. En caso de conmoción interior o de guerra exterior, todas las líneas telegráficas que existan en la República quedarán al servicio exclusivo del Gobierno, y esta condición se incluirá en las autorizaciones a las empresas privadas."

Refuerzan su argumento con el Decreto número 362 de 1931 cuyo artículo 1º reza:

"Declárase función privativa del Estado el establecimiento, sostenimiento y manejo del correo aéreo."

Para el suscrito no es lo mismo función privativa del Estado que monopolio del Estado; ni puede admitir tampoco que cuando la ley anuncia que el servicio de correos y telégrafos corresponde exclusivamente al Gobierno Nacional, se establece por esto el monopolio del Estado para el servicio de los correos.

Tiene el Estado funciones esenciales, v. g., la de conservar el orden público, la de defender la integridad del territorio, la de administrar justicia, la de atender a la seguridad individual por medio de la Policía, y tiene, también, funciones simplemente privativas, como la de establecer el registro público de la propiedad, la de procurar los medios de comunicación de los ciudadanos, la de proporcionarles enseñanza, pero éstas y otras que pudieran citarse, no constituyen monopolios en el sentido que el vocablo tiene en economía, por ejemplo, fabricación de porcelanas únicamente por el Estado, explotación de ciertas aguas medicinales por el Estado únicamente.

De que resulta que si el Estado no tiene el monopolio de aquel servicio —como no lo tiene —es imposible legalmente que lo haya cedido a la compañía, e igualmente imposible que el contrato "constituya un monopolio sobre el correo aéreo en todo el país," como afirma el Ejecutivo en la nota remisoria del contrato al Consejo de Estado.

Ese concepto del Gobierno puede conducir a llevar la intranquilidad a quienes con él contratan de buena fe, pues no podrán explicarse que una administración ejecutiva alegue en favor de sus tesis la violación de la ley fundamental en un pacto celebrado por la que le ha precedido, porque ello pugna con principios esenciales de ética administrativa.

Esta opinión del suscrito influyó tal vez en el ánimo del honorable Consejero redactor, y la sentencia tuvo el cuidado de callar lo que a este respecto insinúa claramente el salvamento anterior.

En efecto: fundados en las disposiciones de la cláusula 21 del contrato afirman que éste constituye un monopolio total del servicio de correos aéreos en favor de la compañía, y como sostiene el Gobierno.

Pero no se paran mientes en el inciso de la mencionada cláusula 21, que textualmente dice:

"Lo dispuesto en esta cláusula es sin perjuicio del libre establecimiento de líneas de transportes aéreos por empresas particulares diferentes de la Scadta, con elementos propios no provenientes del Gobierno. Igualmente es entendido que el Gobierno puede establecer con sus propios elementos líneas de aviación en cualquier ruta, servida o nó por la Scadta, para toda clase de servicios o aplicaciones exclusivamente oficiales."

Este inciso de la cláusula 21 es tan claro en su pensamiento como en los términos o en los vocablos con que lo expresa. No requiere comentario alguno para deducir rectamente que no hay monopolio del correo aéreo concedido a la compañía. Otras empresas particulares pueden establecer, y han establecido, líneas de transportes aéreos con sus propios recursos, con sus propios aparatos y con sus propios elementos; el Gobierno puede establecer líneas de aviación en las rutas que desee, estén o nó estén servidas ellas por la Scadta, y para toda clase de servicios exclusivamente oficiales.

Véase ahora cuál es la inteligencia de la mencionada cláusula 21, y cuál la interpretación que le han dado las partes contratantes:

El Ministro de Correos y Telégrafos don Benjamín Silva Herrera, en nota número 1465 de 17 de octubre de 1934, dijo a la compañía lo que se copia a continuación:

"Por medio de la presente, comunico a usted que el Gobierno, sirviéndose principalmente de los elementos bajo el cuidado y dirección del Ministerio de Guerra, ha resuelto establecer un servicio para el transporte de correos entre las estafetas de Cabuyaro, Orocué, Cravo, Arauca

y Puerto Carreño, servicio que por ese sistema de transporte pondrá a esos lugares, como es obvio, en comunicación con todo el resto del servicio de correos nacionales.

"Me permito dar a usted este aviso con el informe de que el primer viaje es probable que comience el sábado próximo 20 de los corrientes, porque se proyecta también extender a la plenitud de los servicios que puedan ofrecerse al público para el tránsito por vía aérea en todo ese sector, dejando a salvo la opinión que han emitido los asesores jurídicos del Gobierno en el sentido de que el Gobierno, sin previo aviso a esa empresa, puede establecer con sus propios elementos líneas autónomas de aviación en cualquier ruta para toda clase de servicios o aplicaciones exclusivamente oficiales, entre los cuales consideran ellos que indiscutiblemente queda comprendido el de transporte de correos."

Estableció desde entonces el Gobierno el servicio aeropostal oficial a las regiones orientales, y luégo lo ha seguido prestando correctamente sin que la Scadta, que se sepa, haya hecho la menor observación. Al contrario, en nota de la compañía al Ministro de Correos y Telégrafos, fechada el 12 de marzo de 1937, que en copia corre en los autos, dijo textualmente:

"En cuanto el contrato se refiere a la Scadta, reitero al señor Ministro que estoy de acuerdo con la interpretación que el Gobierno ha dado a las cláusulas 20 y 21, sin que exista ningún inconveniente por parte de la empresa para formalizar esa interpretación en la forma que el Gobierno lo considere conveniente."

Pero hay más: el apoderado de la compañía ante el Consejo de Estado, asegura en el último de sus memoriales que la Scadta no sólo aceptó oficialmente la interpretación que dio el Gobierno a la cláusula 21 según acaba de verse, sino que fue más lejos:

"El señor Ministro leyó ante la Cámara un memorándum de la compañía en que ella declara que renuncia expresamente a cualesquiera derechos o *privilegios* que pudiera desprenderse en su favor de la cláusula 21."

Es de notarse que en los comienzos de la actual administración ejecutiva el Gobierno se convenció de que no existe monopolio alguno en favor de la compañía para el establecimiento del correo aéreo. Solamente al final de la administración se ha sostenido por medio de los órganos autorizados de ella, que el contrato, como dice la nota de 6 de abril de 1937 tántas veces citada, dirigida por el Ministro del ramo al Secretario del Consejo de Estado, constituye un monopolio sobre el correo aéreo en todo el país.

La sentencia divide en tres grupos las cláusulas del contrato que se estudia, y muy inteligentemente por cierto: primer grupo: establecimiento, sostenimiento y manejo del correo aéreo y sus transportes por líneas nacionales e internacionales; segundo grupo: conexiones con la aviación militar; tercer grupo: aviación comercial.

Ella decide que las estipulaciones referentes al establecimiento del servicio público aeropostal y a su funcionamiento regular, así como las que tienen conexión con la aviación militar se ajustan a la ley.

No así la convención relativa a la explotación de ciertas rutas aéreas por el contratista como empresario de transportes para fines exclusivos de aviación comercial.

Sostiene la sentencia que ni la regla positiva ni la doctrina en general se oponen a la concesión de un servicio público a una compañía particular.

Existe, según ha quedado demostrado arriba, una autorización al Poder Ejecutivo para la concesión del correo aéreo en la forma en que fue

contratado con la Scadta. Una autorización amplísima que es la de la Ley 54 de 1922, que la sentencia considera vigente a la época del contrato.

Por otra parte, el artículo 76 de la Constitución señala entre las funciones del Congreso la de conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones *dentro de la órbita constitucional;* y el mismo artículo indica igualmente como función del Congreso, la de aprobar o desaprobar 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 las formalidades prescritas por el Congreso, o si algunas estipulaciones que contengan no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorización.

Como la Ley 54 de 1922, de la cual arranca la autorización para el contrato que se estudia, en su artículo 1º, no sólo facultó ampliamente al Poder Ejecutivo para celebrar el contrato o contratos que fueren menester para establecer el servicio del correo aéreo, sino que al otorgar dicha facultad agregó que en ejercicio de la facultad conferida no necesitaría la ulterior aprobación del Congreso, es evidente que quiso autorizarlo para que desarrollara dentro del contrato todas las formas o actividades que sin salirse de la órbita constitucional, el legislador no podía prever, enumerar o señalar, dada la complejidad de la materia y el desconocimiento que entonces predominába en el país sobre el ramo de la navegación aérea.

Por esto parece inconducente en la sentencia hacer mención de lo previsto en el artículo 1º de la Ley 56 de 1890 acerca de la declaración de utilidad pública a favor del contratista, así como también la preferencia que la cláusula 17 da a las aeronaves del contratista para atracar en los puertos aéreos fluviales y marítimos, resto tal vez de aquellas disposiciones legales que otorgaban la misma preferencia a los buques nacionales para entrar a los puertos del río Magdalena y salir de ellos.

La anterior conclusión procede jurídicamente desde luégo que como acaba de verse, los contratos sólo van al Congreso cuando no proceden de una autorización, o cuando algunas de sus estipulaciones se apartan o exceden la ley de facultades al Poder Ejecutivo. Luego si en este caso el Congreso de una parte autorizó el contrato sin fijar normas, de otra dispuso que el que se celebrara no necesitaba ulterior aprobación, fuerza es concluir que los legisladores supusieron que el negocio respectivo podía celebrarse sin más limitaciones que las impuestas por la Constitución, aun cuando llegase a estar en desacuerdo con determinadas disposiciones legales.

Observa por último el salvamento de voto de los honorables Consejeros doctores Lozano y Miranda, que la autorización para la concesión no es expresa, a lo cual se contesta que tampoco es expresa la autorización en los contratos sobre obras públicas, que todos los días aprueba esta corporación. En esas leyes se dice, v. g.: autorízase al Gobierno para construir un cuartel en Barranquilla; y con esto es bastante para que el Consejo de Estado apruebe la negociación, y la declare ajustada a la ley, no obstante que ésta no ha determinado la forma del contrato, pues no ha dicho si debe construirse directamente, o por administración, o a precio alzado.

En consecuencia, para el suscrito el contrato sobre administración del correo aéreo celebrado el 16 de diciembre de 1932 por el Gobierno Nacional con la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), está ajustado a las leyes.

Bogotá, marzo 16 de 1938.

Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Recompensas militares

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Dentro de las actividades de este servicio público nacional, hay asimilaciones que acomodan en la institución elementos que en otras épocas se consideraron extraños y que deben ser amparados por las normas que garantizan a sus familias no sólo la recompensa por muerte, sino la pensión en los casos de la ley.

Consejo de Estado—Bogotá, marzo primero de mil novecientos treinta y ocho.

Dentro de los términos legales, el apoderado de doña Alicia Luján viuda de Ronderos solicitó reposición del fallo de 22 de septiembre del año próximo pasado, en cuanto por él se niega recompensa militar a dicha señora por causa del fallecimiento de su esposo señor Ricardo Ronderos cuando cumplía una misión del servicio militar.

Refuta los postulados de la vista fiscal que la providencia reclamada acoge y trae elementos de razón nuevos al proceso, con la cita de los decretos de carácter legislativo números 2518 y 2552 de 1936, que fijaron la planta general orgánica del Ejército e incluyeron aquella dependencia donde prestaba servicio el causante Ronderos, como órgano activo del Ejército y a sus funcionarios como miembros de tal institución en servicio activo.

Si esta argumentación singular fuese aceptada en toda su latitud vendríase a confundir el funcionario civil actuante en la administración del Ejército con el soldado o el Oficial en servicio activo para todas las prerrogativas y los fueros que circundan la carrera profesional del militar.

Pero, circunscrito el alcance de tal asimilación al terreno de las actividades administrativas del Ejército, es fácil aceptar que el individuo que desempeña el cargo de comandante escribiente de zona o circunscripción en el Departamento de Servicio Territorial y que viene encargado de conducir contingentes destinados a renovar el personal de tropa, cumple una labor militar, desempeña función esencial a la existencia misma del organismo militar, del Ejército activo y está bien que se le incorpore a la planta general de la institución.

Reprodúcese a continuación el parte del Comandante del Distrito Militar, del cual depende la zona que comandaba el señor Ronderos:

"..... Atentamente informo a esa Superioridad que habiendo tenido noticia hoy de la muerte del Comandante de Circunscripción, señor Ricardo Ronderos, empleado de este Distrito, y quien desempeñaba la Segunda Circunscripción, paso a dar la siguiente relación: El señor Ronderos venía con personal de conscriptos del Municipio de Guaduas para incorporarlo en el contingente que debía reunirse en Facatativá el

dia 28 del mes próximo pasado y en la estación de Guaduero sufrió un accidente de tráfico que lo imposibilitó para desmontarse en Facatativá, manifestándole al señor Comandante de Circunscripción, Francisco J. Gómez, quien venía también con personal de Utica, seguía a Bogotá para que fuera atendido en su casa. Inmediatamente tuvo conocimiento el suscrito de lo ocurrido, hizo las averiguaciones del caso a fin de prestarle toda ayuda, pero se presentaron las dificultades de distinto orden, en lo relacionado con el acuartelamiento y recepción del personal que no le permitieron hacer gestión alguna en favor del finado señor Ronderos, a pesar de toda mi buena voluntad.

"Atentamente, *Camilo Acevedo*, Cap. Cdte. Distr. Mil. número 29."

La demanda invoca los artículos 10, 27 y 28 de la Ley 71 de 1915, el primero de los cuales define las pensiones militares a los "miembros del Ejército y de la Armada de la República," y los dos restantes establecen las recompensas y las causales que a éstos dan derecho.

Hay dentro de esta Ley, que fue modificada y adicionada por la 75 de 1925, disposiciones de alcance limitado a una clase de las que se confunden en la locución genérica de "miembros del Ejército"; por ejemplo el artículo 11 que sólo afecta a los Oficiales de Guerra.

Pero el artículo 27 determina, como ya se dijo, las causales de recompensa a que tienen derecho no solamente esos Oficiales de Guerra, sino "los miembros del Ejército" en general.

Así lo comprendió el Consejo cuando en fallo de 14 de octubre de 1935 dijo:

"Tratándose, pues, de una pretensión dirigida a obtener recompensa unitaria originada en la muerte de un soldado, es preciso analizar de acuerdo con el artículo 27 de la indicada Ley 71 de 1915, primero, si ésta es aplicable a los individuos de tropa; segundo si la muerte fue causada al desempeñar alguna función del servicio o por razón de él, o en el campo de batalla o en otra acción de guerra.

"Cuanto a lo primero, es preciso observar que todas las normas vigentes sobre pensiones y recompensas militares arrancan del estatuto originario, Ley 149 de 1896, vigente hoy en gran parte; que sus disposiciones cobijan tanto a Oficiales como a soldados e individuos de tropa en cualquier empleo, destino o grado; que la locución allí empleada, 'militar', para distinguir al sujeto activo de las recompensas o pensiones, es genérica. (Artículo 24).

"De ahí que la Ley de 1915 reproduzca casi textualmente las causas de recompensa que la antigua ley estableció; también la nueva ley comprende en sus varias disposiciones al Oficial o individuo de tropa, artículos 19, 20, 21, 28, etc. Y no hay razón jurídica ni ética para sostener que en el caso de las recompensas, las causales establecidas sólo pudiesen comprender a los Oficiales del Ejército, a esa clase distinguida de sus miembros que forma el cuerpo directivo por excelencia. Obvio es que el soldado o cualquiera de los individuos de tropa, en general, pueden colocarse, con más facilidad que el Oficial, en muchos de los más frecuentes casos que dan lugar a recompensa, especialmente entre los que incluye el ordinal primero del artículo 27. Siempre será mayor el número de soldados que de Oficiales muertos, por las anotadas causas. Luego el precepto legal, que regula los casos generales, debe interpretarse en esta única forma aceptable, que no significa una odiosa e injustificable exclusión."

No es tan fácil de aceptar, empero, como lo sugiere graciosamente el firmante del memorial anterior, la relación evidente que tengan con estos preceptos aquellos individuos que ni son Oficiales de Guerra ni son individuos de tropa, ni tienen la calidad especial de "militares" en servicio activo. Sólo por la novedad que al sistema introducen los nuevos estatutos invocados ahora, a saber: los decretos de carácter legislativo

dictados por el Gobierno en ejercicio de las autorizaciones extraordinarias conferidas por la Ley 6ª de 1936, y el primero de los cuales fija la planta orgánica del Ejército incluyendo en ella expresamente a los Comandantes y escribientes de Circunscripción en el Departamento de Servicio Territorial, y el segundo que reorganiza el Ejército y entre sus miembros sitúa a dicho funcionario, se viene a concluir con el reclamante que el señor Ronderos tenía el *status* legal de miembro del Ejército.

Dentro de las actividades de este servicio público nacional estas asimilaciones que acomodan en la institución elementos que en otras épocas se consideraron extraños, pueden citarse a los Oficiales Médicos, a los dentistas, a los músicos a los peluqueros, zapateros, etc., que deben ser amparados por las normas que garantizan a sus familias no sólo la recompensa por muerte, sino la pensión en los casos de la ley.

Ahora bien: la muerte de Ronderos, ocurrida cuando desempeñaba una función del servicio militar, como ya se dijo, es una de las causales de recompensa que señala la ley, luego su cónyuge sobreviviente tiene derecho a ella y es preciso reconocérsela en la cuantía que aquel precepto determina, a saber:

Ultimo sueldo del cargo desempeñado por Ronderos $ 63; valor de la recompensa, dos años de dicho sueldo, $ 1.512 moneda legal.

Por todo lo anterior, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la providencia de 22 de septiembre último y en su lugar reconoce y manda pagar de los fondos del Tesoro Nacional a la señora Alicia Luján viuda de Ronderos la suma de mil quinientos doce pesos ($ 1.512), valor de la recompensa por muerte de su esposo Ricardo Ronderos, Comandante Escribiente de la segunda Circunscripción Territorial del Distrito Militar número 29.

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese a los Ministerios de Guerra y de Hacienda.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Condición resolutoria de los baldíos

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Ha sido principio inconmovible de nuestra legislación sobre baldíos, el de que la propiedad de ellos se adquiere por el cultivo de la tierra, esto es, por la incorporación en ella del trabajo del hombre, de manera permanente, y con fines tendientes al desenvolvimiento de la economía nacional.

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

Con fecha 21 de octubre de 1935, dictó el Ministerio de Industrias y Trabajo la Resolución marcada con el número 33 que dice así:

"Resolución número 33

"Ministerio de Industrias y Trabajo—Departamento de Baldíos—Sección 3ª, Colonización—Bogotá, 21 de octubre de 1935.

. . . . . .

"En mérito de lo expuesto el Ministerio de Industrias y Trabajo, en cumplimiento del parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 85 de 1920,

resuelve:

"1º Declarar que por ministerio de la ley ha vuelto al dominio de la Nación el terreno baldío que con el nombre de *La Victoria* le fue adjudicado al señor P. H. Marshal, por Resolución del Ministerio de Hacienda de fecha 29 de diciembre de 1896. Dicho terreno tiene 593 hectáreas de superficie, está ubicado en el Municipio de Santa Marta, comprendido dentro de los siguientes linderos:

'Tomando como punto de partida la esquina sureste de los terrenos de *Agua Dulce,* el cual punto se halla en la cuchilla que conecta el cerro de las dos aguas con el cerro quemado. Este punto que está denominado A, en el plano, es en la parte más baja de dicha cuchilla y a doscientos cincuenta metros de la cumbre del cerro de *La Danta.* El punto A, está conocido por el nombre de *Las Partidas;* de A, medimos, siguiendo el lindero Este de *Agua Dulce* 2.270 metros, dirección norte, 11º 40' Este, hasta el río Gaira, el cual punto en este río está denominado B. De B. medimos por el río, aguas arriba, así: de B a C, 920 metros dirección sur 83º 10' Este; de C a B, 470 metros, dirección sur 87º Este; de B a E, 1.320 metros dirección sur 74º Este. Entonces, dejando el río medimos de E 2.110 metros dirección sur 16º 10' Oeste hasta G, punto en la cuchilla de *La Danta,* la cual cuchilla es divisoria de las aguas de los ríos Gaira y Toribio. Entonces de G, bajando por dicha cuchilla medimos así: de G a H, 480 metros dirección norte 83º 30' Oeste; de H a I, 1.120

metros dirección norte, 83º 30' Oeste; de I a J, 690 metros dirección norte, 82º Oeste, y de J a A, el punto de partida, 250 metros, dirección norte 65º Oeste. El punto G, es la esquina sureste de los terrenos, y también la esquina suroeste de los terrenos *del Líbano* que los colinda.'

"2º Por el hecho del cumplimiento de la condición resolutoria el terreno a que se refiere el punto primero de esta Resolución es denunciable como baldío, en cuanto no esté comprendido en las prohibiciones legales ni en las reservas decretadas. En consecuencia los colonos que se hallen establecidos en él, inclusive el adjudicatario o los sucesores suyos, pueden solicitar la adjudicación de lo que tengan ocupado con cultivos, y de la correspondiente porción inculta adyacente, de acuerdo con las leyes y decretos reglamentarios sobre la materia. Los colonos tienen derecho a que las autoridades les den la debida protección en lo que tengan ocupado con cultivos, y en lo que se refiere al adyacente inculto a que tengan derecho; tal protección será efectiva cuando se haya solicitado la adjudicación y la solicitud sea admitida por la autoridad competente.

"3º Disponer que de acuerdo con lo que ordena el artículo 2677 del Código Civil en armonía con el 2678 del mismo Código, sea expedido el certificado de cancelación del respectivo título, cancelación que deberá hacerse por la correspondiente oficina de instrumentos públicos y privados.

"Cópiese, notifíquese y publíquese.

"El Ministro de Industrias y Trabajo, *G. Martínez Pérez.*

"República de Colombia—Poder Ejecutivo—22 de octubre de 1935.

"Aprobado.

"ALFONSO LOPEZ

"El Ministro de Industrias y Trabajo, *G. Martínez Pérez.*"

Un poco más tarde, con fecha 8 de enero de 1936 el mismo Ministerio de Industrias y Trabajo, dictó la Resolución marcada con el número 2 que dice lo siguiente:

"Resolución número 2

"Ministerio de Industrias y Trabajo—Departamento de Baldíos—Sección 3ª, Colonización—Bogotá, enero 8 de 1936.

. . . . . .

"El Ministro de Industrias y Trabajo,

resuelve:

"1º Declarar que por ministerio de la ley ha vuelto al dominio de la Nación el terreno denominado *El Líbano* que le fue adjudicado al señor William S. Crane, por Resolución del Ministerio de Hacienda de fecha 25 de septiembre de 1896, terreno que mide 360 hectáreas de superficie; está ubicado en el Municipio de Santa Marta, Departamento del Magdalena, y comprendido dentro de los siguientes linderos:

'Tomando como punto de partida la cumbre del primer cerro occidental (quemado últimamente), de la cordillera de San Lorenzo. Este punto tiene 2.250 metros de altura, denominado A, en el plano. De este punto A, medimos hacia el Nordeste, por el filo de la cordillera, hasta el tercer cerro quemado, llamado C en el plano, así: de A a B, (el segundo cerro quemado) 420 metros, dirección Norte 40º Este; de B a C, 540 metros dirección Norte 72º Este. De C, dejando la cordillera de San Lorenzo que sigue hacia el Oriente, medimos por el filo de la cuchilla de esta cordillera, que lleva la dirección general de Sureste a Noroeste, cuyo nombre es cuchilla de *El Líbano,* hasta el punto F, así: de C a B 1.400 metros dirección Norte 33º 05' Oeste. De B a E, 580 metros dirección Norte 43º 30' Oeste. (Entre B y E se halla el cerro de *El Líbano,* que es parte de esta cuchilla). De E a F, 1.200 metros dirección Norte, 73º Oeste. En el punto F dejamos la cuchilla de *El Líbano* que sigue hacia el Poniente, una distancia de un kilómetro más, en donde se acaba el último punto en el cerro de *El Jabalí Grande.* De F medimos hasta G, atravesando las hoyas de las quebradas numerosas que bañan *El Líbano* así: de F a G 1.800 metros dirección Sur 16º 10' Oeste. El punto G está en la cuchilla Noroeste de la cordillera de San Lorenzo y lleva el nombre de *Cuchilla de La Danta.* De G medimos subiendo esta cuchilla hasta A, el punto de partida, así: de G a H, 450 metros dirección Sur 73º 45' Este. (De H a I, son cerritos en estas cuchillas). De H a I, 580 metros dirección Sur 73º 45' Este, de I a H, el punto de partida, 1.100 metros dirección Sur 67º 10' Este.'

"2º Por el hecho del cumplimiento de la condición resolutoria, el terreno a que se refiere el punto primero de esta Resolución es denunciable como baldío, en cuanto no esté comprendido en las prohibiciones legales ni en las reservas decretadas. Los colonos que se hallen establecidos en él, inclusive el adjudicatario o los sucesores suyos, pueden solicitar la adjudicación de lo que tengan ocupado con cultivos y de la correspondiente porción inculta adyacente, de acuerdo con las leyes y decretos reglamentarios sobre la materia. En consecuencia, los colonos tienen derecho a que las autoridades les den la debida protección en lo que tengan ocupado con cultivos, y en lo que se refiere al adyacente inculto a que tengan derecho, tal protección sólo será efectiva cuando se haya solicitado la adjudicación y la solicitud sea admitida por la autoridad correspondiente.

"3º Disponer que, de acuerdo con lo que ordena el artículo 267 del Código Civil, sea expedido el certificado de cancelación del respectivo título, cancelación que deberá hacerse por la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos y privados.

"Cópiese, notifíquese y publíquese.

"El Ministro de Industrias y Trabajo, *G. Martínez Pérez.*

"República de Colombia—Poder Ejecutivo—Bogotá, enero 8 de 1936.

"Aprobado.

"ALFONSO LOPEZ

"El Ministro de Industrias y Trabajo, *G. Martínez Pérez."*

Estas Resoluciones tuvieron como base el pedimento que hizo el señor William Magher con fecha 10 de agosto de 1934, para que el Gobierno Nacional declarara extinguida la condición resolutoria a que estaban sometidas las tierras que hoy forman la hacienda de *La Victoria,* pertenecientes a la "Compañía Cafetera de La Victoria," de la cual era entonces Subgerente el peticionario señor Magher.

El 22 de julio del año pasado, el mencionado señor Magher poseedor de la cédula de extranjería número 3547 expedida en la ciudad de Santa Marta, Departamento del Magdalena, presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, una demanda dirigida al Consejo de Estado, en la cual solicita que se declare la nulidad de las dos Resoluciones transcritas arriba, y que se hagan además las declaraciones siguientes:

"a) Que se cancelen las inscripciones que con motivo de las Resoluciones acusadas y por orden del Gobierno Nacional se hayan hecho en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito de Santa Marta, por ser nula.

"b) Que queden extinguidas las condiciones resolutorias que gravan los terrenos *La Victoria* y *El Libano* según el artículo 7º de la Ley 48 de 1882 y el artículo 12 del Decreto ejecutivo número 832 de 1884."

Fundó el demandante su solicitud en los siguientes hechos:

"1º El Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Hacienda en Resolución del día veintiuno (21) de octubre del año de mil ochocientos noventa y seis adjudicó al señor P. H. Marshal el terreno baldío, en esa época, conocido desde entonces con el nombre de *La Victoria,* de una extensión de quinientas noventa y tres (593) hectáreas, ubicado en este Municipio de Santa Marta y cuyos linderos son: (exactamente los linderos del lote de *La Victoria* transcritos arriba).

"2º El mismo Gobierno, por conducto del Ministerio de Hacienda, en Resolución del día veinticinco (25) de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, adjudicó al señor Williams S. Crane el terreno baldío, en esa época, conocido desde entonces con el nombre de *El Libano,* de una extensión de trescientas ochenta (380) hectáreas, ubicado también en este Municipio de Santa Marta, y cuyos linderos son: (exactamente los mismos del lote de *El Libano* transcritos arriba).

"3º Los dos terrenos determinados en los puntos anteriores son hoy día de propiedad de la sociedad Compañía Cafetera de La Victoria, mediante tradiciones inscritas en la Oficina de Registro de este Circuito, que parten de los primitivos propietarios señores P. H. Marshal y William S. Crane.

"4º Los mismos terrenos y parte del globo conocido con el nombre de *Agua Dulce,* son contiguos y juntos integran los terrenos de la hacienda de café y otros cultivos que se conoce con el nombre de *La Victoria,* y es de propiedad de la sociedad que represento.

"5º En esta hacienda, que tiene en total una extensión aproximada de mil doscientas cincuenta hectáreas *(La Victoria* propiamente quinientas noventa y tres hectáreas; *El Libano,* trescientas ochenta hectáreas y parte de *Agua Dulce,* doscientas ochenta hectáreas más o menos), existen actualmente cultivos en plena producción de café en una extensión de doscientas sesenta y cinco hectáreas, y de pastos artificiales y otros cultivos, más de doscientas hectáreas, extendidos en distintas porciones de los tres lotes.

"6º Hasta hace unos quince años en el terreno llamado *El Libano,* hubo cultivos de pastos artificiales, papa, caña de azúcar y otros, en más de ciento veinte hectáreas.

"7º En todo caso, los cultivos y demás mejoras económicas de estos terrenos se establecieron en mucho más de la proporción que obliga el artículo séptimo (7º) de la Ley 48 de 1882 y el artículo doce (12) del Decreto ejecutivo número 832 de 1884, como también es cierto que dichos cultivos existen desde principios de este siglo.

"8º Esta hacienda tiene también una maquinaria completa para la recogida y preparación técnica del café, compuesta de trilladoras, secadoras, despulpadoras, separadoras, pulidoras, clasificadoras, tubería de hierro, canales, etc.

"9º Más, cuenta la misma hacienda con varias casas de habitación, con servicios propios de teléfono, alumbrado eléctrico, agua, etc.

"10. No carece de importancia el hecho de haber en dichos terrenos una porción de más de trescientas hectáreas totalmente inhábiles para toda clase de industria agrícola o ganadera, por ser demasiado quebrada y rocallosa la Sierra Nevada de Santa Marta en esa región.

"11. El Ministerio de Industrias y Trabajo, en las Resoluciones que acuso, a pesar de haberse probado plenamente la verdad de los hechos que dejo determinados en los puntos anteriores, declaró canceladas las adjudicaciones de los terrenos *La Victoria* y *El Líbano,* causando así graves perjuicios a la sociedad Compañía Cafetera de La Victoria.

"12. Las Resoluciones del Ministerio de Industrias y Trabajo números treinta y tres (33) del 21 de octubre de 1935 y dos (2) del 8 de enero de este año, son lesivas de derechos civiles legítimamente adquiridos por la sociedad que represento.

"13. La causa de las Resoluciones antes indicadas fueron los informes falsos del Inspector Nacional del Trabajo en este Departamento del Magdalena, funcionario éste, comisionado para practicar una inspección ocular en los terrenos de *Agua Dulce, La Victoria* y *El Líbano.*

"14. Este Inspector Nacional del Trabajo, con un lamentable desconocimiento de la delicadeza e importancia de la comisión que se le encomendó, practicó su supuesta inspección ocular en terrenos de una extensión mayor de mil quinientas hectáreas, en pocas horas de un solo día, no teniendo tiempo, por tanto, para constatar los hechos de su diligencia.

"15. El Ministerio de Industrias y Trabajo, al dictar las Resoluciones que acuso de lesivas de derechos civiles de la sociedad Compañía Cafetera de La Victoria, desatendió las pruebas presentadas en forma legal para acreditar que dicha sociedad había cumplido severamente las obligaciones de mejorar en su economía los terrenos adjudicados, para darle valor a los datos falsos recogidos por el señor Inspector Nacional en la calificada 'supuesta inspección ocular.'

"16. Como puede verse en la Resolución de adjudicación de *El Líbano,* este terreno está cruzado de muchas corrientes naturales de agua, de las cuales algunas tienen su nacimiento en el mismo terreno, por lo que tumbar sus montes para cultivos es incumplir expresas disposiciones legales sobre aprovechamiento de terrenos situados en las márgenes de los ríos o quebradas y en los nacimientos de los mismos.

"17. Los terrenos de *La Victoria, El Líbano* y una parte de *Agua Dulce,* que juntos forman la hacienda *La Victoria,* están dados en hipoteca por la sociedad Compañía Cafetera de La Victoria al "Anglo South American Bank Limited," sucursal de esta ciudad de Santa Marta, para responder del pago de una obligación de la misma sociedad por valor de más de cincuenta mil pesos m. l.

"18. En años anteriores esta misma hacienda había sido dada en garantía hipotecaria al mismo Banco y a los señores Alexander Koppel y Cº

"19. Las Resoluciones que pido sean declaradas nulas, fueron publicadas en el *Diario Oficial,* la correspondiente al terreno de *La Victoria,* en el número 23155 del día ocho (8) del mes de abril de este año; y la correspondiente al terreno *El Líbano,* en el número 23169 del día veintiocho (28) de los mismos mes y año citados antes."

Invocó como fundamentos de derecho, la Ley 130 de 1913 artículos 78 y siguientes.

Acompañó el actor un certificado original de la Cámara de Comercio de Santa Marta, con el cual comprueba la existencia legal de la sociedad denominada Compañía Cafetera de La Victoria y su carácter de Subgerente de ella, que es el que alega para demandar, y un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santa Marta sobre

tradición de los terrenos desde los primitivos adjudicatarios y actual propiedad de las tierras mencionadas, en el cual consta que pertenecen hoy a la sociedad ya nombrada, y sendos ejemplares debidamente autenticados del *Diario Oficial* números veintitrés mil ciento cincuenta y cinco y veintitrés mil ciento cincuenta y nueve, en los cuales aparecen las Resoluciones acusadas.

El 21 de agosto de 1936, el señor Jorge Orozco Valencia, con poder del señor Magher, presentó originales las dos Resoluciones ministeriales de que se trata, y pidió de nuevo la suspensión privisional de ellas, lo que ya había solicitado el demandante en su libelo.

En uso de la atribución conferida por el inciso d) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913, se decretó, con fecha 26 de agosto del año pasado, la suspensión provisional de las dos Resoluciones acusadas y que en tiempo se había solicitado.

Por pedimento del señor Fiscal del Consejo de Estado, se decretó una inspección ocular con intervención de peritos nombrados de acuerdo con la ley y que debía practicarse en la hacienda de *La Victoria,* situada como ya se ha visto en la Sierra Nevada de Santa Marta, y la cual inspección se llevó a cabo por el señor Fiscal, los peritos señores Marco A. Mejía y Roberto Infante, el Secretario del Consejo y el Magistrado ponente, junto con su Auxiliar y el de la Fiscalía, en la forma que se verá más adelante.

El 1º de mayo del corriente año, el honorable Magistrado del Consejo de Estado doctor Ramón Miranda, en memorial dirigido al ponente, manifestó que se declaraba impedido para conocer de este negocio por haber recibido poder del señor Magher para representarlo en este juicio, antes de la fecha en que tomó posesión del cargo de Consejero de Estado, elegido por la Cámara de Representantes.

Fundó su solicitud en el artículo 455 del Código Judicial, causal 9ª

El Consejo, en providencia de fecha 25 de junio del corriente año, declaró separado del conocimiento del negocio al honorable Consejero doctor Miranda.

El 22 de julio próximo pasado, se verificó la elección del Conjuez que ha de reemplazar al honorable Magistrado impedido.

De las siete balotas insaculadas que contienen los nombres de los Conjueces del Consejo de Estado, se sacó a la suerte una, que resultó ser la marcada con el número 2, que corresponde al nombre del doctor Juan de Dios Carrasquilla, a quien se comunicó el resultado de la diligencia en la misma fecha, en la cual manifestó la aceptación del cargo.

Tramitado el juicio en el Consejo de Estado, sin que aparezca causal de nulidad, se procede a dictar la sentencia que ha de poner término al proceso, previas las consideraciones siguientes:

II

Está suficientemente comprobada la personería del demandante señor William J. Magher, como ya se vio, y consta que la demanda fue introducida dentro del término de noventa días que tiene el actor para acusar esta clase de resoluciones ministeriales, de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 130 de 1913.

Con el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito Judicial de Santa Marta, expedido en esa misma ciudad a los veintiún días del mes de julio del año de mil novecientos treinta y seis, se comprueba la tradición de los terrenos de *La Victoria* y *El Líbano* de que ya se ha hablado, desde las primitivas adjudicaciones hechas a los señores Marshal y Crane por el Ministerio de Hacienda, de aquellos baldíos hasta la transmisión legal a los actuales poseedores inscritos a quienes representa debidamente el demandante.

Ninguna otra observación hace el Consejo de Estado acerca de estos hechos capitales en el procedimiento.

III

Las dos Resoluciones del Ministerio de Industrias y Trabajo arriba transcritas, que son el objeto de la demanda, se fundan:

a) En que según unas diligencias de inspección ocular practicada por el Inspector Nacional del Trabajo, señor J. Isidro Rodríguez, el día 30 de julio de 1935, los terrenos que hoy forman la hacienda de *La Victoria* tenían apenas desmontadas ciento cincuenta hectáreas, "cubiertas de paja o maleza," lo que indica que no se han puesto cultivos de ninguna clase;

b) En que en el lote de *El Líbano* según la misma diligencia, no existen cultivos de ninguna naturaleza ni desmontes, ni casa de habitación;

c) En que la prueba exigida por el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 85 de 1920 se cumplía plenamente con el informe rendido por el mencionado Inspector de la Oficina del Trabajo.

Para mejor inteligencia de la cuestión se transcribe la que el Inspector mencionado llamó "inspección ocular," la cual sirvió de base al Ministerio de Industrias y Trabajo, como ya se vio, para dictar las resoluciones acusadas.

"Siendo las 9 a. m. del día treinta de julio de mil novecientos treinta y cinco, el suscrito Inspector Nacional del Trabajo, previa la autorización consignada en el oficio número 598 de 25 de marzo del corriente año, procedente del Departamento 3º Sección 3ª del Ministerio de Industrias y Trabajo, acompañado de los señores Domingo Rodríguez y Joaquín Bozon, designados testigos actuarios y a quienes se les exigió la promesa legal, se trasladó al Corregimiento Jamonacal, Municipio de Santa Marta, en el Departamento del Magdalena, con el fin de practicar la inspección ocular relacionada con los terrenos denominados *El Líbano* y *Agua Dulce,* adjudicados al señor William S. Crane de que tratan los oficios número 1598 y 1650 de 7 y 18 de diciembre de 1934. Una vez identificados los lotes de terreno y recorridos los linderos hasta donde fue posible, para lo cual se interrogaron a los testigos Próspero Ortega y Juan Castro, quienes han vivido en la región por más de veinte años, se procedió a examinar los cultivos y desmonte de lo conocido con los nombres de *El Líbano* y *Agua Dulce* en la forma siguiente. Terrenos de *El Líbano.* Para recoger todos los datos necesarios, circunscribir los hechos dentro del propio terreno e identificar la adjudicación de las trescientas ochenta hectáreas que forman el globo de terreno denominado *El Líbano,* nos trasladamos a la casa de *La Victoria* perteneciente a la compañía "Inmobiliere Compagnie et Agricole de Colombie," y una vez allí el recomendado señor Luis Márquez nos hizo saber que ese terreno de *La Victoria* era un globo diferente al conocido con el nombre de *El Líbano;* que el terreno de *La Victoria* comprende quinientas noventa y tres hectáreas adjudicadas al señor P. H. Marshall según consta en la escritura número 51 de 31 de marzo de 1897. Divisadas las líneas o puntos que encierran el globo de *El Líbano,* no encontramos dentro de ellos cultivos ni desmontes de ninguna clase. Tampoco existen desmontes ni casa de habitación de colonia. Manifiesta el señor Márquez, representante de la Sociedad o Compañía Cafetera, que los dueños del terreno de *El Líbano* habían resuelto abandonar esa adjudicación y no poner mejora alguna, debido a las circunstancias de ser el clima muy frío, no darse toda clase de cultivos y que su superficie es bastante quebrada. De suerte, pues, que no sólo por la observación directa y personal, sino por la

manifestación del señor Luis Márquez en presencia del suscrito y demás acompañantes de no existir cultivos, desmontes, casas o mejoras de alguna clase, se llega a la conclusión de que los adjudicatarios del terreno de *El Líbano* no han cumplido con las exigencias de la ley y el terreno es nuevamente del Estado. No habiendo más asuntos de qué tratar por parte del suscrito y de los testigos actuarios, termina la presente diligencia la que se firma como aparece.

"El Inspector Nacional del Trabajo, comisionado (firmado), *J. Isidro Rodríguez*—Los testigos actuarios (firmados), *Domingo Rodríguez, J. Bozon.*"

Observa el Consejo que la anterior diligencia llamada de "inspección ocular" y practicada por el Inspector Nacional del Trabajo Isidro Rodríguez, no lleva la firma del señor Luis Márquez, caballero que maneja la hacienda llamada *La Victoria,* como era de rigor puesto que al mencionado señor Márquez se le atribuyen graves declaraciones que podían perjudicar a la Compañía dueña de la hacienda. Este error sustancial del Inspector Nacional del Trabajo hace presumir que la mencionada diligencia no tiene toda la autenticidad que se requiere para fundar en ella las trascendentales resoluciones del Ministerio de Industrias y Trabajo. El acta de la inspección se levantó con toda seguridad, en ausencia del mencionado señor Márquez, puesto que no la autoriza con su firma.

Compárese esta diligencia con las actas de la inspección ocular practicada por el Consejo de Estado.

"Diligencia de inspección ocular.

"En la Sierra Nevada de Santa Marta, en el sitio denominado hacienda de *La Victoria,* Municipio de Santa Marta, Departamento del Magdalena y de propiedad de la sociedad "Compañía Cafetera de *La Victoria,*" a once de diciembre de mil novecientos treinta y seis, y siendo las once de la mañana, se dio principio a la diligencia de inspección ocular pedida por las partes en el presente juicio y ordenada por auto de fecha 20 y 26 de noviembre próximo pasado, con asistencia del siguiente personal que había salido de Bogotá con tal objeto el día nueve de los corrientes: Magistrado sustanciador doctor Ricardo Tirado Macías y su Auxiliar el doctor Carlos Fandiño; el Secretario del Consejo de Estado señor Luis E. García V.; el señor Fiscal de la corporación doctor Juan Fabón Peláez y su Secretario el doctor José Ignacio Concha y el perito por parte de la Nación doctor Marco Mejía Gómez. A este personal se agregó en la ciudad de Santa Marta el siguiente: el señor Roberto Infante, perito designado por la parte actora y reconocido legalmente; el doctor Ovidio Palmera, quien actuó como vocero del demandante en virtud de haber presentado memorial suscrito por el señor William J. Magher; el ingeniero doctor José María Sarmiento, Ingeniero Jefe de la Comisión de estudios y proyectos para la carretera de penetración a la Sierra Nevada que construye el Gobierno Nacional, quien aceptó la invitación que le hiciera el Fiscal para asesorar con sus conocimientos al personal que practica esta diligencia, y el señor Luis Márquez, Administrador de la hacienda *La Victoria.* El señor Magistrado sustanciador dio posesión a los peritos recibiéndoles juramento en forma legal bajo la gravedad del cual prometieron cumplir bien y fielmente los deberes de su cargo. Acto seguido se procedió a determinar el punto A del memorial de pruebas del actor y al efecto se pudo observar después de un recorrido continuo por espacio de cinco horas a lomo de mula, que la hacienda llamada *La Victoria* está destinada principalmente y en gran parte de su extensión al cultivo del café. Está ubicada en el Municipio de

Santa Marta, Departamento del Magdalena, en la región de la Sierra Nevada y tiene una extensión de mil doscientas hectáreas aproximadamente y encerrada por los siguientes linderos generales:

'Por el Norte, con la hacienda *María Teresa,* de propiedad del señor Pedro Manuel Dávila; por el Este, filo de los cerros de San Lorenzo; por el Sur, finca *Bella Vista,* de propiedad de Ramón Pérez y fincas de *Cincinati* y *Vista de Nieve,* de propiedad de la Sociedad Santa Marta Cofee Company; y Oeste finca de *El Recuerdo,* de propiedad de Pablo García y finca *San Isidro,* de propiedad del señor Julio Ceballos.' En este primer recorrido se pudo observar que existe una gran extensión de cultivo de café en producción, perteneciente al lote denominado propiamente *La Victoria.*

"Siendo las seis de la tarde, se suspendió la diligencia para continuarla al día siguiente en las primeras horas de la mañana, con asistencia del mismo personal.

"En constancia se firma por todos los que en ella intervinieron.

"Ricardo Tirado Macías, Juan Pabón Peláez, José Ignacio Concha, José María Sarmiento O., l. C., *Marco A. Mejía G., Luis F. Márquez. Roberto Infante, Carlos Fandiño, Ovidio Palmera, Luis E. García V.,* Secretario."

"Continuación de la diligencia.

"A las nueve de la mañana de hoy doce de diciembre de mil novecientos treinta y seis, partió el mismo personal que practica esta diligencia de la casa de la hacienda de *La Victoria* con dirección al establecimiento destinado a la elaboración del café para observar todos los hechos a que se refiere el punto e) del memorial de pruebas del demandante. Después de una minuciosa y detenida inspección de todos y cada uno de los elementos que componen el establecimiento, en la cual el señor Fiscal de la corporación tomó toda clase de informes y detalles sobre el cultivo, elaboración y beneficio del café, pudo comprobarse lo siguiente: la existencia de un sólido y bien construido edificio con todas sus dependencias y accesorios, destinado al beneficio del café y compuesto de lo siguiente: despulpadora, desecadora, trilladora, separadora, pulidora, clasificadora, elevadora, y una rueda pelton para el desarrollo de energía eléctrica; un dinamo para el alumbrado de las casas, el edificio de máquinas, y además todos los accesorios como poleas, correas, ejes, etc. Pudo observarse que toda esta maquinaria se halla en perfecto estado y presta correctamente el servicio a que está destinada. La diligencia se suspendió a las doce y media del día para continuarla después. A las dos de la tarde se continuó con el objeto de recorrer en todas direcciones el lote propiamente llamado *La Victoria,* punto b) del memorial de pruebas ya citado, para lo cual se resolvió comenzar por deslindar el lote de *Agua Dulce* del de *La Victoria,* por medio de una línea que partiendo del mojón colocado en el punto donminado *Partidas* en dirección Norte, 11º 40' Este hasta encontrar el río Gaira en su margen izquierda en una extensión de 2.260 metros. Esta línea fue trazada con el teodolito por los ingenieros Sarmiento y Lemus, Ingeniero Segundo ayudante de la Comisión de la carretera mencionada. Esta línea sirvió para deslindar el lote de *Agua Dulce* parte integrante hoy de la hacienda de *La Victoria,* del lote propiamente denominado *La Victoria,* a que se refiere propiamente la Resolución de adjudicación del Ministerio de Hacienda, de fecha 29 de diciembre de 1896 y la Resolución número 33 del Ministerio de Industrias y Trabajo, de fecha 21 de octubre de 1935, que es uno de los objetos de este juicio, y de la presente diligencia. Verificado el deslinde dicho, se procedió a recorrer e identificar sobre el terreno el mencionado lote de *La Victoria,* y se encontró que los linderos fijados en la

resolución de adjudicación al señor Marshall, ya mencionada, son los mismos que corresponden sobre dicho terreno a ese lote, o sean los siguientes: (aquí los linderos que determinan el lote adjudicado al señor Marshall, arriba indicados). El lote asi determinado está cultivado según directas y personales observaciones de todos los miembros de la inspección ocular, en una extensión aproximadamente de la mitad, de café con su sombrío, todo en buen estado de producción, con los medios indispensables para el transporte del grano desde la cabecera de los terrenos cultivados hasta el edificio central a que se hizo referencia anteriormente por medio de varias tuberías de hierro galvanizado de cinco pulgadas de diámetro. La mayor parte de los cafetos de esta porción del lote de *La Victoria* fueron plantados desde hace más de treinta años, lo que se deduce de la dimensión y desarrollo de dichos árboles y del sombrío. Tiene también una zona cultivada de pasto artificial y una apreciable extensión de terreno impropia, por lo inaccesible y accidentada, para toda clase de cultivos. Sobre el particular y para mayor abundamiento, se transcribe el informe que el doctor Sarmiento, Jefe de la Carretera Nacional, ha rendido al Fiscal de la corporación:

'Santa Marta, 15 de diciembre de 1936.

'Señor Fiscal del honorable Consejo de Estado—Presente.

'Tengo el honor de dar a usted los siguientes informes en cumplimiento de la misión que usted me hizo el honor de confiarme sobre deslinde y apreciación de las zonas cultivadas, semicultivadas e incultivables en el lote de *La Victoria,* de propiedad de la Compañía Cafetera de *La Victoria,* domiciliada en esta jurisdicción, así:

'Con el objeto de deslindar los lotes de *La Victoria* y *Agua Dulce* y por no existir mojones ni cercas divisorias, se determinó la línea de deslinde, tomando como base el mojón D, *Partidas,* usando para este trabajo un teodolito de precisión Berger & Sons, se fijó la dirección A B con un rumbo de Norte 11º 40' Este. Determinada la línea (A) y (B) se hizo un reconocimiento total de la zona cultivada y con el objeto de calcular de una manera científica la zona cultivada, sin cultivar e incultivable, se fijó un punto culminante en el filo de la cuchilla de *El Jabalí,* 1.520 metros de altura sobre el nivel del mar y con las observaciones allí hechas, el estudio del plano de la finca de *La Victoria* y el conocimiento total de la zona objeto de la inspección se obtuvo el siguiente resultado:

A—Zona beneficiada:

Cultivos de café	210	hectáreas
Cultivos de pastos y varios	34	"
Reservas de bosques con maderas de construcción y defensa de aguas	14	"
Desmonte nuevo listo para cultivar	15	"
Total de la zona cultivada	273	"

B—Bosques sin desmontar:

Cultivables	154	hectáreas
Incultivables por ser rocas escarpadas, zonas sin capa vegetal, estériles y páramos	166	"
Total	320	"
Zona beneficiada	273	hectáreas
Bosques sin desmontar	320	"
Area total	592	"

'Del señor Fiscal atento y seguro servidor, Comisión Técnica de la Sierra Nevada de Santa Marta (firmado), *José María Sarmiento O.*, Ingeniero Jefe.'

"El Fiscal solicitó que este informe fuera agregado al expediente y así se dispuso. En el lote de *La Victoria* hay también varias casas y habitaciones para trabajadores y algunos ranchos con destino a la recolección del café. La casa de habitación de la hacienda y el edificio de beneficio de la misma se hallan dentro del lote de *Agua Dulce*. El señor vocero presentó, con el objeto de que se agrege a estas diligencias, el plano general de la finca *La Victoria* con el fin de que se puedan observar la colocación y dimensiones de los tres lotes que la forman, denominados *La Victoria, Agua Dulce* y *El Líbano*, y los señores peritos solicitaron permiso para rendir por separado su dictamen. Ambas peticiones fueron resueltas de conformidad.

"En constancia se firma la presente diligencia.

"Ricardo Tirado Macías, Juan Pabón Peláez, José Ignacio Concha, Ovidio Palmera, José María Sarmiento O., I. C., *Roberto Infante, Marco A. Mejía G., Luis F. Márquez, Carlos Fandiño, Luis E. García V.*, Secretario."

"Continuación de la diligencia.

"A la hora de las cuatro de la mañana del día 14 de diciembre de 1936, salió el personal de esta diligencia de la casa de la hacienda de *La Victoria* con dirección al lote de *El Líbano*, con el objeto de observar si es verdad, como lo afirma la demanda, que en dicha parte de la hacienda hay señales de haber existido cultivos y pastos artificiales, en una extensión de más de ciento cincuenta hectáreas y si allí nacen varias quebradas que sirven para el beneficio del café; si las montañas de las márgenes pueden ser derribadas sin perjudicar las mismas fuentes naturales; y finalmente si es verdad que existen porciones bastante considerables de estos terrenos que por lo rocallosos son absolutamente inadecuados para toda clase de cultivos. Se hizo un reconocimiento general de este lote y verificando en su totalidad sobre el plano correspondiente y sobre el terreno todo el lindero Sureste y constatando la existencia de los mojones G (cuchilla de La Danta), H, I, A y B, desde el punto B, cumbre más alta del *Cerro quemado*, a 2.500 metros sobre el nivel del mar y desde donde se ve en su totalidad el lote objeto de la inspección, se pudo constatar que en la actualidad no existen terrenos cultivados, pero sí zonas de bosques nuevos que indican haber existido desmontes y cultivos hoy abandonados. Estos desmontes que debieron haberse hecho unos diez a veinte años, pueden tener aproximadamente unas ochenta hectáreas. Estos terrenos no son cultivables comercialmente en la actualidad por ser demasiado costosa su labor, y en gran parte no deben desmontarse por ser los nacimientos de los ríos y quebradas que surten de agua a todas las haciendas cafeteras de la zona comprendida entre los ríos Gaira y Toribio, la ciudad y puerto de Santa Marta, y las poblaciones de Mamatoco y Gaira. Ya es notoria la escasez de agua en la época de verano y si se intensificaran estos desmontes se causaría un gran perjuicio a las poblaciones antes indicadas y a las haciendas de que se habla. En el reconocimiento de estos terrenos se emplearon diez horas de trabajo continuo y todas las observaciones se hicieron usando los aparatos modernos que posee la Comisión Técnica de estudios de la Sierra Nevada que sostiene el Ministerio de Obras Públicas. El lote así identificado es el mismo a que se refiere la Resolución número 2 del Ministerio de Industrias y Trabajo de fecha 8 de enero de 1936 por los linderos expresados en dicha Resolución. En este estado el señor vocero de la parte demandante manifestó que desistía de la petición hecha para

recibir declaraciones juradas a los señores Adolfo Núñez, Juan López y Reginaldo Moreno, como también de la ratificación de las declaraciones rendidas por los señores Rubén Cayón, Ramón Margario Nieves y Sixto Palacio, toda vez que los resultados de la inspección ocular que se dejan transcritos hacen de todo punto inútil las declaraciones solicitadas por el demandante. El señor Consejero resolvió esta petición de conformidad. Habiéndose agotado todos los puntos materia de la inspección ocular decretada en este juicio, se da por terminada la diligencia y se firma en constancia.

"Ricardo Tirado Macías, Juan Pabón Peláez, José Ignacio Concha, Ovidio Palmera, José María Sarmiento O., I. C., *Roberto Infante, Marco A. Mejía G., Luis F. Márquez, Carlos Fandiño, Luis E. García V.*, Secretario."

Los peritos a quienes se refiere esta diligencia, nombrados el uno por el señor Fiscal del Consejo, para representar a la Nación y el otro nombrado por la parte demandante, dicen respecto del lote denominado *El Líbano:*

"En este terreno nace la casi totalidad de las quebradas que surten de agua los lotes de *La Victoria* y *Agua Dulce,* para el laboreo del café, usos domésticos, servicios de regadío, etc. Consideramos que los montes que cubren estas cabeceras, no pueden ser derribados sin grave peligro del aprovechamiento agrícola tanto de la hacienda de *La Victoria* como de la parte baja de toda la hoya hidrográfica del río Gaira hasta la bahía de Santa Marta. Dentro del lote de *El Líbano* existen además alrededor de noventa hectáreas incultivables, tanto por la pobreza de la capa vegetal del terreno, como por su situación topográfica demasiado abrupta e inaccesible para el aprovechamiento agrícola."

Al analizar el señor Fiscal del Consejo de Estado los hechos observados directamente por el personal de la inspección ocular en que él intervino y cuyas actas quedan transcritas, se expresa así:

"En relación con la Resolución número 2 de 8 de enero de 1936, sobre el lote de *El Líbano,* se observa: dice el informe del Inspector: 'Para recoger todos los datos necesarios, circunscribir los hechos dentro del propio terreno e identificar la adjudicación de las trescientas ochenta hectáreas que forman el globo de terreno denominado *El Líbano,* nos trasladamos a la casa de *La Victoria*..... divisadas las líneas o puntos que cierran el globo de *El Líbano,* no encontramos dentro de ellos cultivos ni desmontes de ninguna clase. Tampoco existen desmontes ni casa de habitación de colonos.' Estas afirmaciones del señor Inspector son perfectamente inexactas, porque es físicamente imposible que desde la casa de *La Victoria* se puedan divisar las líneas que encierran el globo de *El Líbano,* ni mucho menos que desde allí se hubiera podido observar personalmente dicho lote. Nosotros empleamos cinco horas en viajar desde *La Victoria* hasta el lote de *El Líbano* a una altura de 2.600 metros sobre el nivel del mar, después de atravesar la cordillera en su parte más abrupta y accidentada. De manera que por razón de la cordillera no es posible físicamente divisar desde *La Victoria* el lote de que se trata. Tiene, pues, una afirmación completamente falsa el informe del señor Inspector y por tanto se puede decir que este funcionario no supo si el terreno estaba o nó cultivado y que por consiguiente el fundamento de la resolución no tiene valor alguno o mejor dicho, previamente no se ha comprobado que el adjudicatario dejara de cumplir sus obligaciones contraídas y mientras esto no se demuestre, no es posible declarar cumplida la condición resolutoria.

"Nosotros sí visitamos el lote de *El Líbano;* observamos que hace unos veinte años existieron cultivos en una extensión aproximada de ochenta hectáreas; que estos terrenos no son cultivables comercialmente en la actualidad; que no deben desmontarse por ser los nacimientos de los ríos y quebradas que surten de agua a todas las haciendas cafeteras de

la zona comprendida entre los ríos Gaira y Toribio, la ciudad y puerto de Santa Marta y las poblaciones de Mamatoco y Gaira.

"Por lo expuesto anteriormente, soy de concepto que deben declararse nulas las dos resoluciones ministeriales demandadas por el representante legal de la compañía propietaria de la hacienda *La Victoria,* y que como consecuencia se ordene la cancelación de las inscripciones que con motivo de las resoluciones acusadas y por orden del Gobierno Nacional, se hayan hecho en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Santa Marta."

IV

Ha sido principio inconmovible de nuestra legislación sobre baldíos, el de que la propiedad de ellos se adquiere por el cultivo de la tierra, esto es, por la incorporación en ella del trabajo del hombre, de manera permanente, y con fines tendientes al desenvolvimiento de la economía nacional.

La Ley 48 de 1882 no hizo a este respecto otra cosa que mantener las normas de que se habla, trazadas en la Ley 61 de 24 de junio de 1864.

Por eso dispuso la citada ley en su artículo 7º lo que sigue:

"Artículo 7º Los terrenos baldíos que la Nación enajene por cualquier título, vuelven gratuitamente a ella al cabo de diez años, si no se estableciere en tales terrenos, dentro de ese tiempo, alguna industria agrícola o pecuaria.

"Parágrafo. Los reglamentos del Poder Ejecutivo determinarán de antemano y con toda fijeza la relación entre la extensión adjudicada, la que debe cultivarse u ocuparse con ganados, para conservar aquélla, pero en ningún caso se fijará menos de la décima parte de la porción adjudicada."

El Decreto ejecutivo número 832 de 11 de octubre de 1884 —*Diario Oficial* número 6230— fijó la proporción en que se debía cultivar el terreno adjudicado, así:

40% para adjudicaciones hasta de doscientas hectáreas; 35% para adjudicaciones desde doscientas hectáreas hasta trescientas hectáreas; 30% para adjudicaciones desde trescientas una hasta quinientas hectáreas; 25% para adjudicaciones desde quinientas una hasta mil hectáreas; 15% para adjudicaciones desde dos mil una hasta tres mil hectáreas; 10% para adjudicaciones desde tres mil una a cinco mil.

Se estableció además en el decreto mencionado que la Sección 3ª del Ministerio de Hacienda pediría oportunamente los informes necesarios para saber respecto de qué adjudicaciones debe comprobarse la condición estipulada en el artículo 7º de la Ley 48 de 1872, para que si no se cumple vuelvan los terrenos al dominio de la Nación.

Lo que ha debido comprobar el Ministerio de Industrias y Trabajo para fundamentar las dos resoluciones materia de este juicio es que los terrenos de que se trata, *La Victoria* y *El Líbano,* permanecieron incultos dentro de diez años de haber sido adjudicados en forma legal a los primitivos dueños o adjudicatarios, y eso no se ha comprobado de ninguna manera. Podrían hoy hallarse incultos y no obstante esa condición, si hubieran sido cultivados dentro del término que establece la ley, no sería posible que volvieran a entrar al dominio de la Nación, como lo pretenden las resoluciones acusadas.

Figuran en autos algunas declaraciones contestes rendidas ante el Juez del Circuito de Santa Marta, de testigos que dicen haber conocido los terrenos de que se habla y haber presenciado que los primeros adjudicatarios señores Marshall y Crane incorporaron en ellos trabajos de

desmonte, de agricultura y de ganadería en proporciones superiores a las que exigía la ley en la época en que aquéllos obtuvieron las respectivas adjudicaciones. Pero el Consejo no les da a los dichos de esos testigos toda la importancia que hubieran merecido al venir originales al juicio o debidamente ratificados.

A lo que sí le da entero crédito esta corporación es a lo observado directamente por el Consejo en la inspección ocular practicada con todas las formalidades legales, y de la cual aparece que de acuerdo con las leyes vigentes al tiempo de la adjudicación, la obligación de cultivar era el 25% de la extensión adjudicada o sean ciento cuarenta y ocho hectáreas y dos mil quinientos metros cuadrados respecto a *La Victoria*, y como hay doscientas setenta y tres hectáreas cultivadas, no hay razón ni fundamento para declarar cumplida la condición resolutoria, dice el señor Fiscal del Consejo, y por consiguiente es nula la Resolución número 33 de 21 de octubre de 1935 del Ministerio de Industrias.

Veamos ahora lo relativo a la Resolución número 2 de fecha 8 de enero de 1936 acerca del lote de terreno denominado *El Líbano*, hoy parte integrante de la hacienda de *La Victoria*. Pudo observarse por quienes concurrieron a la inspección del Consejo de Estado, que en este lote de *El Líbano* existió casa de habitación que aún subsiste, aun cuando un poco abandonada a causa del intenso frío de la Sierra en ese sitio. Todavía existen y pueden observarse rastros de antiguos cultivos propios de esas temperaturas, y pastos naturales y artificiales en una extensión bastante considerable como de noventa hectáreas, según afirman los peritos, como ya se vio en la parte de su concepto pericial arriba transcrito.

Los desmontes que se hicieron en ese terreno a la época de la adjudicación pueden conocerse en la actualidad y así lo observaron los peritos, por los rastrojos que se hallan en esos lugares y que son relativamente nuevos si se les compara con la vegetación que se encuentra en los montes de los mismos lugares y que no han sido derribados.

Teniendo, pues, en cuenta la extensión del lote de *El Líbano* —trescientas ochenta hectáreas, medidas por los ingenieros, y deducidas de allí las noventa hectáreas de tierras rocallosas e incultivables—, resulta que lo cultivado después de la adjudicación respectiva y dentro del período de los diez años que señala la ley, sobrepasa también a la porción cultivada y de la cual existen, como hemos dicho, vestigios que se observaron durante la inspección ocular.

Y no se debe perder de vista las razones expuestas por los peritos respecto del nacimiento de las aguas que sirven para el laboreo del café en la hacienda de *La Victoria* y fincas colindantes, como para los usos domésticos de las poblaciones de Gaira, Mamatoco y Santa Marta.

V

De acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 85 de 1920, el Gobierno tiene la obligación de averiguar si en los terrenos adjudicados como baldíos se han llenado las condiciones requeridas para que los adjudicatarios conserven la propiedad de tales terrenos; y en caso negativo declarará de oficio o a petición de cualquiera persona que han vuelto al dominio de la Nación.

Pero esa obligación del Gobierno —que no es originaria de esta ley sino de las anteriores sobre baldíos y muy especialmente de la 48 de 1882 y del decreto que la reglamentó—, ha de cumplirse de una manera imparcial, científica y completa, para que pueda servir de base sólida a la resolución del Gobierno por la cual vuelven al dominio del Estado las tierras adjudicadas como baldíos que no se hallan cultivadas de acuerdo con las disposiciones que dominan la materia. En el presente

caso, con la llamada inspección ocular del Inspector General del Trabajo, se lesionaron valiosos intereses civiles, legítimos, y se abajó el buen nombre y seriedad del Gobierno con la información rendida por el mencionado Inspector, a quien sin duda alguna le cabe responsabilidad legal que debe deducírsele por la autoridad competente.

Las consideraciones que preceden son suficientes para declarar que por el aspecto de las obligaciones contraídas por el cultivador de los lotes de terreno que hoy componen la hacienda de *La Victoria,* la demanda introducida por el señor Magher contra las resoluciones ministeriales materia de este juicio, debe prosperar.

Por razones de método se ha dejado para el presente lugar la petición del demandante relativa a la declaración que debe hacer el Consejo de Estado para que se extingan las condiciones resolutorias con que están gravados los terrenos denominados *La Victoria* y *El Líbano,* según los artículos 7º de la Ley 48 de 1882 y el 12 del Decreto ejecutivo número 832 de 1884, tántas veces citados.

El Consejo de Estado no tiene por ahora jurisdicción para hacer esa clase de declaraciones; son autoridades del orden administrativo las encargadas legalmente de cumplir esos deberes, cuando se hayan llenado los requisitos exigidos por la Ley 52 de 1931.

Si el Gobierno por conducto del Ministerio de Industrias y Trabajo no resolviere favorablemente la solicitud del adjudicatario, una vez que conozca esta sentencia, podrá éste solicitar del Consejo de Estado que declare cumplidas las condiciones de su título de adjudicación.

No sucede lo mismo con la petición del demandante para que se cancelen las inscripciones que con motivo de las resoluciones acusadas y por orden del Gobierno Nacional, se hayan hecho en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Santa Marta. Esas inscripciones deben cancelarse en el caso de que se hayan hecho y para ordenarlo de conformidad sí tiene facultad legal el Consejo.

En virtud de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º Son nulas las Resoluciones número treinta y tres (33) del Ministerio de Industrias y Trabajo, de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos treinta y cinco, y la número dos (2) de ocho de enero de mil novecientos treinta y seis del mismo Ministerio, por medio de las cuales se declaró que por ministerio de la ley volvieran al dominio de la Nación los terrenos baldíos que con el nombre de *La Victoria* y *El Líbano* les fueron adjudicados respectivamente al señor P. H. Marshall por Resolución del Ministerio de Hacienda de fecha 29 de diciembre de 1896 y al señor William S. Crane, por Resolución del Ministerio de Hacienda de fecha 25 de septiembre de 1896, ubicados en el Municipio de Santa Marta, Departamento del Magdalena, deslindados como aparece al principio de la parte motiva de esta sentencia;

2º Cancélense las inscripciones que con motivo de las resoluciones acusadas y por orden del Gobierno Nacional, se hayan hecho en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Santa Marta;

3º No se decretan las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Industrias y Trabajo, con copia del concepto fiscal para los efectos legales, publíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas.
El Conjuez, *Juan de Dios Carrasquilla—Luis E. García V.,* Secretario.

Patentes de invención

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Según el artículo 1º de la Ley 31 de 1925, no sólo son objeto de patente a favor de sus autores los nuevos descubrimientos, sino que también lo son las invenciones, mejoras o perfeccionamientos en todos los ramos de la industria.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos treinta y siete.

Por medio de apoderado y con fecha 9 de marzo del presente año, el señor José Díaz, vecino de Bucaramanga, solicitó del Ministerio de Agricultura y Comercio una patente de privilegio para un invento de su propiedad consistente en una maquinaria para fabricar moldes de cigarros, con todos sus accesorios.

Negó el citado Ministerio tal solicitud, lo mismo que la reconsideración de ella, pedida en oportunidad, por medio de las Resoluciones de 6 de agosto y de 30 de noviembre del año pasado respectivamente. La última providencia mencionada fue publicada en el *Diario Oficial* de 2 de enero del presente año, que autenticado se acompaña a los autos.

No habiéndose conformado el interesado con tales decisiones, acudió en demanda de nulidad de ellas ante esta corporación, en donde, habiendo recibido el asunto la tramitación legal que le corresponde, se pasa a resolver lo que sea pertinente, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Como fundamento de su demanda manifiesta el actor, que a pesar de haber cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley para obtener la patente que reclama, le fue negada por el Ministerio; que tal proceder está reñido con las disposiciones que regulan la materia y que se trata de una maquinaria nueva, de su propia invención, que merece todo el apoyo que le otorgan las leyes a esta clase de industrias. En derecho la apoya en la Ley 31 de 1925, en el artículo 10 del Acto legislativo número 1º de 1936, 52 de la Constitución y 4º de la Ley 57 de 1887.

Se basa la resolución acusada en que en concepto del Gobernador de Santander del Sur, tal maquinaria está trabajando desde hace varios años, que los moldes que produce son copias de otros fabricados en el exterior y en que según la Ley 31 de 1925 no puede ser reputado como nuevo en Colombia, ningún descubrimiento, invención o aplicación que ya haya sido publicado o conocido suficientemente; todo lo cual tiende a que no se dé a las patentes de invención una duración ilimitada. También manifiesta el Ministerio que el artículo 22 de la misma ley citada dice que será nula la patente concedida, cuando no sea nuevo el descubrimiento, invento o mejora a que se refiera.

Durante la tramitación del juicio y en tiempo oportuno, solicitó el apoderado del demandante se allegaran a los autos los siguientes comprobantes: copia de las diligencias hechas ante el Ministerio para obtener la referida patente de privilegio por 10 años, de la cual aparece que allí se presentó con la solicitud y además del poder, una descripción en castellano, bastante detallada y minuciosa, del mérito o procedimiento que se quiere patentar con fotografías de la maquinaria y plano de cada una de las piezas que la integran; una muestra del producto consistente en una serie de cajuelas o moldes de los que se producen con el invento; el comprobante del pago de los derechos fiscales y el de los de publicación.

Todo lo anterior fue ampliamente complementado en esta corporación, con una inspección ocular que se ordenó practicar en Bucaramanga sobre la maquinaria en cuestión, por el señor Juez 1º civil de esa ciudad, en asocio de peritos nombrados por las partes, y en la cual quedó establecido lo siguiente, que de común acuerdo dijeron tanto el perito de la Nación, como el de la parte demandante:

"Tenemos a la vista una maquinaria para hacer moldes de cigarros, de propiedad del señor José Díaz R. e inventada por él mismo, compuesta de cuatro máquinas, tres que se mueven por fuerza eléctrica y una a mano. La primera consiste en un aparato portátil, pequeño, constante de tres piezas que son: el banco sobre el cual descansa la cuchara que se pretende moldurar, la palanca que lleva dos cuchillas de acero que marcan la vitola respectiva en la cuchara y el cliché que portan las cuchillas referidas. Esta máquina se maneja a mano y se llama 'la marcadora de cucharas.' La segunda máquina llamada 'fresadora de cucharas' se mueve con fuerza eléctrica y consta de ocho poleas, un tornillo que guia el carro que lleva la cuchara y un segundo tornillo situado en la parte inferior de la máquina, que tiene por objeto graduar la cavidad de la vitola. La tercera máquina llamada 'molduradora de cucharas' movida también por fuerza eléctrica, consta también de cuatro poleas que mueven una pequeña sierra con sus respectivas cuchillas que molduran la cuchara preparando los bordes de la cavidad de la vitola para su articulación en la cajuela. Y la cuarta y última, se llama 'fresadora de cajuelas' y trabaja también movida por fuerza eléctrica. La integran entre otras piezas una plataforma que sube hacia la fresa llevándole la pieza de madera para que se forme la cajuela; una cremallera que fija las distancias entre las cajuelas que determinan la forma del cigarro; un tornillo que gradúa la cavidad de la cajuela, según el caso, y once poleas que impulsan las piezas que ayudan la plataforma en su ascenso o descenso a la fresa que movida por otra polea perfora la madera y forma la cajuela. Puesta en movimiento la maquinaria pudo constatarse que funciona perfectamente bien. Desde hace muchos años hemos venido observando el avance e incremento que gracias a la prodigiosa consagración, esmero y aptitud de José Díaz ha tenido la maquinaria en referencia, invención verdaderamente maravillosa. Hace quince años sólo constaba de dos máquinas: la molduradora de cucharas que formaba los bordes que articulaban en las cajuelas y la fresadora de cajuelas, mencionadas últimamente. Después, a fuerza de muchas penalidades, desvelos, preocupaciones que han mermado la salud del señor Díaz y lo han agotado económica y espiritualmente, ha logrado inventar las dos primeras máquinas y les ha introducido varias innovaciones a las dos que existían en un principio, alcanzando hoy a producir diariamente ciento cincuenta moldes cuando en aquella época escasamente confeccionaban treinta sin la perfección acabada de los que actualmente fabrica. La 'molduradora de cucharas' carecía de chumaceras potentes como las que hoy tiene, que generan una rapidez vertiginosa en las cuchillas. La 'fresadora de cajuelas' ha recibido en los diez últimos años las siguientes innovaciones:

la creación de un resorte que suaviza la penetración de la fresa en la madera evitando en esa forma que se desborde la cajuela; la invención de una palanca que recibe la plataforma al regresar de la fresa suavizando la caída de la cajuela y la creación de un perno en el extremo de la plataforma que la sostiene fuertemente para mayor precisión y seguridad en el acto mismo en que la fresa entra en la madera. Por el conocimiento personal y directo que desde hace muchos años tenemos del señor José Díaz podemos asegurar bajo la gravedad del juramento prestado, por ser la verdad, que esta maquinaria es una invención exclusiva del referido señor Díaz y constituye el fruto de su trabajo, de su esfuerzo y observación de más de quince años. Los productos de la maquinaria consisten en moldes de distintas clases y tamaños para la fabricación de cigarros y constituye un procedimiento enteramente nuevo de aplicación no solamente útil sino necesaria en la industria del tabaco. El señor Juez interrogó bajo juramento a los señores Manuel Santander, Eliécer Sarmiento y Rafael Rey, presentes en el acto de la diligencia, y todos estuvieron acordes en afirmar cada cual por separado que la maquinaria en referencia ha sido inventada por el señor Díaz en los últimos quince años, durante los cuales los testigos han venido observando paso a paso los esfuerzos supremos del referido señor Díaz para perfeccionar su invención, perdiendo y agotando su salud considerablemente en las distintas experimentaciones que ha tenido que hacer y sufriendo en ellas lesiones personales apreciables (se observa efectivamente que José Díaz ha perdido algunos dedos de las manos o parte de ellos en ensayos y experimentos, al parecer, pues las lesiones que se observan así lo revelan). Agregan los peritos que no es justo premiar tan mal el esfuerzo de José Díaz, quien ha dedicado casi toda su vida a perfeccionar tan completamente esta invención exclusivamente suya, y negarle un privilegio muy merecido hoy que su salud falla y espera que su trabajo de tántos años le proporcione medios de congrua subsistencia."

Según el artículo 9º de la Ley 31 de 1925, "las patentes de privilegio de invención se expedirán sin previo examen de novedad y utilidad, y no deben considerarse en ningún caso, por tanto, como declaración y calificación de las mencionadas circunstancias. El Gobierno no declara al concederlas, que son verdaderas o útiles, ni que el privilegiado es realmente el inventor, ni que el objeto es nuevo, ni que son fieles las descripciones o modelos, pues queda el derecho a salvo a los demás interesados, quienes las harán bajo su responsabilidad, quedando sujetos a los resultados, con arreglo a lo previsto en esta ley. Ello no obsta para que el Gobierno pueda verificar en cualquier tiempo la exactitud de las declaraciones, en las solicitudes y descripciones respectivas, haciendo uso de los elementos y recursos de que disponga para el efecto."

Y según el artículo 1º de la misma ley citada, no sólo son objeto de patente a favor de sus autores los nuevos descubrimientos sino que también lo son las "invenciones, mejoras o perfeccionamientos en todos los ramos de la industria."

Es, pues, cierto que desde hace varios años trabaja la maquinaria del señor Díaz y que por consiguiente sus productos no son hoy una novedad. Pero con la inspección ocular arriba transcrita, y que es la prueba por excelencia en esta materia, aparece suficientemente comprobado que realmente dicho señor es el inventor y perfeccionador de tal maquinaria, por lo menos en lo relativo a la construcción y adición de nuevas piezas en ella, a la reforma de ellas de tal manera que den mayor seguridad y precisión en el trabajo, todo lo cual se ha traducido en un acabado más perfecto y en un rendimiento sorprendentemente superior. Que de mucho tiempo atrás viene ocupándose el señor Díaz en este género de labores, a las cuales ha dedicado gran parte de su vida, lo que hace suponer que si antes no había solicitado la patente respectiva, ello se debió a que en su concepto no estaba aún suficientemente perfeccionado

el invento, ya que como es sabido, esta clase de mejoras y de perfecciones en las maquinarias no se logran de un momento a otro, sino que en muchos casos son fruto de una constante y detenida observación, y de una consagración cuidadosa y metódica digna de todo apoyo.

Bastan los anteriores razonamientos para que esta corporación estime que debe prosperar la demanda y restablecerse el derecho lesionado del actor, como lo ordena el artículo 4º de la Ley 80 de 1935, también invocada por él.

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, declara nulas las Resoluciones de fechas seis de agosto y treinta de noviembre del año pasado, originarias del Ministerio de Agricultura y Comercio, por las cuales se negó al señor José Diaz la expedición de una patente de privilegio para su maquinaria de fabricar moldes de cigarros, y en su lugar resuelve que, con las formalidades legales, se expida dicha patente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Ministerio autor de las Resoluciones y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Acción pública

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Todo acto injurídico, inconstitucional o ilegal, puede lesionar los derechos de los particulares, sin que esto obste para quitarle a la acción pertinente su característica de pública.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos treinta y siete.

En apelación de la sentencia de fecha 15 de mayo del presente año dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, ha venido a esta corporación el juicio de nulidad del inciso 7º del artículo 1º de la Ordenanza 81 de 1936, en el que es actor el señor Rafael Miranda.

En el Consejo el asunto ha recibido ya la tramitación legal que le corresponde sin que en ella se note vicio de nulidad, motivo por el cual se procede a resolver lo que fuere del caso, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El acto acusado establece un impuesto nuevo de $ 0.20 por cada carro de tracción de sangre que transite por las carreteras departamentales, y el actor lo demandó en acción pública o ciudadana, fundado en el hecho de que antes del 26 de noviembre de 1936 fecha en que entró a regir la Ordenanza de que se trata, los carros transitaban libremente por las aduanillas sin que tuvieran que pagar impuesto alguno, y que tienen que pagarlo ahora desde esa fecha, o sea desde la promulgación de la Ordenanza, siendo así que según el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910 "ninguna contribución indirecta ni impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento."

La sentencia del Tribunal que se revisa, no accedió a hacer la declaración solicitada en la demanda por estimar que contra el acto acusado no es procedente la acción intentada por el demandante, que fue la pública o ciudadana, sino únicamente la privada, que debe ser entablada por quien demuestre tener interés directo en la nulidad del acto.

Como se ve, el actor no acusa la ordenanza como lesiva de sus derechos civiles, caso en el cual tendría apoyo legal la sentencia que se revisa, sino como contraria al Acto legislativo número 3 de 1910, o sea a la Constitución Nacional.

En un caso idéntico al de que aquí se trata, procedente del Tribunal Administrativo de Bucaramanga, sentó el Consejo de Estado la siguiente doctrina, transcrita ahora en la vista fiscal:

"Creo que es suficiente la simple lectura del libelo, para llegar a la conclusión de que se trata de la clásica acción pública que a todo ciudadano reconoce la Ley 130 de 1913. El Tribunal se dejó impresionar por

la declaración que hace el actor al afirmar que el acto acusado lesiona derechos particulares. Claro está que todo acto injurídico, inconstitucional o ilegal puede lesionar los derechos de los particulares sin que esto obste para quitarle a la acción pertinente su característica de pública. Para el Tribunal *a quo* es bien sencillo distinguir la acción pública de la privada: si lesiona intereses particulares, es acción privada y si no los lesiona es acción pública. De donde se deduce que el acto administrativo que se acusa en acción pública no puede nunca lesionar directa ni indirectamente intereses o derechos particulares. Extremando las consecuencias de la doctrina del Tribunal se llegaría al absurdo de no poder ejercitar nunca la acción ciudadana.

"El demandante se refiere de manera incidental a la lesión del derecho de los particulares, es decir, de los ciudadanos, pero no como causa o razón principal de su acción; no obra tampoco como personero de terceros ni alega su interés individual en el asunto. Ataca el acto administrativo por extralimitación en la función reglamentaria que compete a los Gobernadores, por abuso en el ejercicio de una autorización, por violación de la libertad de industria consagrada en la Constitución y porque la medida prohibitiva adoptada por la Constitución no tiene carácter general.

"Además, no debe perderse de vista, para evitar lamentables confusiones, que hay actos administrativos que pueden acusarse en una o en otra acción, en la pública para conseguir una nulidad con efecto *erga omnes* y en la privada para conseguir el restablecimiento del derecho violado y la reintegración del patrimonio lesionado mediante el contencioso de plena jurisdicción. Así el acto que establece un impuesto de carácter general puede acusarse por cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública prescindiendo de su carácter particular de contribuyente, y con el único objeto de obtener una nulidad absoluta con efecto para todos; y puede asimismo invocarse el carácter de contribuyente lesionado en sus intereses en la acción privada, para obtener como consecuencia de la nulidad la devolución de las sumas pagadas ilegalmente, mediante la aplicación del artículo 4º de la Ley 80 de 1935."

No existiendo hoy fundamento para variar la anterior doctrina del Consejo se acoge como base de este fallo.

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 del Tribunal Administrativo del Atlántico de fecha quince de mayo del corriente año, y en su lugar dispone:

Es nulo el ordinal séptimo del artículo primero de la Ordenanza número ochenta y uno de mil novecientos treinta y seis que dice:

"Artículo 1º Desde la promulgación de la presente Ordenanza, los impuestos de camino y pisadura serán los siguientes.....

"7º Por cada carro de tracción de sangre, veinte centavos ($ 0.20)."

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

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Cuociente electoral

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Hubo necesidad de una ley nueva, la 67 de 1937, que ordenara no tener en cuenta para el escrutinio algunos residuos, para cambiar el sistema empleado por la Ley 7ª de 1932, que no hacía excepción alguna al respecto.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta y siete.

En grado de apelación interpuesta por el demandante, señor Alfredo Carbonell, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Barranquilla de fecha 2 de marzo del presente año, ha venido a esta corporación el expediente contentivo del juicio de nulidad del escrutinio efectuado por el Jurado Electoral del Municipio de Barranquilla el 10 de octubre de 1935 para la elección de Concejales, de acuerdo con las elecciones populares verificadas el 6 de los mismos mes y año citados.

Aun cuando con salvamento de voto, la sentencia de primera instancia declaró que no era el caso de decretar la rectificación pedida de los citados escrutinios hechos por el Jurado Electoral de la citada ciudad, para el Cabildo Municipal.

Lo primero que observa el Consejo es la demora que tuvo este asunto en el Tribunal de la capital del Atlántico, antes de ser fallado, pues a pesar de haberse entablado la demanda el 11 de octubre de 1935, sufrió toda clase de demoras, incidentes, impedimentos, etc., en la primera instancia, hasta que va a ser resuelto en definitiva cuando ya las consecuencias del fallo no afectan a los Concejales escrutados por haber terminado el período que para desempeñar sus funciones les señala la ley.

Los hechos en que el demandante funda su petición, consisten en que según él, se arrebató un miembro que le corresponde por residuo, a la lista encabezada por el doctor Anastasio del Río, para adjudicárselo a otra lista que no tenía derecho a sacar electo ningún candidato, por no haber alcanzado a obtener cuociente entero sino sólo residuo. Funda su derecho especialmente en la Ley 7ª de 1932.

Como el asunto ha recibido en esta segunda instancia la tramitación que le corresponde, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a ponerle término, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Del acta de escrutinio del Jurado Electoral que figura en los autos resulta que hubo treinta y siete listas inscritas para la elección de Concejales de que se trata y que la lista encabezada por el doctor Del Río obtuvo en la votación 1.677 votos válidos.

Dice el artículo 1º de la citada Ley 7ª de 1932:

"En toda elección popular y en las que deben hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se observarán las siguientes prescripciones:

"El total de votos válidos que se emitan a favor de cada lista se multiplica por el número de ciudadanos por elegir y este producto se divide por el total de votos válidos obtenidos en la respectiva Circunscripción Electoral, o en la corporación pública que hace la elección. Los distintos cuocientes que resulten indican el número de candidatos que corresponden a cada una de las listas que concurran a la elección. Los puestos que falten para completar el número de candidatos por elegir, llegado el caso, se asignan a las listas que tengan mayores residuos en orden descendente, y si hay empate decide la suerte. En la adjudicación de los puestos que corresponden a cada lista se atiende 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 lista regularmente inscrita."

Como se ve, esta disposición es clara en su sentido literal, por lo cual no debe desecharse éste, para consultar su espíritu. En efecto, según ella, para hacer el escrutinio en toda elección popular, después de hechas las operaciones aritméticas indicadas, se atiende en primer término a los distintos cuocientes que resulten, escrutando de cada lista tantos candidatos, cuantos señale su cuociente. Hecha esta operación, si faltaren candidatos para completar el número de miembros de la corporación que se trate de elegir, se prescinde de los cuocientes—los cuales ya fueron tenidos en cuenta— para atender solamente a los residuos y se adjudica un candidato a la lista que tenga mayor residuo, otro a la que le siga, y asi sucesivamente en orden descendente, hasta completar el número de candidatos a elegir, y sin tener en cuenta que tales listas hayan alcanzado o nó al metro electoral, según gráfica expresión del señor Fiscal del Consejo de Estado, o lo que es lo mismo, que hayan alcanzado o nó a obtener enteros al hacer las operaciones indicadas por la ley.

La anterior doctrina ha sido aplicada por esta corporación en varios de sus fallos, por ser la más acorde con la letra de la Ley 7ª de 1932, sin contrariar su espíritu, y es por tanto la aplicable a todos los casos de elecciones como la presente, verificadas bajo el imperio de tal ley.

Hoy existe una nueva legislación al respecto, que es la consignada en la Ley 67 del presente año, en la cual se ordena eliminar del escrutinio todas aquellas listas que no hubieren alcanzado una cantidad de votos por lo menos igual a la mitad del cuociente electoral, entendiéndose por éste, el que resulte de dividir el total de votos válidos de la respectiva Circunscripción Electoral por el número de individuos que deban elegirse. Pero como se ve, hubo necesidad de una ley nueva que ordenara no tener en cuenta para el escrutinio algunos residuos, para cambiar el sistema empleado por la Ley 7ª de 1932, que no hacia excepción alguna al respecto. Esta última ley sólo puede tenerse en cuenta en los casos posteriores a su vigencia, por no tener efecto retroactivo, es decir, que no es aplicable al caso de autos.

Teniendo en cuenta los dichos antecedentes, en el caso de autos, se tiene que la lista del doctor Del Río obtuvo, como arriba se dijo, 1.677 votos, que multiplicados por 15, número de Concejales por elegir en Barranquilla, da un producto de 25.155. Dividido este producto por 10.602, total de votos válidos de la Circunscripción, da un cuociente de dos enteros y un residuo de 3.951

10.602

Como la lista encabezada por el doctor Claudio M. Blanco obtuvo 672

votos, hechas las mismas operaciones que con la anterior se obtiene un cuociente de 0 enteros y un residuo de 10.080

10.602

es decir, superior al de la lista anterior.

El Jurado Electoral de Barranquilla escrutó dos candidatos para la primera lista por cuociente; y el tercero para la segunda lista por residuo.

En la misma forma continuó haciendo el escrutinio el Jurado Electoral de la citada ciudad, escrutando de las demás listas los candidatos que les correspondieron, teniendo en cuenta los respectivos residuos en orden descendente, es decir, con la aplicación de la doctrina que arriba se deja expuesta y que como se dijo, ha sido sustentada ya en varias ocasiones por esta corporación. Nada, pues, tiene que objetar el Consejo, a la manera como hizo el escrutinio de Concejales del Municipio, el Jurado Electoral de Barranquilla en la elección que tuvo lugar el 6 de octubre de 1935.

Conforme como está la sentencia del Tribunal Administrativo de Barranquilla con la interpretación legal que acaba de exponerse, debe confirmarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia apelada de que se ha venido tratando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

JURISPRUDENCIA



Págs.

ACCION PUBLICA Y PRIVADA.—El Consejo de Estado se reafirma en la siguiente doctrina sentada en fallo anterior: "No debe perderse vista, para evitar lamentables confusiones, que hay actos administrativos que pueden acusarse en una u otra acción: en la pública, para conseguir una nulidad con efecto **erga omnes,** y en la privada, para conseguir el restablecimiento del derecho violado y la reintegración del patrimonio lesionado. Así el acto que establece un impuesto de carácter general puede acusarse por cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública, prescindiendo de su carácter particular de contribuyente, y con el único objeto de obtener una nulidad absoluta con efecto para todos; y puede asimismo invocarse el carácter de contribuyente lesionado en sus intereses en la acción privada, para obtener como consecuencia de la nulidad la devolución de las sumas pagadas ilegalmente, mediante la aplicación del artículo 4º de la Ley 80 de 1935." (Sentencia de 9 de noviembre de 1937) 217

ACTAS DE LAS CORPORACIONES. (Su valor probatorio).—Una acta constituye prueba suficiente respecto de los hechos y sucesos que en ella han sido registrados, sin que pueda destruírse dicha prueba sino demostrando la falsedad de la misma acta, pero en manera alguna respecto de los hechos o sucesos que no constan allí por una u otra razón. (Sentencia de 23 de febrero de 1938) 37

ACTOS DISCRECIONALES.—La esfera del poder discrecional está siempre claramente definida en la ley, así como el reglamento no puede introducir modificación alguna al texto superior que le sirve de base. Por lo cual puede demandarse la nulidad de los actos reglamentarios, así como la de un acto discrecional, cuando exceden del radio dentro del cual han debido moverse. (Sentencia de 23 de febrero de 1938) 31

ALCALDES. (Facultades de los).—El Alcalde es un simple ejecutor de las disposiciones tomadas por el Concejo, al cual corresponde, según los artículos 143, 145 y 169, numeral 11, de la Ley 4ª de 1913, "la administración de los intereses del Municipio." No hay precepto alguno que atribuya al Alcalde la facultad de tomar una iniciativa cuya índole, por establecer normas de carácter general, que van a alterar las condiciones dentro de las cuales ejercen determinadas actividades lícitas los ciudadanos, corresponda al cuerpo deliberante municipal. El Alcalde, a quien le ha sido atribuída la "administración activa," como dicen los expositores, debe solamente poner en marcha las normas administrativas por medio de actos y exigir de los particulares el cumplimiento de las reglas de derecho. (Sentencia de 26 de noviembre de 1937) 8

ALCALDES. (Facultades de los).—Los Alcaldes no gozan respecto de los acuerdos de la potestad reglamentaria que la Constitución asignó al Jefe del Estado respecto de las leyes dictadas por el Congreso. Ni siquiera en la parte adjetiva de desarrollo y aplicación de la norma puede tomar iniciativa alguna el jefe de la administración municipal. (Sentencia de 26 de noviembre de 1937) 9

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES.—Conforme a la estructura de la Constitución Nacional, las Asambleas Departamentales son cuerpos puramente administrativos y sin atribuciones políticas. Siendo esto así, las Asambleas están rigurosamente sujetas a la norma fundamental del derecho administrativo moderno, que practican todos los paises cultos, o sea a la norma de la administración reglada. Según ella, todos los actos de las autoridades administrativas deben inspirarse en un régimen legal establecido de antemano, conocido de todos, y cuya violación trae consigo, mediante un recurso ciudadano, la nulidad de los actos que impliquen abuso de poder o extralimitación de funciones. Y resulta antijurídico en grado sumo pretender que las Asambleas sean soberanas, pues la soberanía, que consiste en decidir en último resorte y sin apelación de las cuestio-

Págs.

nes fundamentales en la vida del Estado, unido al monopolio de la coerción sin condiciones, no puede residir sino en la Nación representada por sus propios órganos. (Sentencia de 23 de febrero de 1938) 31

AUTORIZACIONES LEGALES.—El Consejo de Estado estima que al autorizar el Congreso la hipoteca de los edificios "destinados para cuarteles," se refirió a los que estaban destinados entonces y no a los que se destinaran en el futuro por medio de ocupación de tropas o de resoluciones ejecutivas que les dieran tal carácter. No coinciden, pues, los bienes que se proyecta hipotecar con los que fueron particularizados en la ley para tal efecto y por este extremo el proyecto de contrato no está conforme con las autorizaciones legales. (Dictamen de 2 de noviembre de 1937) 113

B

BALDIOS. (Condición resolutoria de los).—Lo que ha debido comprobar el Ministerio para fundamentar las resoluciones en que declara que, en cumplimiento del parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 85 de 1920, han vuelto al dominio de la Nación unos terrenos baldíos, es que ellos permanecieron incultos dentro de diez años de haber sido adjudicados en forma legal a los primitivos dueños o adjudicatarios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 48 de 1882 y del Decreto ejecutivo número 832, de 11 de octubre de 1884, normas vigentes en la materia al tiempo de la adjudicación. Podrían hoy hallarse incultos esos terrenos y no obstante esa circunstancia, si hubieran sido cultivados dentro del término que establece la ley, no sería posible que volvieran a entrar al dominio de la Nación. (Sentencia de 19 de octubre de 1937) 209

BALDIOS. (Condición resolutoria de los).—De acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 85 de 1920, el Gobierno tiene la obligación de averiguar si en los terrenos adjudicados como baldíos se han llenado las condiciones requeridas para que los adjudicatarios conserven la propiedad de tales terrenos; y en caso negativo declarará de oficio o a petición de cualquiera persona que han vuelto al dominio de la Nación. Pero esa obligación del Gobierno —que no es originaria de la Ley 85 de 1920 sino de las anteriores sobre baldíos y muy especialmente de la 48 de 1882 y del decreto que la reglamentó—, ha de cumplirse de una manera imparcial, científica y completa, para que pueda servir de base sólida a la resolución del Gobierno, por la cual vuelven al dominio del Estado las tierras adjudicadas como baldíos que no se hallen cultivadas de acuerdo con las disposiciones que dominan la materia. (Sentencia de 19 de octubre de 1937) 210

BALDIOS. (Condición resolutoria de los).—El Consejo de Estado no tiene por ahora jurisdicción para hacer declaraciones relativas a la extinción de la condición resolutoria con que está gravado un terreno baldío, según los artículos 7º de la Ley 48 de 1882 y 12 del Decreto ejecutivo número 832 de 1884. Son autoridades del orden administrativo las encargadas legalmente de cumplir esos deberes, cuando se hayan llenado los requisitos exigidos por la Ley 52 de 1931. (Sentencia de 19 de octubre de 1937) 211

BIENES DEPARTAMENTALES.—Cuando el constituyente de 1910 dispuso que los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, quiso consagrar, ante todo, en favor de esas entidades, el concepto clásico de propiedad con todos sus atributos. Que a continuación dijera que dichos bienes y rentas gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares, es cosa que no puede entenderse a título de limitación de aquel principio, o en el sentido de que sólo se pretendió amparar aquel derecho contra actos abusivos. La segunda parte de la disposición constitucional refuerza la primera y reafirma el propósito de atribuir a los bienes y rentas de los Departamentos y Municipios las características esenciales, las modalidades sustantivas del derecho de propiedad. (Sentencia de 23 de noviembre de 1937) 50

Pags.

BIENES OCULTOS. (Denuncia de).—La denuncia de ciertos efectos como bienes ocultos afecta situaciones preexistentes a su elaboración; las características del fenómeno y sus elementos constitutivos no pueden estimarse a través de situaciones posteriores; para su análisis debe hacerse abstracción de los movimientos que a partir de la denuncia se han impreso al negocio y que pueden alejarlo del plano real donde actuaba en la época en que fue apreciado por el denunciante. En otros términos, el bien es oculto o nó según sean los elementos que lo forman y determinan en la época de la denuncia, sobre los cuales no pueden ejercer influencia directa circunstancias o elementos sobrevivientes que sin duda le harán variar de fisonomía. (Sentencia de 24 de noviembre de 1937) 141

BIENES OCULTOS.—El bien oculto es cosa corporal, perceptible, traducible a dinero, a riqueza, y que concreta en bienes que calladamente salían del patrimonio de la Nación a enriquecer indebidamente un patrimonio extraño. (Sentencia de 24 de noviembre de 1937) 142

BIENES OCULTOS. (Denuncia de).—La denuncia tiene la plenitud de su eficacia en relación con los hechos ya cumplidos y determinantes del bien oculto, y es errónea la teoría que intenta desconocer esa calidad a la sombra de una omisión, precisamente advertida por el denunciante. (Sentencia de 24 de noviembre de 1937) 143

BIENES OCULTOS.—Al fenómeno le son aplicables principios del Código Fiscal, anteriores a la Ley 27 de 1935. Partiendo de la base de que las cantidades que se estipuló pagar y las que se pagaron de más, por razón del error en la cotización de la moneda y en la liquidación de las deudas, constituyen bienes materiales traducibles a dinero efectivo, cantidades pagadas por el Estado y recibidas por la sociedad acreedora; y aceptado también el hecho físico del consentimiento expreso de los órganos de la Nación de entregar dichas cantidades como de pertenencia del acreedor, forzoso es concluír que su carácter primitivo de propiedad nacional no sólo se tornó oscuro, sino que expresamente fue desconocido por los contratantes. Siendo esto así, es inobjetable el hecho de que el actor sacó de la oscuridad, descubrió y puso en conocimiento de la Nación una riqueza ignorada. (Sentencia de 24 de noviembre de 1937) 144

BIENES OCULTOS. (Denuncia de).—Por el artículo 30 del Código Fiscal, ordinal a), debe el Ministro, hecha la denuncia y practicadas las pruebas, declarar oculto el bien o negarle esta calidad, y luégo declarar también si las acciones determinadas son o nó procedentes. Dos movimientos sucesivos, pero separados en el campo jurídico; de modo que el bien oculto puede y debe existir **per se,** y las acciones indicadas pueden ser o nó materia de análisis separado. (Sentencia de 24 de noviembre de 1937) 145

C

CESION (de un crédito).—De acuerdo con el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, la cesión de un crédito que no consta en documento, puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en tal evento la notificación de que trata el artículo 1961 del Código Civil deberá hacerse con exhibición de dicho documento. Pero si no consta que se haya cumplido el requisito de la notificación, ni del modo solemne ordenado por el Código Civil, o sea con la exhibición del título que lleve anotado el traspaso del derecho con la designación y bajo la firma del cedente, ni en ninguna otra forma que dé ocasión a considerar que la notificación al deudor se cumplió siquiera imperfectamente, es claro que tal requisito no se ha cumplido. (Sentencia de 26 de noviembre de 1937) 108

CESION (de un crédito).—"La cesión —dice el artículo 1960 del Código Civil—, no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste." De conformidad con el artículo 1962 del

Págs.

Código Civil, "la aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, etc." La simple demanda administrativa no puede producir los efectos de una aceptación. La ley requiere un hecho que la suponga y da como ejemplo de la aceptación la litis contestación o un principio de pago, pero es claro que pueden existir otros hechos que la constituyan. Como en las demandas administrativas no hay contestación de la demanda, obvio es que no puede producirse el fenómeno de la aceptación de la cesión del crédito por este medio. No ocurriendo en esta clase de acciones la **litis contestatio** no tiene oportunidad el presunto deudor de manifestar su aceptación o de negarse a ella. (Sentencia de 26 de noviembre de 1937) 108

CLAUSULA PENAL.—Excede las facultades legales del Gobierno la cláusula de un contrato celebrado con un banco, en que se estipula que la falta de cumplimiento del contrato o de cualquiera de las obligaciones en él contraídas por parte del Gobierno o del banco, dará lugar al pago de determinada cantidad a favor de la otra parte. Esta estipulación es válida en cuanto obliga al banco, pero no ocurre lo mismo en cuanto al Estado, pues de conformidad con el artículo 4º de la Ley 53 de 1909, en esta clase de contratos dicha cláusula es de rigor pero en interés del Estado. (Dictamen de 2 de noviembre de 1937) 113

CLAUSULA PENAL.—El Consejo de Estado ha estimado de manera unánime que no es aceptable en el terreno jurídico que por el hecho de que no **haya prohibición,** pueda el Gobierno adquirir el compromiso de la cláusula penal, de la sanción pecuniaria, que la ley le manda exigir de las personas naturales o jurídicas con quienes contrate. El Consejo no comparte el concepto de que el Gobierno pueda hacer aquello para lo cual no exista prohibición, sino que únicamente puede hacer aquello para lo cual se le haya autorizado de manera expresa. La cláusula penal, conforme al artículo 4º de la Ley 53 de 1909, es de rigor, pero en interés del Estado, nunca en contra de éste. (Dictamen de 19 de noviembre de 1937) 117

COMPETENCIA.—La resolución que sirvió de base al juicio contencioso-administrativo tiene, por su aspecto material y formal, el carácter de una resolución ministerial, y como tál sólo sería acusable ante el Consejo de Estado; pero como no aparece firmada por el Ministro sino por el Secretario, no es competente el Consejo para conocer del juicio respectivo. Los interesados han debido obtener, previamente, que el Ministro firmara o aprobara la aludida resolución. (Sentencia de 25 de noviembre de 1937) 65

COMPETENCIA.—De la letra y del sentido de las disposiciones que se consideran —artículo 6º de la Ley 2ª de 1936 y Decreto número 804 de 15 de abril de 1936—, aparece innegable que el acto por el cual se decreta la expulsión de un extranjero no tiene hoy, bajo el imperio de los nuevos textos, el carácter de discrecional que pudo haber tenido antes. Las anteriores normas, legalmente insubsistentes en la actualidad, en virtud de las cuales la expulsión podía verificarse "a juicio del Gobierno," es decir, sin sujeción a regla alguna de procedimiento, quedaron sustituídas por la obligación de cumplir, por parte de la autoridad competente, una serie de requisitos, entre los cuales figura —precisamente— la de instruír diligencias informativas, oír al interesado dentro de cierta oportunidad, etc. Así, su fisonomía jurídica de acto de Gobierno, de facultad privativa inherente al Jefe del Estado, quedó transformada por ministerio de la reglamentación vigente, en función de simple policía, sujeta a la ulterior aprobación del Ministerio de Gobierno, o, lo que es lo mismo, en un acto administrativo propiamente dicho. Por otro aspecto, en contraste con la ausencia de normas en el procedimiento, existe hoy una serie de preceptos imperativos de obligatorio cumplimiento por parte del funcionario que dicta el auto, el cual pierde así su índole de discrecional para convertirse en reglado. Mientras subsista vigente el aludido Decreto 804, no hay fundamento ninguno para sustraer de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos dictados en atención a sus preceptos. Por este extremo, pues, es incuestionable la

Págs.

competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción contra el acto por el cual se decreta la expulsión de un extranjero. (Sentencia de 20 de octubre de 1937) 95

COMPETENCIA.—La resolución de la Policía Nacional dictada con ocasión de la expulsión de un extranjero, si está debidamente aprobada por el Ministerio de Gobierno, cae bajo la jurisdicción del Consejo de Estado, como acto ministerial, pues lo que se demanda es este acto que es en definitiva el que crea o modifica una situación subjetiva de derecho, y nó el de la policía. (Sentencia de 20 de octubre de 1937) 96

COMPETENCIA.—La cuestión suscitada es un simple problema de competencia, para resolver el cual negativamente basta considerar que no ha sido atribuído por las leyes que rigen la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a ninguno de los órganos o tribunales que lo forman el conocimiento de esa clase de actos electorales —elección verificada por un Concejo, de representantes del Distrito en una sociedad anónima. En ninguna de tales leyes existe la competencia necesaria para entender en ellos, y por el Consejo de Estado se ha repetido hasta el cansancio que la competencia debe estar expresamente atribuída al tribunal o funcionario que la asuma en un negocio dado, y no puede ser nunca deducida por analogía. (Sentencia de 21 de octubre de 1937) 103

COMPETENCIA.—Es claro que en virtud del precepto consagrado en el numeral 4º del artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, pueden las Cámaras mantener o dejar sin efecto una ordenanza de agregación o segregación municipal. Pero como lo ha dicho repetidas veces el Consejo de Estado, tal disposición no quiere decir que las autoridades de la rama contencioso-administrativa carezcan de competencia para dictaminar sobre la legalidad o ilegalidad de la segregación o agregación. Lo que ocurre es que coexisten dos recursos de índole diversa. Y no puede afirmarse que por el hecho de no haberse ejercitado el uno no pueda ejercitarse el otro, ni que los dos órdenes de atribuciones entren en conflicto para excluírse entre sí. (Sentencia de 23 de febrero de 1938) 39

COMPETENCIA.—Dentro de una sana interpretación que consulte el objeto social y la razón de ser de los textos legales, debe aceptarse que el legislador quiso por medio del artículo 2º de la Ley 49 de 1931 subsanar los errores en que pudieran incurrir las corporaciones públicas al establecer la proporcionalidad de las cuotas, dentro de un criterio de equidad que debe tomar en cuenta "los recursos fiscales con que quede el Municipio o los Municipios de los cuales se hace la segregación." Cuando aparece de manifiesto que la Asamblea sólo consideró una parte de las deudas existentes, por falta de información técnica, y que no observó proporcionalidad alguna sino que fijó por el contrario cuotas que contrarían el concepto mismo de proporción, es preciso concluír que la jurisdicción administrativa conserva la plenitud de su competencia ordinaria para sancionar las violaciones de la ley cometidas por los ordenadores departamentales. (Sentencia de 23 de febrero de 1938) 39

CONCESION (de servicios públicos).—Una concesión de servicios públicos es un modo de gestión tan eficaz como la administración directa; pero de naturaleza compleja, ya que en él se incorporan factores del reglamento, del acto condición y del contrato. De un lado, fija las reglas de organización y funcionamiento y los poderes y deberes del prestatario y el usuario del servicio; atribuye, de otro, al contratista, cierta capacidad de explotación, cierto poder jurídico legal dentro del más amplio ambiente jurídico oficial, ya que de otro modo no podría encarnar a la administración, y, finalmente, es producto de un acuerdo formal y solemne destinado a establecer situaciones concretas. El Gobierno viene a ser desplazado en las operaciones materiales del servicio y en los actos de gestión administrativa correspondientes, pero continúa como titular de aquél, el cual sigue siendo oficial: del privilegio que él encarna no se desprende el Gobierno, ni sería necesario para los fines propuestos en la concesión. (Dictamen de 16 de febrero de 1938) 165

Págs.

CONCESION (de servicios públicos).—Sólo el Estado puede establecer el servicio aéreo postal y llevar adelante su explotación, porque así lo exigen la seguridad colectiva, la eficacia de las comunicaciones, la interferencia de los organismos oficiales y el éxito de las labores gubernamentales; pero ésta —la explotación— la función material de administrar el servicio, puede entregarse en virtud de expresa autorización legal, a cargo exclusivo de un contratista. Subordinada a la fiscalización del Gobierno la administración del correo aéreo con todas sus dependencias y debiéndose regir en cuanto sus principales movimientos por la reglamentación oficial, puede ser eficaz materia de una concesión. (Dictamen de 16 de febrero de 1938) 165

CONCESION (de servicios públicos).—Por regla general sólo son susceptibles de concesión los servicios públicos que los expositores llaman económicos o industriales. Se distinguen éstos de los que son esenciales en la vida del Estado por el aspecto de su productibilidad, vale decir, porque ellos tienen adscrito un patrimonio autónomo. Lo cual significa que los servicios económicos no pueden generar esa especie de tributos públicos obligatorios exigidos para el normal funcionamiento de las actividades estatales, o sean los impuestos. (Dictamen de 16 de febrero de 1938) 165

CONTRATOS.—Tratándose de un contrato, sometido a la revisión del Consejo de Estado mucho tiempo después de habérsele puesto en ejecución, la decisión del Consejo toma el contrato en el estado en que se encuentra, tal como si no se hubiera puesto en ejecución, y por sí sola no puede afectar los hechos cumplidos con anterioridad. A la luz de los principios jurídicos, las situaciones creadas al amparo de un acuerdo formal de voluntades en vigencia anormal, constituyen relaciones de hecho capaces de subsistir por la sola voluntad de los contratantes. (Dictamen de 16 de febrero de 1938) 161

CUOCIENTE ELECTORAL.—La disposición del artículo 1º de la Ley 7ª de 1932 es clara en su sentido literal, por lo cual no debe desecharse éste para consultar su espíritu. Según ella, para hacer el escrutinio en toda elección popular, después de hechas las operaciones aritméticas, se atiende en primer término a los distintos cuocientes que resulten, escrutando de cada lista tantos candidatos cuantos señale su cuociente. Hecha esta operación, si faltaren candidatos para completar el número de miembros de la corporación que se trate de elegir, se prescinde de los cuocientes —los cuales ya fueron tenidos en cuenta— para atender solamente a los residuos, y se adjudica un candidato a la lista que tenga mayor residuo, otro a la que le sigue, y así sucesivamente en orden descendente, hasta completar el número de candidatos a elegir. (Sentencia de 28 de noviembre de 1937) 219

D

DEMANDA (en juicios contencioso-administrativos).—La demanda, en juicios contencioso-administrativos, debe expresar lo que se pide, las disposiciones constitucionales y legales en que se funda (artículo 54 de la Ley 130 de 1913). Esta especificación de requisitos no se aviene con la eventualidad de que a cualquier libelo, por el solo hecho de ser presentado en tiempo oportuno, se le interprete en forma que haga viable el estudio por todo concepto de los actos acusados. Se burlaría el mandato del legislador si la decisión formal tuviera tánta amplitud de apreciación, que bastara pedir en la demanda el examen del acto acusado a la luz de todas las disposiciones constitucionales, legales, etc. La demanda determina todas las incidencias del proceso, y, lo que es más importante, la calidad, el mérito, la finalidad de las pruebas. Desoír la norma que la ley señala en el particular es romper el equilibrio que debe regir la actuación de las partes, implica desconocimiento de la igualdad jurídica de éstas y hace en muchos casos baldía, difícil o aun imposible la defensa de un interés o de un legítimo derecho del opositor, sobre todo cuando se trata de aplicar una norma no invocada en oportunidad. (Sentencia de 23 de noviembre de 1937) 50

Págs.

DEMANDAS ELECTORALES. (Su aclaración, corrección o enmienda). Teniendo en cuenta que el legislador ha querido someter los juicios electorales a un procedimiento que podría llamarse breve y sumario; dado que según el artículo 5º de la Ley 80 de 1922, la tramitación de los juicios electorales es, invariablemente, la señalada en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 96 de 1920, y que, conforme al artículo 21 de la ley últimamente citada, "en estas actuaciones no son admisibles las articulaciones comunes ni otros incidentes distintos de los de impedimento o recusación," y sabido que las demandas electorales deben presentarse, necesariamente, dentro de términos perentorios, en estos juicios, si tiene cabida la aclaración, corrección o enmienda de la demanda, debe presentarse dentro del término que se tiene para iniciar las acciones correspondientes. (Sentencia de 25 de noviembre de 1937). 69

DEMANDAS. (Su aclaración, corrección o enmienda).—La aclaración, corrección o enmienda de la demanda comprende únicamente cuestiones adjetivas o de forma y en ningún caso puntos sustantivos o fundamentales, que envuelvan peticiones diferentes, porque esto equivaldría a variar totalmente la acción y a obtener por ese medio, una sentencia que no habría podido obtenerse con la demanda primitiva. (Sentencia de 25 de noviembre de 1937) 69

DEMANDA (improcedente).—Cuando una providencia niega la revocatoria de otra, en todo caso la resolución principal debe ser acusada conjuntamente con la que negó la revocatoria. Si el Consejo no puede analizar la resolución inicial, por no estar **subjudice,** es improcedente la demanda contra la resolución que negó su reconsideración. (Sentencia de 25 de noviembre de 1937) 65

DEMANDAS (acumulación de las).—La acumulación en ningún caso puede decretarse de oficio, sino a petición de parte, y mediante las formalidades que establece el Código Judicial. En los juicios electorales no existe la acumulación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 96 de 1920. Según lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 85 de 1916, se deben decidir, en una sola sentencia, sin necesidad de acumular los juicios, las demandas o reclamaciones intentadas sobre nulidad o irregularidades referentes a las votaciones o registros de escrutinio de un **mismo Municipio,** pero no las que hagan relación a distintos Municipios. (Sentencia de 10 de febrero de 1938) 85

DEMANDA. (Elección de representantes de un Municipio).—Estima el Consejo de Estado que, habiendo la Ley 80 de 1935 modificado el artículo 190 del Código de Elecciones, en el sentido de sustraer las demandas de elecciones verificadas por Asambleas y Concejos Municipales del angustioso término fijado en la última disposición en cita, no hay razón para que se consideren fuera del alcance de la reforma aquellos casos en que no hay elección de un empleado, pero en cambio sí la hay de una persona que se designa para que lleve la representación de la entidad departamental o municipal, según sea. Y es evidente entonces que por razones de analogía, las demandas de nulidad de esta clase de elecciones —mientras la ley no haya dispuesto expresamente otra cosa—, deben caer bajo el imperio de las normas que rigen las acciones electorales a que puede dar lugar la designación de empleados propiamente dichos. (Sentencia de 21 de octubre de 1937) 102

DEMANDANTE (personería del).—No habiéndose cumplido con un requisito esencial que la ley exige para la validez de la cesión de un crédito, no ha podido verificarse jurídicamente el traspaso del derecho, ni el actor ha adquirido los correspondientes a un cesionario en forma, ni puede demandar su pago a los pretendidos deudores. En una palabra, el actor carece de personería sustantiva para intervenir en el juicio. Que ello es así se comprueba fácilmente si se tiene en cuenta que la acción intentada es la privada, carácter que le es propio, tanto por la naturaleza misma del negocio, ya que la resolución cuya nulidad se solicita crea una situación individual, concreta y personal, cuanto porque se pide que como consecuencia de la nulidad del acto se provea al restablecimiento del derecho que se dice violado. Sien-

Págs.

do, pues, de carácter privado la acción incoada no podrá ser admitida sino a iniciativa de la persona a quien afecta la situación subjetiva y concreta que crea la providencia. (Sentencia de 26 de noviembre de 1937) 109

DERECHOS ADQUIRIDOS.—Los Cabildos pueden decretar todas las normas necesarias para la seguridad general y para el orden público urbano. Reglamentar debidamente el tráfico y alejar los combustibles y materias explosivas de los lugares centrales, donde pueden producir mayores estragos, y donde la posibilidad de accidentes se multiplica, está dentro de la esfera de organización de la policía local. Frente a esta facultad de los Concejos, los ciudadanos no podrían alegar un derecho adquirido. Aun tratándose de la actividad de una industria lícita, todo derecho está sometido en su ejercicio a las reglas fijadas por la ley o por las otras normas jurídicas obligatorias. En lo que se refiere a la higiene y a la seguridad públicas, el derecho de propiedad no obsta para exigir de los particulares multitud de requisitos y exigencias legales. La acción privada no puede prosperar por lo tanto en negocios de esta índole. (Sentencia de 26 de noviembre de 1937) 9

E

EJERCITO (miembros del).—No es fácil aceptar la relación que tengan con los preceptos sobre recompensas militares aquellos que ni son Oficiales de Guerra, ni son individuos de tropa, ni tienen la calidad especial de "militares" en servicio activo. Sólo por la novedad que al sistema introducen los nuevos estatutos, a saber, los decretos de carácter legislativo números 2518 y 2552 de 1936, dictados por el Gobierno en ejercicio de las autorizaciones extraordinarias conferidas por la Ley 6ª del mismo año, el primero de los cuales fija la planta orgánica del Ejército, incluyendo en ella precisamente a los Comandantes y escribientes de circunscripción en el Departamento de Servicio Territorial, y el segundo que reorganiza el Ejército y entre sus miembros sitúa a dicho funcionario, se viene a concluír que un Comandante de Circunscripción tiene el **status** legal de miembro del Ejército. (Sentencia de 1º de marzo de 1938) 194

ELECCIONES DE REPRESENTANTES. (Sus nulidades).—De la primera parte del artículo 30 del Acto legislativo número 1º de 1936 se deduce con absoluta claridad que el individuo que se encuentre en las condiciones que allí se señalan, no puede ser elegido Representante al Congreso, y si lo fuere, tanto la elección como las diligencias anteriores a ella quedarán viciadas de nulidad. Pero el juzgador, para aplicarla, ha de ceñirse a todo el texto constitucional para proceder rectamente. La parte final, esto es, el inciso segundo del mencionado artículo 30, dice textualmente: "La ley determinará la clase de negocios a que sea aplicable esta disposición y la prueba especial para demostrar el hecho." Es evidente que mientras la ley no exista y determine la clase de negocios a que es aplicable el principio constitucional citado, y las pruebas necesarias para demostrar el hecho, el juzgador no puede aplicarlo. (Sentencia de 10 de febrero de 1938) 92

ELECTORALES (inscripción de listas).—En repetidas ocasiones el Consejo de Estado, con razones muy sólidas y que no han sido desvirtuadas hasta ahora, ha sentado jurisprudencia en un sentido nitidamente adverso a la tesis de que no puede inscribirse un número de renglones de candidatos menor de la mitad del número total de curules por proveer. Por medio del establecimiento del sistema que se conoce con el nombre de cuociente electoral, se trata de garantizar los derechos de las minorías, o sea de las agrupaciones políticas que no logran consignar en los comicios un número de votos suficiente para obtener puesto en las corporaciones públicas por medio de otros regímenes de elección, como el del voto incompleto o el de las circunscripciones uninominales. Siendo este el objeto que el legislador se propuso al adoptar el sistema, no se comprende cómo pudiera haberse establecido una norma que contrariaría tal finalidad. No debe imponerse a los grupos políticos la obligación de presentar al electorado listas completas de candidatos, pues ello no satisface ninguna necesidad pública y no podría traer sino inconvenientes.

Págs.

Por otra parte el análisis más simple del artículo 10 de la Ley 7ª de 1932, indica a las claras que su objeto es reglamentar la actividad de los electores con posterioridad a la inscripción de las listas. Cosas esencialmente distintas son la inscripción de las listas ante un funcionario público, y las modificaciones o alteraciones que más tarde puedan hacer los sufragantes a esas mismas listas. (Sentencia de 26 de enero de 1938) 12

ELECTORALES (nulidades de las listas).—La circunstancia de haber adoptado el legislador el sistema del cuociente electoral, exigiendo ahora a las agrupaciones políticas que sufraguen por listas y no por nombres aislados, no ha hecho desaparecer ni ha afectado en ninguna forma el régimen de las suplencias establecido por la Constitución. El concepto de lista electoral se refiere a la serie de personas que pretenden llenar las casillas o curules vacantes, no a la serie de personas que eventualmente deben reemplazarse las unas a las otras en el goce o ejercicio de una misma curul. Esta última serie de personas lo que representa es un renglón dentro de la lista respectiva. Cuando, por excepción, la lista y el renglón se confunden, ello no quiere decir que los efectos que el legislador le asignó a la lista o serie de renglones se predique de la serie interna de personas que constituyen el renglón. Aun dentro del caso de una lista compuesta de múltiples renglones las incapacidades personales de un candidato no afectan a los otros candidatos de la lista, por razones elementales de justicia y de lógica. Sólo las nulidades procedentes de irregularidades o maniobras fraudulentas, cobijan o perjudican a todos los renglones, por el hecho de estar todos vinculados dentro de la unidad interna de la plancha. (Sentencia de 26 de enero de 1938) 18

ELECTORALES (listas).—En multitud de fallos ha dicho el Consejo de Estado que el hecho de figurar en una lista menos de la mitad del número de candidatos que deba elegirse, no constituye causal de nulidad. (Sentencia de 10 de febrero de 1938) 87

ELECTORALES (nulidad de los renglones).—Cada renglón por mandato del constituyente se compone de un principal, un primer suplente y un segundo suplente. El lazo que une a estas tres personas entre sí, nada tiene qué ver con aquel otro lazo que constituye la unidad de la lista y tiene características esencialmente diversas. Los principales de una lista no se reemplazan los unos a los otros en caso de falta absoluta o temporal. El objeto del renglón plural es precisamente que en orden descendente las unas personas reemplacen a las otras en caso de falta absoluta o temporal. Tal es la finalidad propia de la institución de los suplentes. Dentro del sistema de los renglones plurales el verdadero candidato, el que señalan los electores para llenar la curul, es el principal, a quien los suplentes no pueden desalojar en ningún caso. Los suplentes sólo adquieren un derecho a la curul por falta del principal. Por eso dependen de él y su posición se asimila a la suya, razón por la cual anulada la elección del principal pierden su derecho, porque no tienen a quién reemplazar. Sólo en una eventualidad como ésta, y por excepción a los principios generales, pueden hechos atinentes a la persona del que encabeza un renglón perjudicar a los suplentes. Pero a virtud de los motivos que justifican esta solución, resulta precisamente que las incapacidades que afectan a los suplentes no pueden afectar al principal ni afectarlos entre sí. Esta tesis constituye una jurisprudencia constante de los tribunales administrativos. (Sentencia de 26 de enero de 1938) 19

ELECTORALES (renglones).—Carece de base la asimilación entre las ternas de candidatos a la magistratura y los elementos de un renglón electoral. Las ternas tienen por objeto presentar a otra entidad, diferente de la que las elige, una opción o escogencia, de tal manera que de los tres candidatos que las integran sólo uno puede ser elegido, y una vez elegido no es reemplazado por ninguno de los otros en caso de falta temporal o absoluta. El renglón, compuesto por el principal y sus dos suplentes, no representa opción alguna. Todos sus miembros son elegidos a la vez. Pero con la circunstancia de que el derecho del principal excluye o supedita el de los demás. La carencia de los requisitos legales de parte de una sola persona, anula la terna entera. En el caso del renglón de candidatos para representantes, la cu-

Págs.

rul no queda vacía por la incapacidad declarada respecto de un suplente, y de todas maneras a ocupar el puesto concurre una persona que tiene los requisitos legales, o que no está impedida. (Sentencia de 26 de enero de 1938) 19

ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO.—Es error afirmar que solamente de un contrato perfecto pueden nacer situaciones concretas, que produzcan un enriquecimiento indebido; esas relaciones pueden tener origen, como efectivamente lo tienen, en la ejecución anticipada de compromisos jurídicos inexistentes; de otra manera esa inexistencia o la nulidad que hubiere de producirse tendrían circunscritos sus efectos al futuro, y los hechos cumplidos quedarían convalidados aun a pesar de los derechos de las partes. (Sentencia de 24 de noviembre de 1937) 142

ESCRUTINIOS (falsedad de los).—Las meras declaraciones de testigos no son suficientes para anular los registros de escrutinio por falsos o apócrifos, o por resultar falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación (numeral 2º del artículo 14 de la Ley 96 de 1920). El hecho de que algunos declarantes afirmen que no ejercieron realmente la función del sufragio, no indica que sus nombres fueron suplantados en los registros de votación. Es necesario comprobar, además, que tales ciudadanos, a pesar de no haber sufragado, aparecen como depositando sus votos, lo que puede acreditarse previa su identificación y confrontación con las listas de anotación o registros que llevan los Jurados de Votación. (Sentencia de 10 de febrero de 1938) ... 63

ESCRUTINIOS (rectificación de los).—Como los demandantes ejercitaron, no las acciones de nulidad, sino la de rectificación del escrutinio verificado por el Consejo Electoral, a que se refieren los artículos 184 y 185 de la Ley 85 de 1916, en relación con el 190 de la propia ley, por haberse dejado de computar en tal escrutinio los registros correspondientes a dos Municipios, es evidente que sus demandas deben prosperar. (Sentencia de 10 de febrero de 1938) 87

EXTRANJEROS (expulsión de).—La expulsión de un extranjero, que era un derecho absoluto del estatuto territorial, ha sufrido limitaciones que afectan el aspecto formal y el contenido de dicha función. Lo que la ley y la costumbre dejaban a discreción del Jefe del Estado con los sistemas de Gobierno y los conceptos de nacionalidad y ciudadanía que tanto en la teoría como en la práctica tienen su base en el derecho político, vino a convertirse en materia de control jurisdiccional, que impone a la Administración obrar dentro de ciertos reglamentos o dentro de las prescripciones bilaterales de un tratado; someterse, en fin, al régimen de derecho. (Sentencia de 13 de diciembre de 1937) 153

EXTRANJEROS (pasaportes de los).—Si la entrada de un extranjero a Colombia fue irregular, por falta de pasaporte ajustado a las prescripciones legales, es decir, expedido por las autoridades de su país de origen y autorizado por un Cónsul colombiano o por el de una nación amiga, su permanencia en el país no puede crearle el **status** jurídico de extranjero domiciliado, único capaz de atraer la protección de la ley, ya que es principio de derecho que lo nulo desde el comienzo no se convalida por el transcurso del tiempo. Ni la residencia continua, ni el ejercicio del comercio o de cualesquiera otras industrias lícitas pueden otorgarle, en tales condiciones, el carácter de extranjero domiciliado ni mucho menos originar el beneficio de la naturalización. (Sentencia de 13 de diciembre de 1937) 157

H

HIPOTECA.—Es inaceptable que quien esté autorizado para vender o permutar con mayor razón debe considerarse autorizado para hipotecar. Uno y otro contrato son de fisonomía jurídica enteramente distinta, y hay quienes, con sólidas razones jurídicas, conceden mayor gravedad a la hipoteca que a la venta, ya que en ésta, al realizarla, se sabe de qué se desprende quien vende, en tanto que cuando se trata del préstamo hipotecario, cuando la garantía real no es suficiente, prosiguen otras acciones cuya

Págs.

gravedad a veces resulta incalculable. El legislador ha separado una y otra negociación, sometiéndolas a requisitos enteramente distintos. Tampoco puede aceptarse la inaplicabilidad del artículo 2169 del Código Civil —que establece que la facultad de hipotecar no comprende la de vender, ni viceversa—, a los contratos de esta índole que celebra el Gobierno, por cuanto el Código Civil no regula las relaciones del Poder Público sino las de los particulares. Cuando el Gobierno celebra contratos de derecho común, tiene que someterse, como los particulares, a las normas comunes, sin que pudiera sostenerse que por el hecho de ser el Estado quien negocia, fuera dado prescindir de una de las solemnidades o formalidades que el derecho civil impone para su perfeccionamiento. (Dictamen de 19 de noviembre de 1937) 116

I

IMPUESTO SOBRE LA RENTA.—A la declaración de renta no puede atribuírsele valor absoluto. Después de presentada continúa el proceso impositivo que establece la ley. Ella no suele definir, por tanto, la situación del contribuyente de un modo invariable. Rendido el informe que indique la renta bruta durante el año gravable anterior, con especificación de las deducciones y exenciones permitidas y acompañado de cualquiera otra información necesaria para la determinación de la renta líquida gravable en la forma que el Director General de Rentas lo requiera (artículo 11 de la Ley 81 de 1931), sobreviene la revisión en cada Departamento por el Administrador de Hacienda Nacional, sobre las bases de la declaración y de cualquiera otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada, pudiendo dicho funcionario exigir informes escritos del contribuyente, cuando sospeche que las declaraciones son falsas o inexactas (artículo 12 ibídem). Aun así, la cuantía del gravamen es susceptible de modificación por el Director General de Rentas Nacionales, si media un reclamo, y este funcionario (artículo 14 ibídem) no puede reducir el monto de la fijación sin que se le haya suministrado toda la información **requerida por él** para la decisión correspondiente. Resulta ocioso, por lo menos, afirmar que la tasación de la Administración de Hacienda Nacional tiene fuerza de cosa juzgada. (Sentencia de 5 de octubre de 1937) 42

IMPUESTOS DE RENTA Y PATRIMONIO (unidad de los).—Pretender que las sanciones legales sólo pueden recaer sobre aquella parte del patrimonio en que hubo declaración inexacta, no es doctrina aceptable a juicio del Consejo de Estado. El artículo 20 de la Ley 78 de 1935 establece un recargo del ciento por ciento por la sola inexactitud en la declaración del **patrimonio** o de la **renta,** norma que se halla consignada en el capítulo correspondiente al impuesto sobre exceso de utilidades. Al tenor del artículo 21 de la misma ley, "el impuesto sobre la renta y los otros que en él se mencionan se considerarán como un **todo indivisible,** para **todos** los efectos legales," con lo cual quiso indicar el legislador la vinculación que entre ellos existe. Dada la unidad jurídica y económica del patrimonio, según su definición legal, cualquiera inexactitud al denunciarlo afecta la cifra que lo expresa, su valor **total** y el del impuesto que haya de asignársele. La inexactitud, la noción así designada por la ley de modo **singular,** tiene asímismo un contenido indivisible, que responde a la consideración de **conjunto** que determina el concepto de patrimonio, Del mismo modo que el patrimonio, la renta, bruta o líquida, para efectos impositivos es un conjunto, una unidad jurídica y económica. (Artículo 1º, numeral 1º, de la Ley 78 de 1935). De suerte que cualquiera inexactitud al denunciarla, afecta también su monto total, circunstancia ésta que impide entender qué sanción respectiva recae sobre el componente en que hubo inexactitud. De lo contrario se distinguiría donde la ley no distingue, se confundiría la parte con el todo y se haría ineficaz el propósito de que cada declaración sea fiel, verídica y puntual. El recargo de conformidad con el Decreto 818 de 1936, se refiere al **impuesto,** no puede ser proporcional a la cuantía de la inexactitud, porque, ante todo, el gravamen

Págs.

asignable es **uno.** Sería absurdo sostener que son tantos cuantos elementos formen el patrimonio a él sujeto. (Sentencia de 24 de noviembre de 1927) (1937)..... 58

IMPUESTOS (de renta y patrimonio).—Todo lo relativo a los impuestos de renta y patrimonio, y a los bienes gravables o no gravables con tales impuestos, está atribuído a los Administradores de Hacienda Nacional y al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, conforme a las leyes y decretos que reglamentan la materia. Aquellos funcionarios son los llamados a resolver si determinados bienes están o nó exentos de dichos impuestos al considerar las denuncias que deben hacerse, de acuerdo con las disposiciones vigentes, y las resoluciones que en definitiva dicte el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales son acusables ante el respectivo Tribunal Administrativo, con apelación ante el Consejo de Estado. Cualquier otro procedimiento estaría fuera de la ley y sería improcedente. (Sentencia de 25 de noviembre de 1937) 66

IMPUESTOS MUNICIPALES. (Intendencias y Comisarías).—Carece de valor el argumento consistente en que, por medio del ordinal 40 del artículo 64 del Acuerdo número 1º de 1918 del Tribunal de Cuentas de Cundinamarca, adoptado por Decreto número 227 de 1922 para las Intendencias Nacionales y Comisarías Especiales, apenas se hace una enumeración de entradas municipales, pero que en manera alguna se autoriza a los Distritos para decretar los impuestos respectivos. Si no se decretara la imposición, no tendría lugar la entrada de las sumas correspondientes al Fisco Municipal y por tanto sería baldía la enumeración indicada, lo que no puede aceptarse desde luégo que las leyes deben interpretarse en sentido positivo. La referencia que se hace al producto "de las cuotas anuales," no se opone a su cobro mensual, pues en aquella ordenación se señala la cuota anual como uno de los renglones que forman el activo del Tesoro Municipal en la respectiva vigencia, sin que ello se oponga al recaudo mensual. (Sentencia de 3 de diciembre de 1937) 124

IMPUESTOS (de energía eléctrica).—Es erróneo sostener que, en virtud de la Ley 113 de 1928 sobre estudio técnico y aprovechamiento de caídas de agua, se hubiera reservado la Nación la imposición de contribuciones relacionadas con las empresas generadoras de energía eléctrica. Como puede verse por la lectura de todas y cada una de sus disposiciones, éstas tienen una causa y una finalidad enteramente distintas. (Sentencia de 3 de diciembre de 1937) 125

INTENDENCIAS Y COMISARIAS. (Régimen fiscal de las).—El Decreto número 227 de 20 de febrero de 1922 adoptó para las Intendencias Nacionales y Comisarías Especiales el Acuerdo número 1º de 1918, sobre reglamento de régimen fiscal y contabilidad municipal, expedido por el Tribunal de Cuentas de Cundinamarca, y agregó que, en consecuencia, los Intendentes Nacionales, Comisarios Especiales, Concejos, Alcaldes, Personeros y Tesoreros Municipales de aquellas entidades observarán las disposiciones del Acuerdo mencionado en todo lo referente a la imposición, administración y recaudación de rentas, impuestos y contribuciones. Este Decreto, como posterior que es, prevaleció sobre el 1181 de 1915 y sobre el 2359 de 1916. (Sentencia de 3 de diciembre de 1937) 123

INTERPRETACION RESTRICTIVA.—Es un principio de derecho reconocido desde los tiempos clásicos, que toda disposición de carácter excepcional, destinada a suprimir en un caso concreto una norma genérica, debe interpretarse de manera restrictiva. (Sentencia de 23 de febrero de 1938) 33

J

JURISDICCION.—Un Contralor Departamental, a quien las ordenanzas atribuyen competencia para seguir juicios de cuentas y deducir o elevar alcances, ejerce jurisdicción en el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas, y la prohibición que contiene el artículo 102 de la Constitución, unida a la norma consignada en el artículo 183 de la Ley 85 de 1916, impone de-

Págs.

cretar la nulidad de los votos emitidos a su favor, cuando se compruebe que ha desempeñado el cargo dentro de los tres meses anteriores al dia de las votaciones. Deducir un alcance es reconocer y declarar un crédito a favor del Estado y en contra de un particular; y por lo tanto es declarar el derecho de una de las partes dentro de un proceso contencioso. Y esto es precisamente lo que los jurisconsultos latinos llamaron **jus dicere,** palabras de donde se derivó **jurisdictio,** que ha pasado al derecho moderno y a los idiomas europeos sin alteración ninguna fundamental de su significado. Aplicando las concepciones y la terminología del derecho público contemporáneo, Gaston Jeze afirma que el acto jurisdiccional es "la manifestación de voluntad, dentro del ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto constatar una situación jurídica, o un hecho, con fuerza de verdad legal." Elegante fórmula que delimita y precisa el alcance del **jus dicere** tradicional. Ahora bien: constatar situaciones jurídicas con fuerza de verdad legal es lo que hace un Contralor Departamental al fenecer una cuenta o al declarar un alcance. Ser juez de cuentas es administrar justicia, aplicar la ley a los casos particulares. (Sentencia de 26 de enero de 1928) (1938) 15 (11)

JURISDICCION.—La jurisdicción para ser plena en un Magistrado no requiere de ninguna manera que a ella deban estar hipotéticamente sometidos todos los ciudadanos. Esa jurisdicción amplísima corresponde únicamente a la República, que la ejerce por medio de órganos especiales, circunscribiéndola por medio de competencias limitadas. Tampoco invalida el concepto de jurisdicción el argumento de que el funcionario no pueda por sí mismo hacer cumplir sus fallos. Lo que caracteriza la jurisdicción es el conocimiento de los negocios y su decisión, no la facultad de darles vida práctica a los fallos, que es más bien función administrativa y policiva, de índole política. Esta es la doctrina que consagra nuestra legislación, puesto que estima la jurisdicción como el poder de administrar justicia. Y administrar justicia es declarar el derecho, definir controversias, no ejecutar sentencias. De modo implícito ha adoptado esta tesis el Consejo de Estado, al decidir que no es jurisdicción verdadera y que no inhabilita para la elección de las Cámaras la llamada jurisdicción coactiva. (Sentencia de 26 de enero de 1938) 16

L

LEGITIMACION.—De las normas legales que reglamentan la legitimación en Colombia —artículos 236, 238, 239 y 240 del Código Civil y 52 de la Ley 153 de 1887—, resulta que existen dos formas de legitimación: la que la ley otorga **ipso jure** en ciertos casos, a virtud del matrimonio de los padres, y la que pudiera llamarse voluntaria en cuanto depende de un acto libre de los mismos padres, consumado de acuerdo con las solemnidades legales. Y resulta a la vez que dentro de la primera forma de legitimación hay que distinguir dos hipótesis: la legitimación de los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos en él, y la de los hijos nacidos antes del matrimonio pero reconocidos como hijos naturales por los padres. (Sentencia de 1º de febrero de 1938) 23

LEGITIMACION.—La legitimación **ipso jure** es un efecto propio del matrimonio que viene a convalidar o mejorar situaciones anteriores, siempre que se hayan cumplido los antecedentes señalados por el legislador. La voluntad de los padres no juega en tal hipótesis ningún papel, pues la causa del fenómeno jurídico es simplemente el matrimonio. La calidad de legítimos la otorga en este caso la ley, de plano, a virtud de consideraciones que indican esa medida como socialmente útil, moral y equitativa. Por eso si dos cónyuges, que tuvieron en su mano la posibilidad de normalizar en forma completa la situación de sus descendientes, omitieron hacerlo en tiempo oportuno, mal pueden aspirar más tarde a reparar ese error, pretendiendo acogerse al artículo 238 del Código Civil, que funda el régimen de la legitimación **ipso jure,** cuando ya el matrimonio, que es el que tiene la eficacia de determinar por sí mismo el fenómeno, constituye un acontecimiento pretérito respecto del reconocimiento de la condición de hijo natural. (Sentencia de 1º de febrero de 1938) 25

Págs.

LIBERTAD (de trabajo).—Aun desconocida en el expediente la reglamentación que tenga la llamada Bolsa del Trabajo, a la cual deben pertenecer todos los individuos que aspiren a formar parte de la nómina de trabajadores del Municipio, y aceptando como benéfica esa institución en sus finalidades económica y social, el Acuerdo denuncia cierta tendencia a limitar la amplia facultad del Jefe de la Administración en lo atinente a la escogencia de sus agentes inmediatos o mediatos. De otro lado es extraño a los reglamentos de administración municipal todo lo que atañe a la libertad constitucional de trabajo o al ejercicio de profesiones u ocupaciones que sólo pueden ser afectados por la ley. Este fenómeno se refleja aun en el Acto legislativo número 1º de 1936 y arranca del artículo 241 de la Ley 4ª de 1913. (Auto de 2 de febrero de 1938) 159

LIBROS DE COMERCIO.—Es evidente la obligación en que están los comerciantes al por mayor de llevar libros de acuerdo con la ley, entre los cuales debe figurar el de inventarios y balances aun para los comerciantes al por menor (artículos 27 y 28 del Código de Comercio), pues sólo así puede conocerse en un momento dado el estado de sus negocios y por consiguiente la renta obtenida en un año determinado. (Sentencia de 5 de octubre de 1937) 41

M

MILITARES. (Funciones).—El individuo que desempeña el cargo de Comandante escribiente de zona o circunscripción en el Departamento de Servicio Territorial y que viene encargado de conducir contingentes destinados a renovar el personal de tropa, cumple una labor militar, desempeña función esencial a la existencia misma del organismo militar, del Ejército activo y está bien que se le incorpore a la planta general de la institución. (Sentencia de 1º de marzo de 1938) 195

MINAS. (Denuncia de).—El Consejo estima que la que consulta mejor la equidad natural y el espíritu general que informa nuestra legislación, es la interpretación que el Ministerio de Industrias y Trabajo, en recientes decisiones, ha dado al artículo 9º del Decreto número 223 de 1932, doctrina que puede sintetizarse así: para que una mina no pueda denunciarse en razón de los derechos que consagra el artículo 9º del Decreto número 223 de 1932, es necesario probar, cuando menos sumariamente, que la mina que se supone invadida por el denuncio está a paz y salvo con el Tesoro Nacional por concepto de impuestos, y que la mina denunciada se halla comprendida dentro de la amparada por el pago de impuestos. (Sentencia de 25 de noviembre de 1937).... 76

MINAS. (Pruebas testimonial y pericial).—No comparte el Consejo de Estado la tesis de que es suficiente la prueba testimonial para demostrar que una mina está totalmente comprendida en el perímetro de otra, o que hace parte integrante de ésta. Es verdad que la ley no dice expresamente que no se admite, en ese caso, la prueba testimonial, o que para establecer tal hecho se exija una prueba determinada. La inadmisibilidad de la prueba testimonial en este caso resulta de que el testigo debe limitarse a relatar hechos que ha presenciado, sin que pueda hacer apreciaciones personales o emitir conceptos para los cuales se requieran conocimientos especiales. En cambio, la prueba pericial tiene por objeto el esclarecimiento de asuntos que dependen de alguna ciencia o arte, o en que haya que hacer apreciaciones o avalúos, como en el asunto de que se trata, en que es necesario hacer mensuras, comparar linderos, establecer distancias y rumbos, etc., todo lo cual no puede ser materia de declaraciones de testigos, sino de apreciaciones periciales, hechas por personas que tengan conocimientos adecuados. De consiguiente, en el asunto de que se trata es indispensable el dictamen pericial, o la inspección ocular practicada con peritos y no con testigos. (Sentencia de 25 de noviembre de 1937) 77

MUNICIPIOS (creación de).—La serie de minuciosas prescripciones que múltiples leyes han establecido respecto de la creación de Municipios, y a virtud de las cuales el establecimiento de ellos es casi una función adjetiva de confrontación entre los requisitos

Págs.

legales de carácter general y el expediente que se constituye por los interesados, indican de modo muy preciso que la facultad de erigir Distritos nuevos es por excelencia una facultad reglada cuyo ejercicio práctico escapa al arbitrio, quedando la esfera del poder discrecional de las Asambleas reducida al acto de decidir si, una vez reunidas ciertas condiciones, se crea o no se crea la entidad que han aspirado a formar un grupo de ciudadanos. Y desde luégo, puesto que se trata de preceptos imperativos, es de todo rigor jurídico que las Asambleas tienen la obligación de comprobar en los casos concretos si están satisfechas tales condiciones, dado que si pudieran proceder arbitrariamente respecto de este punto, quedarían anuladas automáticamente las reglamentaciones legales. (Sentencia de 23 de febrero de 1938).. 32

MUNICIPIOS. (Creación de).—Tanto se viola el orden jurídico desconociendo una norma sustantiva como una norma procedimental. Siendo de advertir que la violación de la norma procedimental, en casos como el de la creación de Municipios por las Asambleas Departamentales, implica necesariamente violación de la norma sustantiva, puesto que crear un Municipio sin saber si reúne las condiciones legales, es desde el punto de vista de la conducta de la autoridad, que cumple ese acto, crearlo sin los requisitos legales. Que casualmente y en el terreno objetivo, el nuevo Distrito reúna tales requisitos, no quiere decir que la facultad reglada que tienen las Asambleas en el particular se regularice por ese hecho, pues es obligación propia de ellas, y a la cual no pueden sustraerse, aplicar las normas fijadas en las leyes, y no es posible aplicar una norma que impone una condición, sin el conocimiento racional de que la condición está cumplida. (Sentencia de 23 de febrero de 1938) 34

P

PATENTES DE INVENCION.—Según el artículo 1º de la Ley 31 de 1935, no sólo son objeto de patente a favor de sus autores los nuevos descubrimientos, sino que también lo son las "invenciones, mejoras o perfeccionamientos en todos los ramos de la industria." Es cierto que desde hace varios años trabaja la maquinaria que se trata de patentar y por consiguiente sus productos no son hoy una novedad. Pero con la inspección ocular, que es la prueba por excelencia en esta materia, aparece comprobado que el demandante es el inventor y perfeccionador de tal maquinaria, por lo menos en lo relativo a la construcción y adición de nuevas piezas en ella, a la reforma de ellas, de tal manera que den mayor seguridad y precisión al trabajo, todo lo cual se ha traducido en un acabado más perfecto y en rendimiento sorprendentemente superior. Bastan estas consideraciones, entre otras, para que el Consejo estime que debe concederse la patente de privilegio. (Sentencia de 5 de noviembre de 1937) 214

PRESCRIPCION (de las acciones administrativas).—El artículo 6º de la Ley 71 de 1916 determinó que los acuerdos y ordenanzas podían ser demandados en cualquier tiempo y no es posible extender este beneficio a aquellos actos que no fueron incluídos dentro de la excepción. Al hablar de ordenanzas y de acuerdos, no quiso referirse, ni pudo referirse sino a ellos solamente. Así lo ha admitido el Consejo de Estado aún para aquellos actos de los Concejos que no tienen el carácter de acuerdos, y para los cuales corre el término de noventa días. En síntesis: los artículos 53 y 81 de la Ley 130 de 1913, como el 19 del Decreto 2244 de 1931, corresponden a la regla general que fija en noventa días hábiles el término para ocurrir a los Tribunales Administrativos, en los casos que dichas disposiciones contemplan; el artículo 6º de la Ley 71 de 1916 consagra la excepción a dicha regla general, pero únicamente para las ordenanzas y los acuerdos municipales. (Sentencia de 3 de diciembre de 1937) 131

PRUEBA. (Carga de la).—Todo proceso representa un debate, una presentación contradictoria de elementos de convicción, un verdadero diálogo entre las partes. No es cierto que el papel del actor haya de ser activo en todo momento, y pasivo en todo momento el del demandado o impugnador. La lógica exige un sucesivo cambio de planos en la posición recíproca de los litigan-

Págs.

tes. Desde luégo a todo el que hace una afirmación positiva o negativa le corresponde probarla. Pero cuando dentro de este deber el demandante logra sustituír con una serie de presunciones que están a su favor, las presunciones que al iniciarse el debate la ley consagra en favor del mantenimiento de las situaciones jurídicas, corresponde al impugnador destruír a su turno los nuevos elementos de verdad introducidos al expediente sin que pueda limitarse a la inacción. Y, esto es especialmente cierto cuando se trata de la prueba de hechos negativos. Probar de manera incontestable que determinado hecho no ocurrió, que determinada persona no ha ejecutado un acto, es cosa difícil y en ocasiones prácticamente imposible. En tal caso, establecidas por el demandante probanzas suficientes para desplazar la presunción que favorece la legitimidad del acto, corresponde al impugnador suministrar la prueba del hecho positivo, que es de muy expedita presentación y que destruya por sí misma las alegaciones del actor. Así, por ejemplo, en el caso concreto de la creación de un Municipio, acusada de nulidad, corresponde a la parte opositora presentar el plano, el documento, las declaraciones de expertos, en una palabra, la prueba de que se valió la Asamblea para convencerse de que los Municipios, de los cuales se segrega el nuevo, conservan las dos terceras partes de su territorio después de erigido el nuevo Distrito, si es que esa prueba existió; una vez que el demandante suministró una serie de medios probatorios de mucho valor para demostrar que tales documentos o datos técnicos no fueron jamás aducidos ante la Asamblea. No habiéndose controvertido estos últimos medios probatorios mediante la presentación del dato positivo, enteramente fácil de aducir, fuerza es conceder la razón al demandante. (Sentencia de 23 de febrero de 1938) 37

R

RECOMPENSAS (militares).—Dentro de la Ley 71 de 1915, que fue modificada y adicionada por la 75 de 1925, hay disposiciones de alcance limitado a una clase de las que se confunden en la locución genérica de "miembros del Ejército": por ejemplo, el artículo 11, que sólo afecta a los Oficiales de Guerra. Pero el artículo 27 determina las causales de recompensa a que tienen derecho, no solamente esos Oficiales de Guerra, sino "los miembros del Ejército" en general. (Sentencia de 1º de marzo de 1938) 195

REGISTRO (de instrumentos públicos y privados).—El Consejo de Estado es competente para ordenar la cancelación de las inscripciones que se hayan hecho en las oficinas de registro de instrumentos públicos y privados por orden del Gobierno y a consecuencia de resoluciones, en que se haya declarado que determinados terrenos han vuelto al dominio de la Nación, cuando las resoluciones que sirvieron de base a las inscripciones se han declarado nulas. (Sentencia de 19 de octubre de 1937) 211

REPRESENTANTES (del Municipio).—No son empleados los representantes de un Municipio en una sociedad anónima. La voz empleado tiene su acepción técnica administrativa en el Código de Régimen Político y Municipal, artículo 5º, y en ninguna de las categorías establecidas por tal disposición puede comprenderse la modalidad de las funciones que corresponde a los representantes del Municipio en una sociedad anónima, regida naturalmente por preceptos de derecho privado. El caso de tales representantes se halla contemplado, más bien, en el artículo 145 de la citada obra, en el cual se establece que la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal, pero que el Concejo puede confiar a cualquier persona la representación del Municipio en un asunto determinado. (Sentencia de 21 de octubre de 1937) 103

ESTUDIOS JURIDICOS

El control de cambios y el impuesto de residentes

Por el doctor
LUIS ALBERTO BRAVO

(VISTA FISCAL)

Señores Consejeros:

La Sociedad *Pato Consolidated Gold Dredging Limited,* que ejercita actividades de exploración y explotación de minas en el territorio del país, demanda por medio de su apoderado sustituto doctor Jesús M. Arias, la Resolución número 156 de 5 de septiembre de 1936, emanada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por la cual se confirmó otra de la Oficina de Control de Gambios y Exportaciones que exigió a la Sociedad mencionada el llamado impuesto de residentes sobre las cantidades giradas por ésta para pagar en el exterior los sueldos de algunos de sus empleados.

Los argumentos que expone el demandante pueden sintetizarse así: los giros u órdenes de pago librados para cubrir, con fondos existentes fuera del país, los sueldos de empleados que trabajan en Colombia, no están sujetos al impuesto de residentes, porque no implican la extracción de capital colombiano destinado a sostener residentes en el exterior.

Para medir la fuerza de esta argumentación conviene hacer algunas observaciones sobre el control de oro, cambios y exportaciones, establecido entre nosotros, y particularmente acerca del impuesto de residentes.

El sistema de control.

Desde años pasados Colombia adoptó un sistema rígido de control del cambio internacional con el objeto no sólo de evitar la disminución de las reservas metálicas del Banco de la República sino también para aumentarlas y mejorar cada día más la posición del país en la balanza de pagos. Coexisten así, en la copiosa reglamentación de la materia, disposiciones como la del artículo 1º del Decreto 1683 de 1931 que prohibe la exportación del oro, tendientes simplemente a precaver la mengua de aquellas reservas, con otras en que, además de esta preocupación, aparece el ánimo de acrecentarlas procurando al Banco mayores disponibilidades en monedas extranjeras, como las contenidas en los artículos 8º del Decreto 2092 de 1931, que obliga al exportador a poner a disposición del Banco de la República el producto en moneda extranjera proveniente de la exportación, 5º del Decreto 1683 de 1931 y 1º del Decreto 2092 del mismo año, que vedan a los particulares comprar y vender cambio exterior. Una operación de esta clase, por ejemplo. la venta de un cheque girado y pagadero en moneda extranjera, no provoca por sí sola la disminución de las reservas y disponibilidades en mo-

nedas extranjeras del Banco de la República. Sin duda tal transacción se permite exclusivamente a dicho Instituto no para evitar disminución, sino con el fin de propiciar por este medio el aumento de sus reservas y disponibilidades.

La función de los órganos de control no está, pues, limitada a la conservación del oro, sino que comprende, asimismo, una política de atracción de capitales extranjeros. A nuestra economía nacional interesa tánto evitar la *emigración* del oro como lograr la *inmigración* de capitales.

Ahora bien: hay actos que revisten la forma de simple emigración, y los hay también de doble aspecto: a la vez que vehículos de una emigración, son obstáculo para una inmigración. De la primera especie sería el giro que hiciese necesario el traslado material de una suma de Colombia a otro país y destinado a un colombiano o extranjero residente en el último. Como ejemplo de la segunda especie, puede señalarse el caso de una orden de pago librada desde Colombia por una persona natural o jurídica para satisfacer en el exterior servicios prestados por empleados u obreros de sus empresas establecidas en nuestro país. En virtud de estos actos, en los que suele intervenir mucho el ingenio para disimular la emigración, rentas creadas y devengadas íntegramente en el país, son situadas, percibidas e invertidas, en todo o en parte, fuera de él. No por sutil, ese procedimiento es menos adecuado para mermar las reservas metálicas del Banco de la República. Desde luégo que aquellas personas deben ordinariamente importar divisas extranjeras para atender sus obligaciones en Colombia, este procedimiento estorba al propio tiempo el crecimiento de dichas reservas. Si se trata de empresas mineras extranjeras no hay que perder de vista que el artículo 2º del Decreto 703 de 1933 ordenó concederles licencias para que se les vendan giros por un porcentaje del valor del oro que entreguen, "en la cuantía que se estime equitativa," frase cuyo significado indudable es el de que sólo deben concederse giros para las necesidades de la empresa en el exterior. De manera que si la empresa pagara los sueldos en Colombia, no necesitaría de moneda extranjera para pagarlos en el exterior, motivo por el cual tendría que vender los dólares excedentes, aumentando así en favor de éste las reservas y las disponibilidades en moneda extranjera.

Todo movimiento *ausentista,* material o disimulado, de fondos o rentas formados en Colombia ocasiona perjuicios a la economía nacional. Esa es la razón de las medidas restrictivas cuyo cumplimiento se ha confiado a la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones.

Dada la facultad de intervenir la balanza de pagos con el fin de buscar y mantener el equilibrio necesario, toda operación de cambio internacional debe pasar por el Instituto de Coordinación de los cambios, que en Colombia es la Oficina de Control.

El impuesto de residentes.

La oficina de control de operaciones de cambio, creada por el artículo 2º del Decreto 1683 de 1931, halló indispensable para evitar la fuga del oro y defender las reservas metálicas del Banco de la República y mantener un medio circulante capaz de atender a las necesidades del comercio y de la industria, limitar "los gastos mensuales de los colombianos residentes en el exterior" a las cantidades que señaló la misma Comisión por medio del Acuerdo número 5 de 1º de octubre de 1931. Posteriormente el Gobierno estableció en el artículo 17 del Decreto 280 de 1932, el *impuesto de residentes* que vino a gravar los giros destinados a residentes en el exterior, en cuanto excedieran de cien pesos mensuales, con un 10% de su valor. El artículo 5º del Decreto 420 de 1932 elevó a $ 150 la cantidad mensual exenta del impuesto cuando esa suma se destinara al sostenimiento de estudiantes en el exterior. Más tarde, el Decreto 804 de 1932 dijo:

"Artículo 3º 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 facultades secundarias o universitarias en el exterior, los cuales están exentos del impuesto en cuanto no pasen de $ 150 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.

"Artículo 4º A los extranjeros que trabajen en el país al servicio de los Gobiernos Nacional, Departamentales y Municipales, se les concederá licencia para comprar cambio exterior hasta por el 20% de sus asignaciones, sin necesidad de que presenten comprobantes especiales ni los que actualmente exige la Oficina de Control."

El artículo 7º, ordinal 3º de la Ley 12 de 1932 sustituyó el impuesto del 10% creado por el artículo 17 del Decreto 280 de 1932 por "un impuesto del 20% sobre los giros destinados a residentes en el Exterior, salvo los que deban invertirse en el sostenimiento de estudiantes colombianos en cuanto no excedan de $ 100."

El artículo 8º de la Ley 46 de 1933 subió la exención a $ 150 mensuales para los giros destinados a estudiantes y para los gastos que impliquen la salida o el regreso de ellos a Colombia.

Por último, el Decreto 163 de 1937 redujo el impuesto al 10% e hizo extensiva a los extranjeros que trabajen en el país al servicio de empresas bancarias, industriales o agrícolas, la facultad de remesar al Exterior hasta el 20% de sus sueldos, sin pagar impuesto, previa licencia de la Oficina de Control.

Fundamento del impuesto.

Los colombianos residentes en el exterior tienen el claro deber de patriotismo "de reducir al mínimum indispensable los gastos que hayan de hacer fuera del territorio nacional" y es justo que paguen un impuesto elevado sobre las sumas que se hagan remitir desde Colombia, para compensar el empobrecimiento que la salida de esas sumas trae al país.

Respecto de los extranjeros residentes en Colombia, es obvio que la economía nacional tiene derecho a exigirles que inviertan en el país las ganancias obtenidas por razón de trabajos o servicios realizados en él, para lo cual *resulta necesario que tales ganancias sean percibidas en Colombia.* Por tanto, es natural, dentro de una política de protección de la economía nacional, como la que ha venido desarrollándose desde 1931 hasta hoy, que, si algunos de aquellos extranjeros no desean contribuir al enriquecimiento colombiano, sino muy al contrario, prefieren llevar o hacerse entregar fuera del país el fruto de sus actividades, paguen por ello un impuesto.

El impuesto de residentes tiene, además, otra justificación de carácter fiscal que mira a la equidad. En Colombia, como es sabido, existe el principio en virtud del cual todos sus habitantes deben contribuir al sostenimiento del Estado en proporción a sus capacidades. Sobre los miembros de la colectividad pesan tributos directos e indirectos. Entre otros tributos indirectos gravan la renta los llamados en términos generales impuestos sobre los negocios. Y bien, ocurre que las personas que obtienen rentas en el país y las invierten aquí mismo, por obra de tales tributos indirectos vienen, en última instancia, a pagar al Fisco una cantidad superior a la que pagan quienes trasladan sus rentas fuera del territorio pa-

trio. ¿Habría equidad, pregunto yo, en exigir un mayor sacrificio fiscal a los que incorporan el fruto de sus esfuerzos en la economía nacional, que a quienes exportan sus rentas?

El objeto del impuesto.

El objeto evidente del impuesto de residentes es gravar fuertemente el traslado de fondos o rentas de Colombia a países extranjeros.

Atrás se vio que ese traslado es susceptible de diversas modalidades.

La remuneración de los extranjeros.

Todos los extranjeros que trabajen en Colombia, como empleados u obreros, deben recibir sus sueldos o salarios en moneda nacional, aunque se hayan estipulado monedas extranjeras, de acuerdo con el artículo 32 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, que dice:

"La remuneración que se estipula en monedas o divisas extranjeras se pagará al empleado en su equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio ponderado o promedial de dichas monedas en la Bolsa de Bogotá el día del pago."

Exceptuados en un porcentaje los que prestan servicios a las entidades de derecho público, y los empleados de empresas bancarias, industriales y agrícolas que tienen licencia para remesar hasta el 20% de sus asignaciones, los extranjeros que quieran o necesiten situar en el exterior parte de su remuneración no pueden pretender que se alcance esa finalidad, contraria en general a los intereses del país y al espíritu diáfano de su sistema de control de cambios, sin el pago del impuesto de residentes. Cuando, a pesar de todo, se consigue dicha finalidad acudiendo a medios más o menos encubiertos, so capa de una deficiencia en la letra de la ley se consuma un fraude a ésta, que la jurisprudencia debe repudiar. A propósito cabe aquí citar al profesor Josserand quien define una de las formas de fraude a la ley con las siguientes palabras que copio en su propio idioma para evitar cualquier infidelidad:

"3º *Éviction de la loi par la loi méme et a l'aide de son propre texte.* L'auteur de la fraude utilise ici, pour destituer la loi compétente de ses effets normaux, non plus une loi étrangére, non plus la loi finissante dont il s'efforcerait de plonger abusivement le regne, mais la loi actuelle dont il prétend faire sortir ce qu'elle ne contient pas, dont il vaut faire un usage illicite, a la fois contraire a son esprit et a l'ordre public ou aux bonnes moeurs, dont il abuse frauduleusement: c'est armé du texte méme de la loi qu'il entre en lutte avec elle et qu'il tente de la defigurer." (*Les moviles dans les actes juridiques du droit privé.* T. II. Pág. 225).

El Decreto 236 de 1938.

Con fecha 28 de febrero último el Gobierno ha expedido, en uso de las autorizaciones extraordinarias que le confirió la Ley 111 de 1937, el Decreto número 236 sobre cambios internacionales. Más que todo se trata de una compilación. El espíritu de sus disposiciones es idéntico al de las que le precedieron. En su redacción sí es notorio un deseo de ser más explícito o más cáustico, quizá para conjurar el fraude a la ley por el texto mismo de la ley.

Hé aquí algunos de sus artículos de mayor importancia para el presente estudio:

"Artículo 2º Toda operación o negociación en cambio internacional, requerirá el permiso previo y escrito de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones o de sus agentes y ese permiso no se otorgará sino

cuando tales operaciones se requieran para fines económicamente necesarios. Constituyen fines económicamente necesarios los siguientes:

"a) Remesas para atender a gastos de residentes colombianos o extranjeros en el exterior o de familiares de extranjeros que trabajen en el país, así como también cualquiera otra operación que se lleve a cabo en cambios internacionales de acuerdo con la definición del artículo 1º de este Decreto, y que tengan por finalidad atender a gastos de la misma naturaleza. Tales remesas y operaciones estarán sometidas a las reglamentaciones que la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones haya adoptado o adopte en lo sucesivo y al previo pago de los impuestos correspondientes.

. . . . . .

"k) Remesas no sujetas al impuesto de residentes por una cantidad igual al 20% de los sueldos que devenguen en el país los extranjeros que trabajen al servicio de entidades o establecimientos públicos o de empresas industriales, mineras o agrícolas.

. . . . . .

"Artículo 4º De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 703 de 1933, la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones concederá a las empresas mineras extranjeras que se ocupan en la extracción de oro en el país, licencia para que se les vendan giros en moneda extranjera por un porcentaje del valor del oro que entreguen al Banco de la República o a la Casa de Moneda.

"Las autorizaciones se concederán a las compañías mineras de capital extranjero que haya sido importado al país y no podrán exceder en ningún caso y para la totalidad de sus necesidades del cuarenta por ciento (40%) del valor de dicho oro; para estos fines se exigirá la previa comprobación de la necesidad del giro, y en todo caso, las compañías beneficiadas deberán acreditar la inversión que hubieran dado a estos giros en el exterior, y si así no lo hicieren, podrá serles negada toda nueva licencia que, con fundamento en la primera parte de este artículo, solicitaren.

"Los giros así autorizados sólo podrán destinarse a la amortización de capitales introducidos por la compañía al país, al pago de intereses y dividendos decretados, al pago de empleados o juntas directivas de la empresa en el exterior, al pago de materiales o elementos importados a Colombia y en general, al pago de renglones indispensables para la marcha regular de la empresa, sin que parte alguna de dichos giros pueda ser utilizada en el exterior en el pago de sueldos d los empleados que trabajen en Colombia.

"En estos términos queda reformado y adicionado el citado artículo.

"Artículo 5º Para los efectos del impuesto de residentes establecido en el artículo 17 del Decreto número 280 de 1932 y modificado por disposiciones posteriores, entiéndese por gastos de residentes en el exterior los que tengan que efectuar fuera de Colombia los colombianos o extranjeros, por cualquier concepto, con fondos que se hallen en Colombia, o que hayan sido recibidos o devengados en el país."

El caso concreto.

La empresa minera Pato Consolidated Gold Dredging Limited, desde mayo de 1934 a mayo de 1936, libró mensualmente giros u órdenes de pago en dólares para ser cubiertos en Nueva York, a favor de varios de sus empleados extranjeros, por concepto de sueldos. (Folios 14 a 16 del cuaderno de pruebas). El monto de las órdenes de pago en los años indicados asciende en total a la cantidad de U.S.$ 82.022.64.

Para legalizar y aprobar los pagos hechos así, la Oficina de Control de Cambios exigió la consignación en la Administración de Hacienda Na-

cional del 20% de los U.S.$ 82.022.64, correspondiente al impuesto de residentes, por Resolución número 49 de 10 de junio de 1936, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público confirmó mediante la providencia contra la cual se dirige la demanda.

En el expediente, página 20 del cuaderno principal, obra el recibo de caja número 094236 de la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, fechado el 9 de febrero de 1937, por valor de $ 18.537.12, que es la constancia de que la empresa hizo el depósito provisional respectivo.

Concepto.

Las cartas o relaciones mensuales o, en todo caso, periódicas (folios 13 a 16 del cuaderno de pruebas) que la Compañía envía a su casa de Nueva York para que se paguen en dólares determinadas sumas a personas o entidades encargadas de recibirlas a nombre de los empleados que trabajan en Colombia, equivalen a "órdenes de pago en moneda extranjera," operación ésta de cambio internacional, según el artículo 7º del Decreto 1683 de 1931, y sujeta, por tanto, a la inspección, vigilancia e intervención de la Oficina de Control de Operaciones de Cambio.

El procedimiento que usa la Compañía persigue la finalidad de trasladar al exterior rentas creadas en Colombia por el trabajo de sus empleados extranjeros, y en el fondo es igual, en sus causas y sus efectos, al mecanismo de los "giros para residentes," luego es gravable con el impuesto de residentes.

Ese procedimiento, al impedir que las rentas devengadas en el país se gasten dentro de él, debilita la economía nacional, cuya protección es de orden público. Para restaurar en algo sus fuerzas, se cobra el impuesto de residentes.

El pago que ordena hacer la Compañía en Nueva York de los sueldos de algunos de sus empleados que le sirven en Colombia, afecta las reservas del Banco de la República y empeora el "Debe" del país en la balanza internacional de pagos. Porque si las utilidades de la Compañía no le bastan para atender al giro ordinario de sus negocios, en el cual se comprende el pago de empleados, tiene que importar divisas con ese fin. Pero si las utilidades son suficientes y sin embargo hace aquel pago fuera del país, exporta utilidades sin razón y, sobre todo, sin licencia legal.

El pago de empleados que trabajan en Colombia no puede estimarse como una de las necesidades de la Compañía en el exterior, a la manera en que sí lo son, por ejemplo, la compra de maquinarias, la amortización de los capitales introducidos, etc. Por otra parte, para poder hacer tales gastos también se requiere licencia especial (artículos 4º y 5º Decreto 2092 de 1931 y Decreto 326 de 1938).

Es injurídico interpretar la frase "fondos existentes en Colombia" en un sentido abiertamente contrario a la clara intención de los decretos que consagran, con miras a defender la economía nacional, el sistema de control de cambio, y establecen el impuesto de residentes. Semejante interpretación lleva a cometer fraudes a la ley.

Conclusión.

La Resolución acusada es legal y, en consecuencia, deben negarse las peticiones de la demanda.

Honorables Consejeros.

Luis Alberto Bravo

Problemas sobre competencia de los Tribunales Administrativos

Por el doctor
GUILLERMO NEIRA MATEUS

1º Los Tribunales Administrativos son competentes para conocer de los juicios sobre nulidad de los acuerdos municipales que aprueben contratos.

Se ha sostenido que los Tribunales Administrativos no son competentes por falta de jurisdicción, para conocer de las cuestiones que constituyen objeto propio de un contrato, porque ello genera acciones y derechos que las partes sólo pueden ejercitar ante la justicia ordinaria, ya que es al Poder Judicial y no a los citados Tribunales, a quien está atribuído o señalado por la ley, los juicios relacionados con el cumplimiento, incumplimiento, desconocimiento o violación de los contratos. Esta tesis da asidero a quienes la sostienen, para deducir que los Tribunales Administrativos no son competentes para conocer de los juicios sobre nulidad de los acuerdos municipales que aprueben contratos.

Con todo el respeto que merecen las opiniones ajenas, me aparto de la tesis mencionada y creo que los Tribunales Administrativos sí son competentes en dichos casos, por las razones que paso a exponer:

El ordinal a) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, al tratar de las funciones de los Tribunales Administrativos Seccionales, dice que conocen privativamente "de las cuestiones sobre validez o nulidad de los acuerdos u otros actos de los Concejos de los Municipios situados dentro del territorio de la jurisdicción del respectivo Tribunal, acusados ante ellos como violatorios de la Constitución, las leyes o las ordenanzas departamentales, o como lesivos de derechos civiles."

Aquí no se hace excepción o restricción alguna en materia de acuerdos, para que haya algunos de cuya nulidad no deban conocer los Tribunales Administrativos.

Según el artículo 1º de la citada Ley 130 "la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley."

Un acuerdo municipal es un acto de la corporación administrativa llamada Concejo Municipal, dictado en ejercicio de sus funciones; luego es admisible ante la jurisdicción contencioso-administrativa la demanda de nulidad de ese acuerdo, ya que la ley no ha hecho excepción de acuerdos municipales no denunciables o demandables, excepción que no puede hacer en manera alguna el encargado de cumplir la ley.

El ordinal g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, exceptúa del recurso contencioso, las resoluciones de los empleados municipales o departamentales, o de una Intendencia o Comisaría, que pongan fin a una actuación administrativa y que se originen en contratos celebrados en nombre de una entidad distinta del Estado, pues las acciones contra esas providencias, sólo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria.

De tal suerte que lo relativo a contratos que la ley exceptúa de la competencia de los Tribunales Administrativos, son meramente las resoluciones de los empleados citados, pero un acuerdo municipal no es una resolución de uno de esos empleados.

Si el acuerdo municipal que aprueba un contrato no fuera demandable, podrían los Concejos Municipales en esta forma crear empleos, fijarles atribuciones y remuneración, contratar empréstitos sin la autorización del Gobierno, conceder privilegios para obras de interés público sin la aprobación del Gobernador o sin la de la Asamblea, aunque la obra interesara a más de un Municipio, condonar deudas a favor del Municipio, enajenar bienes sin las formalidades legales, etc., etc., y todos estos actos por estar concebidos en forma de contratos y aprobados por un acuerdo, no serían anulables.

Se convertirían en letra muerta todas las medidas tomadas por la ley para proteger los intereses públicos de frecuentes desviaciones o excesos de poder por parte de las entidades administrativas.

Saber si un Concejo Municipal al aprobar un contrato, obra dentro de sus atribuciones, es cuestión de derecho público, no de privado; el derecho público en la rama denominada derecho administrativo; el Organo Judicial no podría entrar a estudiar y decidir sobre la validez o nulidad del acuerdo aprobatorio del respectivo contrato.

Al Organo Judicial está atribuído el conocimiento de los asuntos contenciosos en que tenga parte una entidad de derecho público y en que se *ventilen cuestiones de mero derecho privado* (artículos 76 del Código Judicial, numerales 1º y 2º, y 109 del mismo Código, numeral 1º) y se repite que saber si un Concejo Municipal al aprobar un contrato obró dentro de sus atribuciones, es cuestión propia del derecho administrativo y no del derecho privado.

La competencia del Tribunal Administrativo ha de referirse al estudio del acuerdo y del contrato, en cuanto por éstos se hayan podido violar las disposiciones orgánicas sobre régimen municipal y sobre facultades de los Concejos; esa competencia no reza con las estipulaciones del contrato mismo, contrarias al derecho privado; tal campo sí compete, hoy por hoy, a la justicia ordinaria.

Por otra parte, y es muy importante tenerlo en cuenta, la aprobación de un contrato no es una mera formalidad extrínseca y no puede sostenerse que el contrato culmina con su solo otorgamiento.

El contrato no puede considerarse como tál sino mediante la aprobación legítima, que es condición esencial para el perfeccionamiento del mismo contrato; si la aprobación no es válida, el contrato no llega a tener legal existencia; al declarar la nulidad del acuerdo que aprueba un contrato no se declara la nulidad de ningún contrato, desde luégo que éste no ha existido por faltarle esa aprobación que se anula.

Otro aspecto especialísimo que fija la competencia del Tribunal para conocer de los juicios sobre nulidad de los acuerdos municipales aprobatorios de contratos, es el siguiente:

El artículo 75 de la Ley 130 de 1913, avisa:

"También puede pedirse por el Fiscal del Tribunal correspondiente, *motu proprio,* o por orden del Gobernador del Departamento o del Jefe de la Intendencia o Comisaría, en su caso, la anulación de un acuerdo, u otro acto de un Concejo, en el concepto de ser violatorios de la Constitución, la ley, o la ordenanza departamental."

Si un acuerdo municipal fuere objetado por el Gobernador y el Concejo Municipal correspondiente declarare infundadas las objeciones, en esa situación y para cumplir el mandato del artículo 13 de la Ley 72 de 1926, el Gobernador remite dicho acuerdo al Fiscal del Tribunal Administrativo con el objeto de entablar la demanda de nulidad. Tampoco se dice ni se hace excepción alguna sobre determinada clase de acuer-

dos. Es esta otra cuestión que refuerza la tesis de la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer de los juicios sobre nulidad de los acuerdos municipales que aprueben contratos.

El fallo inhibitorio de un Tribunal Administrativo en el caso de las objeciones del Gobernador, dejaría sin cumplir la finalidad del artículo 13 de la citada Ley 72, y la diferencia por las objeciones del acuerdo, entre el Concejo y el Gobernador, quedaría pendiente, sin que el Tribunal ejerciera en este caso su misión ponderadora en las actividades de los Organos del Poder; por otra parte, el acuerdo objetado y sin el fallo del Tribunal, no tendría en puridad de verdad el carácter de acuerdo.

Las anteriores consideraciones, llevan a la conclusión de que los Tribunales Administrativos sí son competentes para conocer de los juicios de nulidad de los acuerdos municipales aprobatorios de contratos.

2º Las designaciones hechas por los Concejos Municipales, al ser acusadas, dan lugar a juicios administrativos y no a juicios electorales.

En reciente jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, se ha establecido muy jurídicamente lo siguiente:

"La competencia en asuntos electorales la tiene el Consejo de Estado por disposición y dentro de los precisos límites señalados por las Leyes (artículos 189 y 199 de la Ley 85 de 1916, 11 de la 25 de 1928, 5º de la 70 de 1930 y 1º de la 7ª de 117), y en ninguna de ellas se le otorga la atribución de conocer de las demandas de las elecciones que verifiquen los Concejos Municipales. Tampoco a los Tribunales de lo Contencioso les está atribuida esa competencia....." (Sentencia del honorable Consejo de Estado de 26 de agosto de 1937. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda. *Anales del Consejo de Estado* números 257 a 262, pág. 758).

Es, pues, evidente, que la designación que haga un Concejo Municipal en determinada persona para servir un cargo, no da lugar al ser acusada a un juicio electoral, porque la ley no ha atribuído a los Tribunales Administrativos ni al Consejo de Estado el conocimiento de ese asunto con el carácter de electoral, y en materia de competencia no puede procederse por analogías. ¿Pero quiere esto decir que actos de tal naturaleza hayan de quedar fuera de la revisión y control por parte de la justicia administrativa, es decir, que esos actos se consideren exceptuados de la protección jurisdiccional?

Creemos que como electorales esas designaciones hechas por los Concejos Municipales, no caen hoy por hoy bajo el control jurisdiccional, pero como *actos administrativos* si están sujetos a la revisión correspondiente; en efecto, el artículo 72 de la Ley 130 de 1913, sobre jurisdicción de lo contencioso-administrativo, reza:

"Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Administrativo Seccional que se declare nulo un acuerdo, *u otro acto de un Concejo,* que considere contrario a la Constitución, a la ley o a la ordenanza departamental."

Fritz Fleiner en su obra *Instituciones de Derecho Administrativo,* dice:

"Se entiende como acto administrativo el de una autoridad administrativa, por oposición a un acto de los Tribunales de justicia (sentencia judicial, etc.), o del Poder Legislativo." "Pero en un sentido más estricto, hay que entender por acto administrativo nada más que la acción de una autoridad administrativa llevada a cabo en virtud de una facultad de soberanía encaminada a obtener un efecto jurídico."

La designación hecha por un Concejo Municipal para servir un cargo público (Personero, Tesorero, Juez, etc., etc.), es una acción de una

autoridad administrativa llevada a cabo en virtud de una facultad legal que a esa corporación administrativa confiere el Código Político y Municipal (Ley 4ª de 1913, artículo 169, numeral 3º).

Los actos administrativos pueden considerarse como administrativos *generales* y como administrativos *especiales*. Los primeros son los administrativos propiamente dichos y dentro de los segundos pueden catalogarse los electorales. Cuando la ley ha querido que un acto administrativo electoral sea sometido a tramitación especial, lo ha dicho expresamente, lo mismo ha hecho para erigir en causales de nulidad electoral hechos taxativos señalados por la misma ley; si esa ley guarda silencio en relación a ciertos actos administrativos y no los lleva al campo electoral, esos actos no pasan de ser meramente administrativos y como tales deben estimarse para todos los efectos legales.

Y es tan cierto lo que se deja expresado, que el mismo honorable Consejo de Estado en sentencia posterior a la citada antes, como que tiene fecha 5 de noviembre de 1937 *(Anales* citados), dijo muy claramente lo siguiente:

"Que la diversidad sustancial entre una acción de nulidad contencioso-administrativa y otra acción electoral, no puede ser aceptada. En el fondo no existe sino una sola acción pública contencioso-administrativa de nulidad. Toda elección implica un proceso administrativo, y elecciones como la que hizo la Asamblea de Santander pertenecen a la categoría general de actos de las Asambleas, acusables ante los Tribunales Administrativos. De tal manera que si el legislador no hubiera otorgado expresamente el derecho que consagra el artículo 190 de la Ley 85 de 1916, *siempre podría demandarse la nulidad de esta clase de elecciones, a virtud de la acción consagrada en el artículo 52 de la Ley 130 de 1913* (subraya el Tribunal para llamar la atención). Si con el objeto de simplificar el trámite y de atender a ciertas necesidades propias de los asuntos electorales, el legislador señaló un procedimiento especial para esta clase de juicios, ello no quiere decir que haya creado una acción diferente. Lo que ocurre es que la ha dotado de una tramitación peculiar en un caso concreto." (Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano, páginas 685 y 686, *Anales* citados).

Ahora, el artículo 8º de la Ley 80 de 1935, reza:

"La elección de ternas hechas por las Asambleas o la designación de empleados por las mismas entidades o por los Concejos, podrán ser acusados dentro de los diez días hábiles siguientes al en que se verificó el acto. Anulada una terna, quedará virtualmente anulado el respectivo nombramiento."

Debe entenderse este artículo en el sentido de que él concede acción para demandar en forma electoral las designaciones de empleados hechas por los Concejos Municipales? Creemos que nó, por las siguientes razones:

Una cosa es la acción de nulidad de una elección, fundada en causal expresamente determinada por la ley, otra el tiempo dentro del cual deba ejercitarse y otra el respectivo procedimiento; el artículo 8º de la Ley 80 de 1935, no otorga o confiere la acción electoral para demandar esas designaciones de empleados hechas por los Concejos Municipales, apenas se limita a fijar para el ejercicio de la acción administrativa, el término de diez días hábiles siguientes al en que se verificó el acto; es indudable que allí nó se hizo sino restringir a diez días el término de noventa señalado para el ejercicio de la acción administrativa por los artículo 53 y 73 de la Ley 130 de 1913. Esta conclusión la impone la interpretación del artículo 8º de la citada Ley 80 en armonía y congruencia con los artículos 53 y 73 de la mentada Ley 130.

Bogotá, marzo de 1938.

Guillermo Neira Matéus

De los actos jurídicos

GASTON JEZE
Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de París

Traducción de Carlos Valencia Estrada,
Relator del Consejo de Estado.

Los actos jurídicos son las manifestaciones de voluntad de los individuos —gobernantes, agentes públicos, simples particulares— en ejercicio de un poder legal y con la mira de producir un efecto de derecho. Este efecto de derecho consiste ora en *crear* una situación jurídica, ora en *investir* a un individuo de una situación jurídica ya creada, ora en *comprobar* una situación jurídica preexistente.

Diferentes clases de actos jurídicos.

I.—Como hay dos especies de situaciones jurídicas —general e individual— vemos que los actos jurídicos se clasifican, *según su contenido,* en varias categorías:

1º Actos *creadores* de situación jurídica *general;*
2º Actos *creadores* de situación jurídica *individual;*
3º Actos que *invisten* a un individuo de una situación jurídica *general,* de un *status;*
4º Actos *comprobatorios* de una situación jurídica *general* o de una situación jurídica *individual* o de un *hecho.*

De lo dicho se desprende la clasificación de los actos jurídicos en: 1º Actos *legislativos* o *reglamentarios;* 2º Actos creadores de situación jurídica individual: actos *unilaterales* o *contractuales;* 3º *Actos-condiciones,* que son la condición de aplicación a un individuo de un *status* legal; 4º *Actos jurisdiccionales.*

Conviene examinar cada uno de esos actos, y, en cada uno de ellos, poner de relieve su elemento esencial.

II.—Pero antes conviene destacar dos elementos comunes a todos los actos jurídicos: 1º Todo acto jurídico es *siempre una manifestación de voluntad;* 2º Todo acto jurídico es el *ejercicio de un poder legal.*

1º El acto jurídico es *siempre* una *manifestación de voluntad.* Consideremos los diferentes actos jurídicos: ley, reglamento, contrato, acto unilateral creador de obligaciones individuales, nombramiento, revocación de un agente, elección, fallo, etc., siempre encontraremos en ellos una manifestación de voluntad.

Lo cual no quiere decir que las *acciones materiales,* las *ejecuciones,* carezcan de importancia jurídica. Como lo demostraré después, un hecho material, una ejecución pueden ser la condición para que un individuo quede investido de un poder jurídico o pueda ejercer un poder jurídico. No son ellos un acto jurídico; no hay acto jurídico; hay *inexistencia del acto jurídico.*

No hay que confundir la *manifestación de voluntad* con la *manifestación de inteligencia.* La manifestación de voluntad supone esencialmente que el autor quiere que un *efecto jurídico* se produzca; que se *cree,* se *compruebe* o se *aplique* a un individuo una *situación jurídica.* La manifestación de voluntad es siempre una manifestación de inteligencia; pero la proposición recíproca no es verdadera. Así el profesor universitario que dicta un curso manifiesta su inteligencia; no hay manifestación de voluntad; no hay voluntad de producir un efecto jurídico: la lección no es un acto jurídico. Asimismo el ingeniero que realiza un proyecto de obra pública manifiesta inteligencia; el plano levantado por él no es un acto jurídico; no existe la manifestación de voluntad de producir un efecto jurídico. El general que redacta un plan de campaña manifiesta inteligencia; no manifiesta la voluntad de producir un efecto jurídico; el plan de campaña no es un acto jurídico.

Por lo demás, esas manifestaciones de la inteligencia pueden ser la base de actos jurídicos ulteriores. Tal es el caso, por ejemplo, de los planos de una obra pública.

2º El acto jurídico implica un *poder legal,* del cual la manifestación de voluntad no es sino el ejercicio. Cuando un individuo X vende a otro individuo Y el inmueble A, las manifestaciones de voluntad de X y de Y suponen que X y Y tienen el poder legal de vender y de comprar. Si X y Y no tuvieran ese poder legal, sus manifestaciones de voluntad estarían, *en principio,* desprovistas de valor jurídico. No habría acto jurídico: el acto jurídico sería, no sólo irregular, sino aun *inexistente.* Es importantísimo subrayar esta circunstancia. Así el individuo que no está todavía o que no está ya dentro del servicio público, no tiene el poder legal que se llama competencia; las manifestaciones de voluntad que pueda exteriorizar no son el ejercicio de un poder legal: *en principio,* son *inexistentes* en cuanto actos jurídicos. El nombramiento hecho por un alcalde destituído es inexistente. El contrato celebrado por un prefecto destituido sería *inexistente.* El reglamento dictado por un prefecto o por un alcalde después de su salida del servicio público (dimisión aceptada, revocación, etc.), sería *inexistente* en cuanto acto jurídico.

En resumen, *en principio* hay intexistencia del acto jurídico cuando hay ausencia de uno de sus elementos esenciales, ora ausencia de manifestación de voluntad, ora ausencia de poder legal. Si la manifestación de voluntad, si el poder legal existen, pero se han expresado o ejercido irregularmente, entonces hay acto jurídico *irregular.* En la terminología del derecho público francés se nota a veces esa diferencia: la *usurpación de poder* es la manifestación de voluntad *sin* poder legal; el *exceso de poder* es la manifestación de voluntad en el *ejercicio irregular* de un poder legal.

Caracteres esenciales del acto legislativo o reglamentario.

Los actos jurídicos pueden clasificarse en cuatro categorías: 1º Los actos *legislativos* o *reglamentarios;* 2º Los *actos creadores de situaciones jurídicas individuales* (acto unilateral o contrato); 3º Los *actos condiciones* (*condición* de aplicación a un individuo de una situación jurídica general o del ejercicio de un poder legal); 4º Los *actos jurisdiccionales.*

Se distinguen los unos de los otros por su *contenido,* es decir, por el *efecto jurídico* buscado por el autor del acto.

I.—El acto *legislativo* o *reglamentario* se distingue en que *organiza, crea* una situación jurídica *general, impersonal, objetiva; crea, organiza* un poder jurídico *impersonal, objetivo;* contiene esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica.

Toda manifestación de voluntad que, en ejercicio de un poder legal, crea u organiza una situación jurídica general, impersonal, objetiva es una *ley*, un acto legislativo. Poco importa la calidad del autor del acto; poco importan las formas del acto ni el procedimiento observado para verificar el acto.

II.—Es por esto por lo que no existe diferencia de *naturaleza jurídica* entre: 1º La *ley propiamente dicha*, es decir, la regla de derecho general e impersonal, formulada por ambas Cámaras y promulgada por el Presidente de la República; 2º El *decreto-ley*, es decir, la regla de derecho general, impersonal, formulada, en los períodos de dictadura, por los indiviluos que se han proclamado dictadores; 3º El *decreto-ley colonial*, es decir, la regla de derecho general formulada por el Presidente de la República para *ciertas* colonias; 4º El *reglamento de administración pública*, es decir, la regla de derecho general e impersonal formulada por el Presidente de la República, previo concepto del Consejo de Estado, mediante autorización de las Cámaras; 5º El *simple reglamento*, es decir, la regla de derecho general e impersonal formulada por el Presidente de la República o por cualquier otro agente investido del poder reglamentario; 6º La *resolución ministerial*, las *instrucciones ministeriales*, la *circular ministerial, en cuanto se trate de una regla de derecho general e impersonal*, formulada por un ministro en los casos en que el ministro tiene el poder reglamentario.

III.—En todos estos casos, cualesquiera que sean la *calidad* del autor del acto, las *formalidades* observadas, el *nombre* dado al acto jurídico, encontramos como efecto jurídico perseguido la *creación de una situación jurídica general, impersonal, objetiva*. Esta condición es necesaria, y también suficiente, para que haya *acto legislativo en el sentido material* de la expresión.

La identidad de naturaleza jurídica entre la ley y el reglamento tiene por consecuencia la identidad de régimen jurídico entre ellos; *en principio, el régimen jurídico es el mismo para la ley y para el reglamento*. Excepcionalmente, la *calidad del autor* del acto puede influir en el régimen jurídico; pero ello es *excepcional*. Así, en Francia, es de regla que las manifestaciones de voluntad de las Cámaras escapen en absoluto al examen de los tribunales. Es ésta una regla que se explica por consideraciones políticas e históricas, peculiares de Francia. De aquí resulta una diferencia entre el réginien jurídico de la ley y el del reglamento. La ley propiamente dicha escapa en Francia a todo examen jurisdiccional, no por razón de su contenido, sino por razón de la *calidad* del autor de la ley: el Parlamento. Como tal razón política no existe para el reglamento, en Francia los reglamentos, cualesquiera que sean, están sometidos a la revisión jurisdiccional.

IV.—¿Cómo explicar la *fuerza obligatoria* de la ley y del reglamento? Algunos la explican por consideraciones metafísicas: ora por la existencia de un principio absoluto, que ha sido revelado al hombre por un poder sobrenatural; ora por la idea del Estado, concebido como persona real distinta de los individuos y superior a los individuos.

Esos conceptos deben rechazarse en absoluto. *Hay que dar a la fuerza obligatoria de la ley una explicación puramente humana.*

La ley tiene fuerza obligatoria porque en determinado país y en determinado momento la masa de los individuos consiente en que los gobernantes usen de apremios para imponer la observancia de ella, ora sancionando penalmente a los que la violan, ora anulando los actos jurídicos que la desconocen, ora exigiendo una reparación pecuniaria o moral al autor de la infracción. A medida que la civilización progresa y que crecen la cultura y la moral de los individuos, ese consentimiento, pasivo en sus comienzos, se transforma en activo. Los individuos llegan a tener *conciencia de la necesidad de la intervención de los gober-*

nantes. Al principio, los hombres tienen conciencia de que el vínculo de solidaridad que une el grupo de que forman parte se rompería si no se obedecieran ciertas reglas. Además, los hombres tienen el *sentimiento de la justicia*. Como lo dice admirablemente el profesor Duguit, "el sentimiento de la justicia..... es la noción más o menos vaga que los hombres se forman, en una época y dentro de un grupo determinados, acerca de lo que es justo o injusto. *La noción de lo justo y de lo injusto es infinitamente variable y cambiante.* Pero el sentimiento de lo justo y de lo injusto es un elemento *permanente* de la naturaleza humana."

Admitida esta explicación puramente humana de la fuerza obligatoria de la ley, ¿no se impone la conclusión de que la regla de derecho no es *creada* ni por la legislación, ni por la costumbre, ni por la jurisprudencia, y de que éstas no hacen sino comprobarla? Así se ha sostenido, y hasta se ha afirmado que la ley positiva no se impone *sino en la medida en que se conforma a la regla de derecho* creada por la conciencia misma de aquellos a quienes se dirige.

Extremando las cosas, se ha llegado hasta declarar: "Puede llegar un momento en que la disposición positiva esté en tan manifiesta contradicción con la conciencia jurídica de una época, que ya no pueda pretenderse que aquélla se imponga como límite a los jueces y a la administración..... Así, un texto legal puede dejar de imponerse; puede, según la expresión corriente, caer en desuso." Por lo demás, se observa que en las democracias modernas, debido al gobierno representativo y a las libertades de prensa, de palabra y de reunión, hay "una compenetración continua entre la opinión y el legislador, cualquiera que sea el órgano legislativo, cualquiera que sea la forma como se manifieste la opinión"; que "la influencia de las acciones y reacciones del parlamento y de la opinión ha alcanzado un grado superior; lo cual explica cómo es bastante raro que la ley no corresponda exactamente a la norma jurídica concebida por la mayoría de los espíritus, y cómo, por otra parte, la legislación puede ejercer una acción poderosa en las concepciones jurídicas."

A mi parecer, hay en estos conceptos alguna exageración y alguna confusión de lenguaje. Es confundir dos cosas muy distintas aplicar *sin calificativo* la misma palabra *Derecho* a dos series de reglas *que pueden estar en oposición*. No puedo aprobar fórmulas imprecisas tales como éstas: "La ley *no* puede ser *obligatoria* sino cuando formula una norma jurídica anterior y creada por la conciencia misma de aquellos a quienes la ley se dirige"; el jurista "debe decidir..... si el texto promulgado expresa o nó una *norma jurídica que existe realmente*, si ese texto dicta *reglas constructivas en armonía con lo que es el Derecho;* no hay coincidencia completa *entre la norma jurídica y la ley*, entre el *derecho objetivo y el derecho legislativo....; la ley puede no ser el derecho....*" Tales fórmulas carecen de precisión.

Ellas serían, al contrario, aceptables, si se agregara a la palabra Derecho un calificativo. Existe el *derecho positivo* y existe el *derecho ideal*.

¿Qué es el *derecho positivo? Son las reglas que los tribunales (por una jurisprudencia constante) declaran en vigor;* poco importa que *esas reglas estén o nó escritas (ley, costumbre, jurisprudencia).* Supongamos que el jurista comprueba que tal regla aplicada por los tribunales no está en armonía con "la conciencia que los individuos de un grupo se forman de la solidaridad del grupo y con el sentimiento de la justicia de que están impregnados." En tal caso, ¿podría afirmar el jurista que el texto promulgado, que la jurisprudencia no expresan "una norma jurídica *que existe realmente;* que el texto dicta reglas constructivas en desacuerdo con lo que es el *derecho*? Tales fórmulas se prestan a confusión. Una vez más, el *derecho positivo,* el derecho en vigor en un país, en un momento dado, es el conjunto de reglas aplicadas por los tribunales --*re-*

glas buenas o malas— en armonía o nó con la conciencia que se forman los individuos de la solidaridad y con el sentimiento de la justicia. Las reglas que están en *perfecta armonía* con la conciencia de los individuos y con su sentimiento de la justicia concuerdan con el *Derecho ideal.* De hecho, sucede que esas dos series de reglas no coinciden, lo cual no significa que las reglas del derecho positivo carezcan de fuerza obligatoria. Significa simplemente que conviene modificar el derecho positivo para ponerlo de acuerdo con el *derecho ideal.*

¿Qué es, pues, el *derecho ideal?* A mi entender, conviene rechazar en absoluto toda idea de derecho natural, ideal, en el sentido de que pueda existir un derecho *perfecto, inmutable,* al cual tienden las legislaciones positivas por efecto de la civilización. El derecho ideal es el derecho que responde perfectamente a las aspiraciones de la inmensa mayoría de los habitantes de un país determinado en un momento dado. El derecho ideal es lo que los individuos *creen* ser el derecho ideal. Es esencialmente cambiante y puede variar de un país a otro país, de una época a otra época.

V.—Algunos han querido oponer el *jurista* por una parte, al *administrador* y al *juez* por otra parte. El papel de uno y otros sería diferente. La *ley positiva* no sería sino un *documento* para el jurista; para el juez y el administrador sería un *límite.*

Esta oposición me parece inadmisible. El jurista digno de tal nombre debe empezar por *comprobar* cuál es, en un momento dado y en un país dado, la *regla de derecho en vigor,* el *deercho positivo;* esa regla, ese derecho los encuentra *ordinariamente* en un texto legal, o en las sentencias concordantes de los tribunales superiores (jurisprudencia). Los textos legales, las sentencias de los tribunales son, pues, para el jurista, documentos de altísima importancia. Pero no se limita a ello el papel del jurista.

Después de haber comprobado cuál es la *regla en vigor,* el jurista debe investigar si esa regla está en armonía con el medio social, económico y político; entiendo por tál el medio *objetivo,* pero también las *ideas* sociales, económicas y políticas que prevalecen en determinado país en un momento dado, los sentimiento de justicia que experimenta la gran mayoría de la población de ese país, *sea cual fuere el sentimiento personal del jurista* En otros términos, el jurista debe comparar la regla de derecho positivo, tal como la encuentra en los textos o en las sentencias de los tribunales, con el Derecho ideal, tal como lo conciben la mentalidad o la conciencia de los individuos que componen tal país en el momento presente. Para cumplir esa tarea difícil, el jurista emplea los métodos de la observación científica. Es lo que yo llamo la parte *política* del Derecho. En efecto, cualesquiera que sean las conclusiones a que la observación científica lo conduzca, aunque lo lleve a condenar como contrarias al Derecho ideal las soluciones del Derecho positivo que encuentre en la ley escrita o en la jurisprudencia de los tribunales, el jurista, digo yo, debe ante todo comprobar si el derecho positivo del país, en determinado momento, es el que está inscrito en la ley y que aplican los tribunales. Sin duda, el jurista mostrará la contradicción entre el derecho positivo y el derecho ideal, con la mira de modificar la ley y la jurisprudencia, lo que logrará, frecuentemente. Pero al cabo, mientras la ley o la jurisprudencia no se hayan modificado, deberá comprobar que el *derecho positivo* no es el derecho ideal.

¿Es, pues, el papel del juez diferente del del jurista? Por mi parte, no lo creo. Un buen juez debe ser un buen jurista, en el sentido que acaba de explicarse. Como el jurista, el juez está ligado por el *derecho positivo,* aun cuando considere que el derecho positivo es contrario al derecho ideal. Pero en los casos en que el texto legal no sea absolutamente imperativo, tiene la posibilidad, gracias a su poder de interpretación de las

leyes, de armonizar el derecho positivo con el derecho ideal. En Francia, por ejemplo, en 1889 el Consejo de Estado, en la famosa sentencia *Cadot,* volcó la antigua jurisprudencia según la cual el ministro era juez de derecho común en materia administrativa y afirmó que el juez de derecho común es el Consejo de Estado. Incontestablemente, tuvo en cuenta el cambio sobrevenido en el medio político y social: comprobó que la regla de competencia observada hasta entonces estaba en oposición con el derecho ideal: nadie debe ser juez y parte en el mismo proceso. Como ningún texto imperativo y formal de la ley se lo impedía, el Consejo de Estado pudo poner el derecho positivo en armonía con el derecho ideal.

Por lo demás, el juez nunca deja, cuando da a una ley una interpretación nueva en oposición con la que hasta entonces había prevalecido, de poner en relieve las ideas que inspiran el derecho ideal y de subrayar que la regla que él aplica no está en contradicción con el derecho positivo.

En resumen, el juez tiene siempre buen cuidado de establecer que no desconoce el *derecho positivo:* no lo desconocía al comprobar la existencia de determinada regla; no lo desconoce tampoco al comprobar la la existencia de una regla opuesta. Se ve de esta suerte cuán grande es el papel del juez en la formación del derecho positivo.

Caracteres esenciales del acto creador de situaciones jurídicas individuales.

El *acto creador de situaciones jurídicas individuales* es la manifestación de voluntad que tiene por efecto *dar nacimiento* a un poder jurídico *individual.* La venta, la donación, el préstamo, la imposición de una multa, el papel nominativo del impuesto directo, etc., son actos jurídicos que pertenecen a esta categoría.

I.—Los actos creadores de situaciones jurídicas individuales se reconocen en su *contenido jurídico,* en el efecto jurídico que produce la manifestación de voluntad del autor del acto. No hay para qué ocuparse de la calidad del *autor* del acto, ni de las *formas* observadas para cumplir el acto.

Los actos creadores de situaciones jurídicas individuales se clasifican en: 1º Manifestaciones *unilaterales* de voluntad; ejemplo, la imposición de una multa, papel nominativo del impuesto directo, etc.; 2º Manifestaciones *bilaterales* de voluntad, *contratos;* ejemplo, venta, préstamo, etc.

Los actos unilaterales y los contratos tienen el mismo contenido jurídico; tienen, pues, la misma naturaleza jurídica. No difieren sino desde el punto de vista del autor y de las formas del acto. En el acto unilateral, el efecto jurídico se produce por la manifestación de voluntad de un solo individuo o de varios individuos que obran en el mismo sentido y persiguen todos el mismo efecto jurídico. En el acto *bilateral* o contractual, el efecto jurídico se produce por las manifestaciones de voluntad de dos individuos o de varios individuos que persiguen efectos jurídicos diferentes, con la circunstancia de que esas voluntades se determinan recíprocamente la una a la otra. Así, en la venta, el vendedor quiere convertirse en acreedor del precio; el comprador, quiere adquirir la cosa.

Esta clasificación de los actos creadores de situaciones jurídicas individuales corresponde *en parte* a la antigua clasificación —hoy día completamente en desuso— en *actos de poder público* o *de autoridad* y en *actos de gestión.*

La antigua clasificación, muy criticable, se sujetaba a un elemento secundario: la *forma* del acto, el *número de autores* del acto; desdeñaba el elemento esencial, a saber, el *contenido jurídico* del acto, el *efecto jurídico* buscado y producido.

Hay que afirmar la identidad de naturaleza jurídica entre los actos unilaterales y los actos contractuales. La única diferencia entre ellos es una diferencia de forma: en el acto unilateral, el efecto jurídico perseguido se produce por una manifestación *unilateral* de voluntad; en el acto contractual, *hay manifestaciones de voluntad que se determinan la una a la otra;* el efecto jurídico no se obtiene sino cuando esas manifestaciones de voluntad concuerdan exactamente.

II.—Del acto *contractual* hay que distinguir cuidadosamente el *acuerdo de voluntades no creador de situaciones jurídicas individuales.* Tal acuerdo, tal concurso de voluntades se encuentra cada vez que el acto jurídico necesita la colaboración de varias voluntades individuales. Por ejemplo, la *ley* es en los Estados modernos un acuerdo de voluntades. En Francia requiere la colaboración de los diputados y senadores. La ley no produce su efecto jurídico sino cuando todas esas voluntades están de acuerdo. Sin embargo, la ley no es un contrato. De la misma manera, cuando un concejo municipal resuelve ejecutar una obra pública, vender o comprar un inmueble, y autoriza al alcalde para celebrar los contratos respectivos, el acto jurídico cumplido por el concejo municipal no es un contrato, aunque haya habido un acuerdo, un concurso de voluntades. Igualmente, cuando un tribunal colegial dicta una *sentencia,* por la cual se reconoce una deuda y se condena al deudor a pagar la suma convenida, los actos jurídicos cumplidos por el tribunal no con contratos, aunque el análisis jurídico revele en ellos un acuerdo, un concurso de voluntades. Otro tanto podría decirse del nombramiento de un funcionario para una función *no obligatoria,* de la concesión de un servicio público, del *matrimónio,* del *alistamiento militar,* de la *sociedad,* del "contrato colectivo de trabajo." Una característica del contrato, es la *creación de una situación jurídica individual.* Ahora bien, en todas las hipótesis que acaban de considerarse, esa *creación* no existe.

III.—Hay que ir más lejos. No todo acuerdo de voluntades creador de situaciones jurídicas individuales es forzosamente un contrato. Por ejemplo, el tribunal que condena al delincuente a una multa, cumple un acto jurídico creador de una situación jurídica individual; hay acuerdo de voluntades, y sin embargo, no hay contrato. Ello se debe a que el contrato supone un nuevo elemento: *las voluntades acordes deben emanar de individuos cada uno de los cuales persiga efectos jurídicos diferentes, cada uno de los cuales quiera producir efectos jurídicos distintos.* Ejemplos: la venta, el préstamo, etc. Es esto lo que indica muy bien la expresión manifestación *bilateral* de voluntades, más explícita que la expresión *contrato.* Pero como la palabra contrato es de uso corriente y secular, será ella la que se emplee, con la reserva de las observaciones que preceden.

En resumen, *todo contrato es un acuerdo de voluntades;* pero *no todo acuerdo de voluntades es un contrato.* El acuerdo de voluntades no es un contrato propiamente dicho sino: 1º Cuando el efecto jurídico perseguido es la *creación* de situaciones jurídicas *individuales;* 2º Cuando las voluntades acordes emanan de individuos, cada uno de los cuales quiere producir *efectos jurídicos* propios y *distintos.*

IV.—Se habrá observado que la *calidad* del autor no modifica la naturaleza del acto. Así, el parlamento cumple un acto creador de situación jurídica individual cuando otorga a un individuo una pensión nacional, cuando aprueba una convención fiscal celebrada con una sociedad, una compañía de ferrocarriles, por ejemplo. *Formalmente,* se dice que éstas son leyes; en realidad, se trata de actos que no son leyes propiamente dichas. Para precisar su naturaleza jurídica, hay que investigar su *contenido,* el *efecto jurídico perseguido.*

V.—El acto creador de situaciones jurídicas individuales siempre emana del individuo que va a *soportar* esas situaciones o que va a *aprovecharse* de ellas. El fenómeno es extremadamente frecuente en derecho público.

Cuando un agente competente del Tesoro, en ejercicio de su poder legal, crea a cargo del contribuyente la obligación de pagar un impuesto, la situación jurídica individual así creada no aprovecha al agente del Tesoro. Otro tanto sucede cuando el juez condena al delincuente a una multa, cuando el alcalde vende un inmueble comunal: el crédito de la multa y del precio no nacen en provecho del juez ni del alcalde.

A la inversa, cuando el alcalde, debidamente autorizado, contrata un empréstito para la administración de los intereses comunales, la situación jurídica así creada no pesa sobre el alcalde. No es él el deudor de los intereses y del reembolso de las sumas prestadas.

Ordinariamente los juristas hablan a este respecto de *representación* y de *persona moral*. A mi parecer, son esas ficciones inútiles desde el punto de vista de la técnica jurídica. Los hechos nos muestran a un individuo que manifiesta su voluntad, en ejercicio de un poder legal, y que crea así una situación jurídica individual a favor o en contra de *otro* individuo, a favor o en contra de *otro* patrimonio. No hay sino que comprobar el hecho; es clarísimo en sí mismo; no veo la necesidad de oscurecerlo complicándolo con ficciones.

Caracteres esenciales de los actos condiciones.

El *acto condición de aplicación* a un individuo de un *status* legal o reglamentario, de una situación jurídica general e impersonal, el acto condición de ejercicio de un poder legal, es una manifestación de voluntad que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación *jurídica impersonal*, o regularizar el ejercicio de un poder *legal*.

I.—Los actos condiciones son numerosísimos. Hé aquí algunos ejemplos. El decreto por el cual el Presidente de la República concede la naturalización es una manifestación de voluntad que tiene por objeto colocar al individuo naturalizado en la situación jurídica general de nacional francés; ese acto tiene por objeto investir a un individuo del *status* de francés. La decisión del tribunal que declara la quiebra de un comerciante o la interdicción judicial de un loco o designa un consejo judicial a un pródigo o decreta el divorcio, la separación de cuerpos, o condena a un individuo a trabajos forzados, a prisión, a la degradación civil, al destierro, etc., son actos jurídicos *condiciones*. Esos actos tienen por efecto jurídico investir a un individuo de un *status* legal: el *status* de quebrado, de interdicto, de divorciado, de separado de cuerpo, de detenido, de desterrado, de degradado civilmente, etc.

El nombramiento, la elección de un funcionario, la destitución de un agente público son también actos condiciones. El efecto jurídico del nombramiento, de la elección, de la destitución es colocar a un individuo en una situación jurídica general, impersonal, objetiva: la de funcionario público, de funcionario destituido.

La *deliberación de un concejo municipal*, por la cual se autoriza al alcalde para celebrar un contrato de venta de un inmueble comunal, es la condición para que el poder legal del alcalde de vender un inmueble comunal pueda ejercerse *regularmente*. Es, pues, también un *acto condición*.

El *acto declaratorio de utilidad pública*, en el procedimiento de expropiación, es la condición para que el poder legal del prefecto, de tomar una decisión de cesibilidad, pueda ejercerse regularmente. La misma resolución prefectoral de cesibilidad es un acto condición; es la con-

dición para que el tribunal civil pueda ejercer regularmente su poder legal de decretar la expropiación.

La *acción judicial,* el *recurso judicial,* son actos condiciones. En principio, efectivamente; el juez no puede estatuir *de oficio;* debe ser compelido por un recurso, por una acción. Desde luégo, el recurso judicial es la condición para que el juez ejerza su competencia legal.

II.—Hay que distinguir cuidadosamente el acto condición del acto *creador* de una situación jurídica individual. Tienen un rasgo de semejanza: que ambos actos contemplan un caso individual Pero es fácil distinguirlos ateniéndose a su *contenido* jurídico. En el acto condición, el *contenido* jurídico no es la creación de una situación jurídica individual. La situación jurídica en la cual va a quedar colocado el individuo *ya existe;* más aún, esa situación es una *situación general e impersonal* y no una situación individual.

El acto condición *no* crea la situación jurídica de que el individuo va a quedar investido. Por ejemplo, el *nombramiento* no crea la situación jurídica de que está investido el individuo nombrado. La función existe ya, y son leyes y reglamentos los que la han creado y organizado. El nombramiento no hace sino investir a determinado individuo de los poderes y de los deberes generales organizados por las leyes y reglamentos, y cuyo conjunto constituye la función. Se puede desarrollar el mismo razonamiento respecto de la sentencia declaratoria de quiebra, de la sentencia de interdicción, de la sentencia de divorcio, de la sentencia de separación de cuerpos, etc. En todos esos casos las leyes han organizado *el status* del quebrado, del interdicto, del divorciado, del separado de cuerpo, etc. La sentencia no hace sino investir a un individuo de ese *status legal;* no *crea* ese *status.*

III.—Los actos condiciones, cuando son la condición impuesta por la ley para el ejercicio de una competencia legal, tienen un doble carácter. A veces la manifestación de voluntad es la condición para que una competencia legal *pueda* ejercerse; en ocasiones, es la condición para que una competencia legal *deba* ejercerse. Muy frecuentes son las hipótesis en que, una vez cumplido el acto condición, la competencia *debe* ejercerse. Ejemplo: en la expropiación por causa de utilidad pública, una vez que ha intervenido la decisión prefectoral de cesibilidad, existe para los agentes públicos competentes la obligación de cumplir los demás actos del procedimiento Al contrario, el acto declaratorio de utilidad pública es sin duda la condición para el ejercicio regular de la competencia del prefecto en lo que toca a la decisión de cesibilidad; pero el prefecto *no tiene la obligación* de consumar el acto

Asimismo, en el procedimiento del recurso judicial, la acción, el recurso regularmente intentados *obligan* al juez a dictar sentencia

Igualmente, el subprefecto, solicitado para conceder un permiso de caza por un individuo que se encuentra en las condiciones legales de obtenerlo, tiene el *deber* de ejercer su competencia y conceder el permiso, etc.

IV.—Las manifestaciones de voluntad que constituyen *actos condiciones* tienen ese carácter, *cualquiera que sea el autor del acto, cualesquiera que sean las formas observadas.*

El parlamento cumple un *acto condición* cuando declara de utilidad pública una obra pública como preliminar de una expropiación por causa de utilidad pública. El principal acto condición cumplido por el parlamento es la votación del presupuesto de rentas y gastos. En Francia la apertura de un crédito es la condición para que pueda ejercerse regularmente el poder legal de los ministros de verificar actos jurídicos, de los cuales resulten deudas a cargo del Tesoro: negociaciones, contratos, etc. El presupuesto de rentas es, respecto a los impuestos, la condición para que pueda ejercerse regularmente el poder legal de los agentes del

Tesoro de verificar los actos jurídicos creadores de obligaciones para los contribuyentes.

En el lenguaje corriente, se habla de la *ley declaratoria de utilidad pública,* de la *ley de presupuesto.* Esas son expresiones inexactas: se considera un elemento secundario: la *forma* del acto. Por su contenido, el acto no tiene el carácter de legislativo: es un acto condición.

V.—Las *formas* observadas para el acto son indiferentes. Ora el acto condición es *unilateral,* ora *bilateral;* ya es la manifestación de voluntad de un *solo* individuo, ya un *acuerdo de voluntades.* La destitución de un agente público por un prefecto es un acto condición unilateral; la ley declaratoria de utilidad pública, la sentencia de quiebra o la de divorcio son acuerdos de voluntades; el contrato de venta es, desde cierto punto de vista, un acto condición bilateral.

Hay que insistir en este último particular. Hemos dicho que la venta es un *contrato;* es un acuerdo de voluntades, acuerdo bilateral, con la mira de crear una situación jurídica individual. Pero es *también* un acto condición. En efecto, el objeto perseguido por los contratantes, vendedor y comprador, no es un objeto único. Hay varios efectos jurídicos acarreados por las partes: 1º Creación de numerosas situaciones jurídicas *individuales:* obligación de pagar el precio, obligación de hacer entrega de la cosa vendida; 2º Aplicación a un individuo de numerosas situaciones jurídicas *generales e impersonales:* aplicación del *status* legal de propietario al comprador, aplicación al vendedor del *status* legal de acreedor *privilegiado,* de titular de la acción resolutoria, etc.

La venta es, pues, *para ciertos efectos jurídicos,* un acto jurídico *creador de situaciones individuales,* y, para otros efectos, un *acto jurídico condición.* Lo cual no es exclusivo de la venta. La mayor parte de los actos jurídicos creadores de situaciones jurídicas individuales son, al mismo tiempo, actos condiciones. Esto depende de que un acto produce, frecuentemente, quizás siempre, *varias* clases de efectos jurídicos. Hay varios contenidos: según que se considere tal o cual contenido, el acto tiene tal o cual carácter jurídico.

Del acto jurisdiccional.

El *acto jurisdiccional* es la manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto *comprobar* una *situación jurídica* (general o individual) o comprobar *hechos, con fuerza de verdad legal.*

I.—La esencia del acto jurisdiccional es la *comprobación* de situaciones jurídicas o de hechos.

No toda *comprobación* es un acto de jurisdicción. No hay acto de jurisdicción sino cuando la comprobación *tiene fuerza de verdad legal. Res judicata pro veritate habetur.*

Es el legislador quien decide *discrecionalmente* que, en determinados casos, la comprobación hecha por determinado individuo tendrá fuerza de verdad legal. Depende, pues, *exclusivamente* del legislador que determinada comprobación sea o nó un acto jurisdiccional.

II.—Poco importa el *autor* del acto.

No conviene decir que el acto de jurisdicción es el acto cumplido por el juez, porque habría que preguntar entonces: ¿qué es el juez? y sería imposible contentarse con responder: es el agente público que cumple actos de jurisdicción.

Por otra parte el juez —es decir, el que cumple actos de jurisdicción— no cumple solamente actos de esa naturaleza; verifica también actos creadores de situaciones jurídicas individuales, y actos condiciones. Para no tomar sino ejemplos fuera de toda duda, lo que se llama actos de jurisdicción graciosa, medidas conservatorias, depósitos *ad litem,* etc., son actos cumplidos por el juez pero que, ciertamente, no son actos de jurisdicción.

Por último, hay agentes públicos que no tienen *ordinariamente* la misión de juzgar y que *excepcionalmente* verifican actos de jurisdicción. Tal era en Francia, antes de 1889, el caso de los ministros: se les consideraba como jueces de derecho común en materia administrativa. Tal es todavía, en la hora actual, el caso del Senado cuando se constituye en Alta Corte de Justicia.

III.—Poco importan las *formas* observadas para el acto. Ordinariamente el acto jurisdiccional se cumple de acuerdo con ciertas formas, entre las cuales se encuentran en primer término, en Francia, el debate contradictorio, la publicidad. *Desde el punto de vista político* es de desearse que el acto jurisdiccional no se cumpla sino con la observancia de determinadas formas, que den las más serias garantías a las personas sujetas a la jurisdicción No obstante, esas formas no constituyen un elemento esencial del acto jurisdiccional desde el punto de vista de la técnica jurídica. Hay muchos otros actos jurídicos para los cuales conviene que haya debate contradictorio y publicidad: ley, nombramiento de funcionarios por concurso, revocación, etc.

El hecho de que el legislador exija para el cumplimiento de determinado acto jurídico las formas acostumbradas para el acto jurisdiccional, no cambia la naturaleza de aquel acto. Con o sin las formas jurisdiccionales aquel acto tiene la naturaleza jurídica que le da su contenido jurídico, es decir, el *efecto jurídico* producido por la manifestación de voluntad. Es así como la introducción progresiva de las formas jurisdiccionales para el ejercicio del poder disciplinario no ha tenido por efecto transformar la decisión disciplinaria en acto jurisdiccional. La transformación no se operaría sino cuando el legislador decidiera que la autoridad disciplinaria *comprueba con fuerza de verdad legal las faltas disciplinarias.*

IV.—Muy frecuentemente al acto de jurisdicción propiamente dicho se agrega una decisión, una manifestación de voluntad de naturaleza jurídica diferente. De aquí proviene que la sentencia —o más bien lo que se llama generalmente una sentencia— sea nó un acto jurídico único sino un conjunto de actos jurídicos. Es esta una de las causas principales de la confusión de las teorías acerca del acto de jurisdicción.

Examinemos, por ejemplo, el papel del tribunal civil solicitado por el vendedor para que condene al comprador a pagar el precio de venta —100.000— del inmueble A. El papel esencial del juez es el de *comprobar con fuerza de verdad legal la existencia* de las situaciones jurídicas del vendedor y del comprador; *comprobar con fuerza de verdad legal* que, a consecuencia de la manifestación de voluntad bilateral de X y de Y, el vendedor X se ha convertido en acreedor del precio de 100.000 contra el comprador Y. Pero, ordinariamente, el juez no se limita a esto. Esa comprobación con fuerza de verdad legal es el preliminar para poner en movimiento la fuerza pública y obligar a Y a cumplir su obligación jurídica. El juez *ordinariamente* está encargado de deducir de la comprobación que ha hecho una o varias consecuencias lógicas. Cuando condena al comprador a pagar el precio no hace sino deducir una de esas consecuencias, la principal de esas consecuencias, pero no la única.

Otra consecuencia es la de que los agentes de la fuerza pública deben ponerse en movimiento para realizar la situación jurídica comprobada por el juez, en el caso de incumplimiento por parte del deudor. Debe, pues, existir una *orden dirigida a esos agentes* para que ejecuten la condenación. En Francia no es el juez quien da esa orden, aunque ella sea una consecuencia lógica de la comprobación. Es el Presidente de la República. Lo cual prueba que la decisión condenatoria, que la orden de ejecución son actos jurídicos distintos del acto jurídico de comprobación. No es, pues, *esencial* que el juez cumpla por sí mismo los actos jurídicos que son consecuencias lógicas de la comprobación. Lo único

esencial es la *comprobación con fuerza de verdad legal.* La orden de ejecutar es un *acto condición;* es la condición para que el poder legal de los agentes de ejecución —alguaciles, etc.—, pueda ejercerse regularmente.

Examinemos ahora el procedimiento criminal. Se ha cometido un crimen y es juzgado por el Tribunal Superior, es decir, por el *jurado* y por el *Tribunal.* Encontramos aquí nitidamente diferenciados los diversos actos jurídicos: el jurado hace la *comprobación con fuerza de verdad legal.* Pero no es él quien cumple el otro acto jurídico: la condenación. Es el *Tribunal.* La separación es aquí material: la comprobación es un acto jurídico distinto de la condenación. Esta separación de los dos actos jurídicos, este reconocimiento de la naturaleza jurídica diferente de la *comprobación* y de la *decisión condenatoria,* facilitan la explicación de la *gracia.* En derecho público francés, el Presidente de la República puede otorgar *gracia;* en otros términos, sin hacer desaparecer la comprobación, puede modificar el acto jurídico de la condenación, sustituirle otro acto, otra condenación. Lo cual es muy fácil de comprender si se acepta el punto de vista de que la condenación no es un acto de jurisdicción, que es un *acto condición.* De esta suerte *la administración no toca con el acto jurisdiccional.*

Examinaré un último ejemplo, que hace resaltar la diferencia entre la *comprobación* y la *decisión.* En lo que se llama las *cuestiones prejudiciales* vemos al juez hacer *exclusivamente* una *comprobación* y *nada más.* Así, el juez electoral que abriga una duda seria acerca de la cuestión de saber si el candidato X, cuya elección se impugna, tiene la nacionalidad francesa, debe remitir la solución de esa cuestión prejudicial al tribunal civil. El tribunal civil comprueba con fuerza de verdad legal si X es o nó nacional francés. No hace otra cosa. La consecuencia que de ahí se deriva referente a la validez de la elección, no es el tribunal civil el que la deduce: es el juez electoral. Lo cual demuestra que lo esencial, en el acto de jurisdicción, es la comprobación con fuerza de verdad legal, puesto que hay casos en los cuales encontramos únicamente esa comprobación

V.—Por lo demás, es preciso reconocer que lo propio de una buena organización *política* sería que el agente encargado de hacer la comprobación lo estuviera también por el legislador de sacar sus consecuencias. Es el más indicado para hacerlo. Pero es esta una cuestión distinta, una cuestión de orden *político* y no de técnica jurídica. En este orden de ideas encaja la cuestión de saber si el derecho de gracia se ejercería mejor por los tribunales que por el Presidente de la República. No es este un problema de técnica jurídica; es una cuestión de orden *político.* El análisis jurídico no nos suministra ningún elemento de solución.

VI.—Es preciso clasificar los actos de jurisdicción de acuerdo con el objeto, con el contenido de la *comprobación,* no de conformidad con la decisión tomada por el juez a consecuencia de la comprobación. Si nos atenemos a la decisión tomada por el juez, llegaremos a distinciones casi completamente desprovistas de importancia jurídica. Por ejemplo, el juez *represivo* comprueba *siempre* hechos, con el propósito de averiguar si presentan los caracteres enumerados por la ley para que constituyan determinada infracción a la ley penal. Luego el juez, en el supuesto de que los hechos comprobados constituyan una infracción, aplica la pena, es decir, toma la decisión. Ahora bien: esa decisión es ora un acto condición (condena a prisión, a trabajos forzados, a destierro, a degradación cívica, etc.), ora un acto creador de situación jurídica individual (imposición de una multa); en ocasiones también el juez toma dos decisiones, una que constituye un acto condición (prisión), otra que constituye un acto creador (multa).

Este ejemplo demuestra que carece de interés científico atenerse a la naturaleza de la decisión para clasificar los actos jurisdiccionales.

Y hé aquí lo que refuerza esta demostración. Son el legislador o la jurisprudencia los que, con bastante arbitrariedad, determinan qué decisiones tomará el juez y cuáles no tomará. En vano se buscarían a esta determinación razones distintas de las consideraciones de orden práctico, con frecuencia muy criticables. Por ejemplo, en derecho administrativo francés el Consejo de Estado al comprobar, mediante el recurso respectivo, que la liquidación de una pensión de retiro no se ha hecho correctamente, se limita, después de haber comprobado la situación jurídica individual del pensionado, a remitir al querellante ante el ministro competente para que éste proceda a una nueva liquidación de la pensión sobre las bases indicadas por el Consejo de Estado en su comprobación.

Asimismo, sucede con frecuencia que el Consejo de Estado, después de haber comprobado la situación jurídica individual de un acreedor a indemnización víctima de un perjuicio, lo remite ante el ministro competente para que se proceda a la liquidación de la indemnización; pero, a veces también, el Consejo de Estado liquida por sí mismo el monto de la indemnización.

No obstante es la decisión la que generalmente se toma en cuenta para hacer la clasificación de las diversas clases del recurso contencioso.

Si, al contrario, nos atenemos al *contenido* de la *comprobación* hecha por el juez, lograremos hacer clasificaciones interesantísimas de los actos jurisdiccionales. La comprobación hecha por el juez recae ora sobre una *situación jurídica individual,* ora sobre una *situación jurídica general e impersonal,* ora sobre un *hecho* o un *conjunto de hechos materiales,* ora sobre *la legalidad de un acto jurídico.* Esto nos inspira cierto número de reglas: 1º En lo que toca a los *individuos que pueden dirigirse al juez para demandar una comprobación.* Parece que, si se trata de comprobar una *situación jurídica individual,* únicamente el beneficiario de esa situación o los individuos o agentes encargados de la administración del patrimonio que va a beneficiarse de esa situación, podrán dirigirse al juez. Al contrario, si se trata de hacer comprobar un *hecho,* un *status,* o la *legalidad de un acto jurídico,* se concibe que *todos los interesados* (cualquiera que sea la naturaleza de su interés, moral o pecuniaria) pueden someter el asunto al juez.

2º Cuando se solicita del juez que compruebe una *situación jurídica individual,* hay necesariamente un *demandado* en la instancia: ese demandado es el deudor de esa situación o el agente encargado de la administración del patrimonio que va a soportar esa situación. Al contrario, si se trata de hacer comprobar un *hecho,* un *status,* la *legalidad de un acto,* se concibe que la instancia no implique necesariamente la intervención del *demandado.* Si lo hay, es casi siempre por imitación de lo que pasa en las instancias que tienden a hacer comprobar una situación jurídica individual, instancias que han servido de modelo.

3º Según algunos, habría que buscar en esta misma idea la explicación de una regla delicadísima, según la cual las comprobaciones del juez a veces tienen la autoridad de verdad legal *erga omnes,* a veces únicamente *inter partes.* La autoridad de cosa juzgada sería absoluta, *erga omnes,* en *todos* los casos en que el juez hiciera la comprobación de una *situación jurídica general,* de un *hecho,* o de la *legalidad* de un acto jurídico; sería *relativa, inter partes,* en el caso de que la comprobación recayera sobre una situación jurídica *individual.*

La tesis es seductora; pero, formulada de una manera tan absoluta, es inexacta. Hay casos, *ciertamente,* en que la comprobación hecha por el juez de una situación jurídica *general,* de un *hecho* o de la *legalidad* de un acto, no tiene autoridad absoluta, *erga omnes.* Así, según la Ley de 5 de julio de 1844, la autoridad de cosa juzgada de una sentencia de nu-

lidad o de caducidad de una patente de invención es a veces relativa, *inter partes,* y a veces absoluta, *erga omnes.* Y esé texto legal no es propiamente una excepción de la teoría general.

Por lo demás, parece incontestable que el objeto de la comprobación tiene *cierta* influencia al respecto. *Efectivamente, en todos los casos en que el juez comprueba una situación jurídica individual, la cosa juzgada no tiene sino un valor relativo. Unicamente* para los casos de *comprobación de situaciones jurídicas generales* o de *hechos* o de *legalidad* de un acto jurídico, la autoridad de cosa juzgada puede ser absoluta, puede producir efecto *erga omnes.* Hasta aquí la teoría es fundada.

¿Por qué, pues, la ley y la jurisprudencia no han admitido *en todos esos casos* la autoridad absoluta de la cosa juzgada?

Hay que hacer intervenir un segundo elemento de solución, a saber, una cuestión de procedimiento.

¿Ha podido un juez, antes de hacer la comprobación, oír todos los argumentos en pro o en contra, de suerte que se pueda, *con el máximum de probabilidades de certidumbre,* afirmar que la comprobación hecha por el juez y que va a ser la *verdad legal* es también la *verdad real?* Si el procedimiento se ha organizado en esa forma, si el juez ha podido oír todos los argumentos. su comprobación tendrá efecto absoluto *erga omnes.* De lo contrario la comprobación no tendrá sino un valor relativo; será la verdad legal para las partes del proceso; quedarán en reserva las objeciones que puedan presentar, posteriormente, los interesados que no fueron partes.

Examinemos algunos ejemplos. Consideremos la comprobación hecha por el juez en un recurso por exceso de poder. Ella no tiene sino autoridad *relativa* si el juez *rechaza* el recurso como infundado; al contrario, es *absoluta,* si el juez considera *fundada* la queja y comprueba la ilegalidad del acto criticado. En el primer caso, el juez no puede tener la certidumbre de que otro querellante no aduzca la prueba de la ilegalidad del acto. Al contrario, en el caso de haberse producido ante el juez la prueba cierta de la ilegalidad, la comprobación puede considerarse como verdadera *erga omnes.* Otros demandantes no agregarán nada a esa demostración. El mismo o análogo razonamiento puede hacerse cuando se trata de un conflicto positivo de atribuciones, de sentencias relativas a las listas electorales o a las elecciones, de sentencias de quiebra, de cuestiones de estado.

Un ejemplo completamente típico es el de la sentencia de caducidad o de nulidad de una patente de invención; en este caso, es un texto expreso el que hace la distinción y da la razón de la distinción. La sentencia tiene autoridad *relativa* si el recurso ha sido intentado por los interesados; tiene autoridad *absoluta,* si ha sido provocado por el ministerio público. *Pero, en este caso, la ley exige que el juez oiga todos los argumentos en pro o en contra; habrá que admitir en el litigio a todos los que tengan derecho a la patente y cuyos títulos hayan sido registrados.* Lo cual me parece que demuestra las razones en que se inspiran las diversas soluciones referentes a la autoridad relativa o absoluta de la cosa juzgada.

Examinemos las *cuestiones de estado:* nacionalidad, filiación, matrimonio, etc. En estos casos la solución más correcta parece ser la que se inspire en las ideas que acaban de desarrollarse. Si el juez ha podido oír todos los argumentos en pro o en contra, su comprobación tendrá un efecto absoluto; de lo contrario, no tendrá sino un efecto relativo. Es esta idea la que parece inspirar la teoría del contradictor legítimo.

De los actos jurídicos complejos.

Las exposiciones que preceden demuestran la necesidad que hay, cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica de una manifestación de voluntad, de hacer distinciones y análisis minuciosos. No está por demás insistir en este particular y señalar la via por la cual conviene dirigir los estudios.

I.—Cuando nos encontramos en presencia de una operación jurídica, es preciso ante todo averiguar si se trata de un acto jurídico simple o de un conjunto de actos jurídicos. Sucede con frecuencia, en efecto, que una operación jurídica es un conjunto de actos jurídicos de naturalezas diferentes.

Veamos algunos ejemplos.

Se discute acerca de la naturaleza jurídica de la "ley del presupuesto." Ahora bien, las palabras "ley del presupuesto" designan en Francia un conjunto de actos jurídicos de naturalezas diferentes.

a) Primero hay que distinguir cuidadosamente entre el *presupuesto* propiamente dicho y las *leyes fiscales* que lo acompañan.

b) Las *leyes fiscales* contienen disposiciones de naturaleza propiamente legislativa (fiscales o no fiscales), es decir, reglas de derecho generales e impersonales. Contienen también *autorizaciones para empréstitos* (emisiones de bonos del Tesoro, obligaciones a corto término), que son *actos condiciones:* son la condición para que el Ministro de Hacienda pueda ejercer regularmente su poder legal de cumplir los actos jurídicos de empréstito, etc.

c) Si examinamos ahora el *presupuesto propiamente dicho,* comprobaremos que el *presupuesto de rentas* y el *presupuesto de gastos,* es decir, los cuadros de rentas y los de gastos, no tienen la misma naturaleza jurídica.

a) En los cuadros de *rentas,* hay ante todo *autorizaciones* para recaudar los impuestos y las tasas, de conformidad con las reglas vigentes de derecho: son ellas *actos condiciones.* Pero hay además rentas, respecto de las cuales el presupuesto carece de significación jurídica, porque no autoriza ni para crearlas ni para recaudarlas: producto de la venta de bienes del Estado, arrendamiento de inmuebles, etc.

b) En el presupuesto de *gastos,* hay autorizaciones para verificar actos jurídicos que hacen *nacer* deudas, es decir, situaciones jurídicas individuales (suministros), y también autorizaciones para *pagar* deudas existentes (servicio de intereses y amortización de la deuda pública, servicio de pensiones, etc.).

Nada más peligroso que creer que la expresión corriente "ley de presupuesto, ley fiscal," contempla un acto jurídico simple, cuya naturaleza jurídica es posible despejar. La verdad es que existe un documento en el cual figuran mezclados actos jurídicos de naturalezas diferentes. No se trata siquiera de un acto jurídico complejo; se trata de una mezcolanza, de un *pot pourri* de actos jurídicos.

Nos suministra otro ejemplo lo que se llama el *pliego de cargos en las concesiones de un servicio público,* por ejemplo, el pliego de cargos de las compañías concesionarias de ferrocarriles, de tranvías, de ómnibus, de agua, etc. Creen algunos que hay allí un acto jurídico simple: se habla de un *contrato* que hace nacer situaciones jurídicas individuales: créditos y obligaciones. En realidad, el pliego de cargos es un documento que contiene actos jurídicos diferentes. Primero, la organización de un servicio público: servicio público del ferrocarril, del tranvía, de los transportes, etc. Ese acto tiene un carácter general, impersonal; tiene, pues, un *contenido legislativo;* es una ley, un reglamento propiamente

dicho. Pero existen, además, estipulaciones que determinan, *de una manera particular*, las sumas que hay que pagar al concesionario X, las obligaciones precisas de X concesionario. Esos actos no tienen carácter legislativo; son actos creadores ya de situaciones jurídicas individuales, ya de actos condiciones. Desde luégo el jurista debe proceder, para cada cuestión suscitada por el pliego de cargos, a un análisis minucioso, discriminar lo que es *ley* o *reglamento*, lo que es *contrato*, lo que es *acto condición;* el hecho de que todos esos actos estén reunidos en un mismo documento carece de importancia jurídica.

Examinemos la *expropiación por causa de utilidad pública*. Parece que en ella hubiera un acto jurídico único. En realidad, hay un conjunto de actos jurídicos diferentes. Existen el acto declaratorio de utilidad pública, las inspecciones, la resolución prefectoral de cesibilidad, el acto de cesión amigable o la sentencia de expropiación, la decisión del tribunal, el decreto que ordena dar la posesión, etc. Se trata evidentemente de actos jurídicos que pueden ser diferentes. Es, pues, imposible precisar cuál es la naturaleza jurídica de la *operación* de expropiación.

Asimismo, lo que se llama una *sentencia* no es casi nunca un acto jurídico simple. Es un conjunto de actos jurídicos que tienen naturalezas diferentes: comprobación, decisión.

II.—Cuando, mediante el análisis de su contenido, se llega a precisar un *acto jurídico que parece simple*, falta entonces investigar si ese acto jurídico tiene un efecto jurídico *único*, o, si tiene, al contrario, *varios* efectos jurídicos distintos. En este último caso, no hay en realidad un acto simple; hay un acto complejo, un agregado de actos que tienen naturalezas jurídicas diferentes según el efecto contemplado.

Tomemos como ejemplo un contrato de venta. En derecho francés el contrato de venta produce una serie de efectos jurídicos perseguidos por las partes: 1º *Transferencia de la propiedad* de la cosa vendida; 2º *Crédito* del *precio;* 3º Obligación de *entregar* la cosa vendida; 4º Obligación de *garantizar* al comprador contra las perturbaciones de evicción, etc.

Ahora bien: el análisis jurídico comprueba que transferir la propiedad de una cosa es colocar a un individuo —el comprador— con relación a la cosa vendida en el *status* legal de propietario. Es la ley la que organiza ese *status* al margen de la voluntad de las partes. Se trata de una situación jurídica general. Desde este punto de vista, la venta es, pues, un *acto condición;* es la condición para que se aplique a un individuo el *status* legal de propietario con relación a la cosa vendida.

Pero si consideramos el crédito del precio, la solución no es la misma: se trata de una situación jurídica *individual creada* por la venta. La venta es, pues, desde este punto de vista, no ya un *acto condición*, sino un acto creador de situación jurídica individual, un *contrato* propiamente dicho.

Podría hacerse la misma discriminación para cada uno de los efectos jurídicos contemplados por el vendedor y por el comprador y, según la naturaleza de cada uno de esos efectos, se diría que la venta es ora un *contrato* propiamente dicho, ora un acto condición.

No es la venta el único acto jurídico complejo. Llegaríamos a idénticas conclusiones para el préstamo, para el arrendamiento de servicios, para el arrendamiento de cosas, etc.

BIBLIOGRAFIA

Nota bibliográfica

Dr. AMENODORO RANGEL LAMUS

Estudios de Derecho Privado.

El doctor Rangel Lamus, jurista venezolano, ha coleccionado en este libro algunos de sus trabajos. Su lectura justifica el estudio que le dedica el doctor Carlos Sequera en el *Juicio Crítico,* prólogo del libro. Coincide este juicio con el que nosotros nos hemos formado, y nada tendríamos que objetarle, a no ser el pequeño reparo —excusable por manía de etimologista— de ser pleonástica la frase *juicio crítico.* Esta observación hará ver al doctor Sequera la manera como consideramos su estudio.

Encomia el prologuista cuando dice:

"El autor se destaca entre los escritores que se apartan del método desdeñoso de no indicar la fuente doctrinal, el antecedente de jurisprudencia, de donde se han tomado los conceptos, que, de consiguiente, pueden creerse originales por los profanos, y que los eruditos consideran apropiados subrepticiamente.

"El doctor Rangel Lamus cita los autores cuyas opiniones adopta, o de las cuales se aparta; y menciona las sentencias de donde extrae la sana doctrina que enseña, o cuyos errores combate. Sigue el camino trazado, ayer, por los grandes profesores clásicos, y hoy, por los modernos escritores."

Pocos de los nuestros merecerían el encomio.

Contenido del libro:

"Forma extrínseca de los actos jurídicos—Promesa de futuro matrimonio—Impugnación de legitimidad—El problema de la investigación de la paternidad natural—Anotaciones al Código Civil—La propiedad, función social—Cláusulas sobre servidumbres en la compraventa de inmuebles—Algunas consideraciones sobre posesión—Crítica de la teoría del Código venezolano—El derecho de retención—La teoría de la causa en el Derecho Civil—Régimen patrimonial de la mujer casada—Contrato de compraventa—Representación y mandato—Mandato y sustitución Hipoteca y prescripción—Un proyecto del doctor Santos—Cuota de hecho y cuota de derecho—Juicio crítico sobre algunas concepciones del profesor Duguit."

Hemos transcrito el contenido del libro para hacer notar que apenas habrá algún trabajo de los relacionados, que no haya sido trajinado por los nuestros. Puede apuntarse que tanto en los estudios del jurista venezolano como en los de los nuestros, se afirma la misma tendencia: la revisión de las nociones clásicas, consagradas del Derecho Civil. Estas nociones están siendo —de años atrás— pasto de aguda crítica. Si algunas han sido definidas como inaceptables, otras, se han considerado compatibles con el nuevo ambiente social y tienen aún vigencia, con las

correcciones sugeridas por el mismo ambiente. A juzgar por los estudios del doctor Rangel Lamus, allá como acá, el inspirador de la revaluación ha sido principalmente M. Duguit. Otros se han tomado en cuenta, pero en todo caso, después del ilustre decano de la Facultad de Derecho de Burdeos. Cita el doctor Rangel Lamus uno que otro expositor, italianos y alguno alemán, familiares a pocos de los nuestros. El movimiento de la bibliografía jurídica alemana es fundamental. No obstante nuestros juristas lo ignoran.

El doctor Rangel Lamus es sobrio expositor. No es su sobriedad deliberada. Aisla sus tesis, según el método de los buenos jueces, quienes para analizar sus casos, los despojan de toda adherencia extraña. No tienen sus estudios más extensión que la que les impone el mismo punto de que se trata, que él considera con el vigor y la exactitud resultantes del conocimiento cumplido de las tesis jurídicas. No se advierte asomo de hacer exposiciones de legislación comparada, *summum* en otro tiempo de los jurisconsultos. Las páginas más cálidas del libro son las que le provoca Duguit. Ellas revelan entusiasmo, cualidad que ha de distinguir siempre al hombre de estudio.

César Julio Rodríguez

INDICE

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Actos de los Gobernadores:

Págs.

Valle del Cauca. Resolución número 114, de 26 de agosto de 1936. Sentencia por la cual se confirma en el fondo la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cali, de 25 de enero de 1937. Actor, Diógenes Piedrahita. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda 106

Asuntos municipales:

Medellín. Decreto número 19 de 1936, originario de la Alcaldía, por el cual se reglamenta la instalación de bombas y depósitos de gasolina. Sentencia por la cual se confirma la dictada por el Tribunal Administrativo de Medellín el 21 de mayo de 1937, que declaró nulo el mencionado Decreto. Actores, Fiscal Primero del Tribunal Superior y Personero Municipal de Medellín. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano 7

Quibdó. Acuerdo número 10 de 1934. Sentencia por la cual se reforma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cali y se declara nulo el numeral XIII del artículo 1º de dicho Acuerdo, en la parte que en el fallo se transcribe. Actor, doctor Alberto Holguín Lloreda. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 122

Contratos:

Ministerio de Correos y Telégrafos. Contrato celebrado por el Gobierno Nacional con la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), el 12 de julio de 1933, sobre administración del correo aéreo. Dictamen por el cual se decide que algunas de las estipulaciones de ese contrato se ajustan a la ley y que otras exceden las autorizaciones legales. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 160

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Carlos Lozano y Lozano y Ramón Miranda al dictamen anterior.. 168

Salvamento de voto del Consejero doctor Ricardo Tirado Macías al dictamen anterior 182

Ministerio de Guerra. Contrato celebrado entre el Gobierno, debidamente representado por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Guerra, y el Gerente del Banco de Colombia, S. A. Dictamen de 2 de noviembre de 1937, por el cual se declara: que no corresponde al Consejo de Estado el exámen de la negociación en lo relacionado con el contrato de mutuo y la venta que se proyecta; que el proyectado contrato de hipoteca no se ajusta a las autorizaciones legales, y que la cláusula 9ª del contrato excede las facultades legales del Gobierno. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 110

Salvamento de voto al dictamen anterior, de los Consejeros doctores Ramón Miranda, Elías Abad Mesa e Isaías Cepeda 114

Ministerio de Guerra. Contrato celebrado entre el Gobierno y el Gerente del Banco de Colombia, S. A. Dictamen por el cual se re-

Págs.

forman las conclusiones del anterior, de fecha 2 de noviembre de 1937, así: no corresponde al Consejo de Estado el examen de la negociación en lo relacionado con el mandato para vender; el contrato de mutuo está ajustado a las autorizaciones legales; el proyectado contrato de hipoteca no se ajusta a las autorizaciones legales; la cláusula 9ª del contrato excede a las facultades legales del Gobierno. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 114

Decretos ejecutivos:

Demanda de nulidad contra el Decreto número 441, de 19 de febrero de 1937. Sentencia por la cual se niega lo pedido. Actor, doctor Nicasio Anzola. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa 45

Electorales:

Atlántico. Demanda de nulidad contra el registro de escrutinio, el escrutinio mismo y la consiguiente declaratoria de elección, hechos por el Consejo Electoral del Atlántico y referentes a un renglón de candidatos para Representantes al Congreso Nacional por el Distrito Electoral de Barranquilla. Sentencia por la cual se declaran nulos los votos emitidos a favor de uno de los candidatos del renglón demandado, en su carácter de suplente, y se niegan las demás peticiones de la demanda. Actor, doctor Claudio M. Blanco J. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano 11

Atlántico. Demanda de rectificación del escrutinio verificado por el Consejo Electoral el 17 de abril de 1937, en las elecciones de Diputados a la Asamblea, verificadas el día 4 del mes citado. Sentencia por la cual se niegan las peticiones de la demanda y se modifica la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Barranquilla, de fecha 16 de junio de 1937. Actor, Antonio Fernández Llinás. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda. 67

Atlántico. Rectificación de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral en los días 15 a 17 de abril de 1937, con motivo de las elecciones del día 4 del citado abril, para Representantes al Congreso y Diputados a las Asambleas Departamentales. Sentencia por la cual se modifica la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Barranquilla. Actores, Miguel Rodríguez S. y otros. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 82

Barranquilla. Juicio de nulidad del escrutinio efectuado por el Jurado Electoral de Barranquilla el 10 de octubre de 1935, para la elección de Concejales. Sentencia por la cual se confirma en todas sus partes la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Barranquilla, de 2 de marzo de 1937. Actor, Alfredo Carbonell. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías.... 218

Bogotá. Demanda de nulidad de las elecciones verificadas por el Concejo en la sesión ordinaria del día 2 de febrero de 1937 para designar representantes del Distrito en las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, S. A. Sentencia por la cual se pone en conocimiento de las partes la causal de nulidad observada, por incompetencia de jurisdicción. Actor, Daniel González. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda 102

Huila. Juicio de nulidad de los votos emitidos a favor de uno de los candidatos en las elecciones para Representantes al Congreso el día 4 de abril de 1937, del acta o registro de escrutinio, de la elección declarada a favor del mismo y de la credencial que se le expida. Sentencia por la cual se modifica la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Neiva, de fecha 11 de septiembre de 1937, y se niegan las peticiones de la demanda. Actor, Marco A. Cuéllar Cabrera. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 90

Norte de Santander. Demanda de nulidad contra las elecciones para Representantes al Congreso, verificadas el día 4 de abril de 1937 en el Municipio de Cáchira, y contra los escrutinios y registros de escrutinio, efectuados por el Jurado Electoral de ese Municipio el día 8 del citado abril. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cúcuta, de fecha 7 de septiembre de 1937. Actor, Alejandro Gutiérrez Calderón. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa 61

Impuestos:

Págs.

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Juicio de nulidad contra las Resoluciones números 1254, de 4 de diciembre de 1935, y 198, de 16 de marzo de 1936. Sentencia por la cual se modifica la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bogotá y se falla que no son nulas las Resoluciones acusadas. Actor, doctor Eugenio J. Gómez. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa 40

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Juicio contra la Resolución número 237, de 13 de marzo de 1937, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Sentencia por la cual se revoca la del Tribunal Administrativo de Bogotá, de fecha 30 de julio de 1937, llegada al Consejo de Estado por vía de consulta, y en su lugar se niegan las peticiones de la demanda. Actor, Vicenta Aguiar Hernández. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa 56

Administración de Hacienda Nacional de Medellín. Resolución número 6, de 20 de agosto de 1935, aprobada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Medellín. Actor, Julio Prieto. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 127

Quibdó. Acuerdo número 10, de 21 de febrero de 1934, expedido por el Concejo. Sentencia por la cual se reforma la apelada de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cali, de fecha 4 de agosto de 1936, y en su lugar falla que es nulo el numeral XIII del artículo 1º de dicho Acuerdo, pero únicamente en la parte que se transcribe en el fallo. Actor, doctor Alberto Holguin Lloreda. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 122

Ordenanzas:

Santander. Juicio de nulidad contra los artículos 4º y 5º de la Ordenanza número 3, de 28 de junio de 1935. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bucaramanga. Actor, Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa.... 49

Salvamento de voto del Consejero doctor Pedro Martín Quiñones al fallo anterior 52

Antioquia. Juicio de nulidad contra la Ordenanza número 57 de 1936, en cuanto por medio del artículo 5º se trasladó la cabecera del Municipio de Margento a la cabecera del Corregimiento de Nechi. Sentencia por la cual se revoca el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Medellín y, en su lugar, se niegan las peticiones de la demanda. Actor, Joaquín Londoño. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas.. 118

Antioquia. Juicio de nulidad contra la Ordenanza número 3 de 1936, por la cual se crea el Municipio de Tarso. Sentencia por la cual se revoca la apelada del Tribunal Administrativo de Medellín, de fecha 28 de abril de 1937, y en su lugar anula la mencionada Ordenanza número 3. Actor, doctor Luis Guillermo Echeverri. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano 27

Atlántico. Juicio de nulidad del ordinal 7º del artículo 1º de la Ordenanza 81 de 1936. Sentencia por la cual se revoca la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Barranquilla, de 15 de mayo de 1937, y en su lugar se dispone la nulidad del ordinal acusado. Actor, Rafael Miranda. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 216

Recompensas:

Alicia Luján v. de Ronderos. Sentencia por la cual se revoca la providencia de 22 de septiembre de 1937 y en su lugar se le reconoce y manda pagar, de los fondos del Tesoro Nacional, el valor de la recompensa por muerte de su esposo Ricardo Ronderos. Magistrado ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 194

Resoluciones ministeriales:

Págs.

Ministerio de Agricultura y Comercio. Resoluciones de 6 de agosto y 30 de noviembre de 1936. Sentencia por la cual se declaran nulas dichas Resoluciones y se resuelve que con las formalidades legales se expida una patente. Actor, José Díaz. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 212

Ministerio de Gobierno. Juicio de nulidad contra las Resoluciones números 305, de 4 de noviembre de 1936, y 6, de 8 de enero de 1937. Sentencia por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, Ismael Arciniegas. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano 22

Ministerio de Gobierno. Resolución de 17 de octubre de 1937, aprobatoria de la número 47, de 29 de agosto de 1937, de la Policía Nacional. Sentencia por la cual se declara nula en todas sus partes la mencionada Resolución ministerial. Actor, W. Chamberlin Lamb. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda 93

Ministerio de Gobierno. Juicio de nulidad contra las Resoluciones de fechas 18 de agosto y 10 de septiembre de 1936, por las cuales se aprobaron las números 38 y 60 de la Dirección General de la Policía Nacional, de 10 de agosto y 10 de septiembre de 1936, respectivamente. Sentencia por la cual no se accede a declarar la nulidad demandada. Actor, doctor David A. Forero. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 151

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resoluciones números 116, de 28 de mayo, y 256, de 7 de noviembre de 1935. Sentencia por la cual se falla que son nulas dichas Resoluciones. Actor, doctor Pedro Sanz Mazuera. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 132

Salvamento de voto del Consejero doctor Ramón Miranda al fallo anterior 147

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución número R. 1608 H., de fecha 15 de octubre de 1936. Sentencia por la cual se revoca el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Medellín, con fecha 25 de mayo de 1937, y en su lugar se declara que tanto el Tribunal como el Consejo de Estado carecen de jurisdicción. Actores, Félix y Ernesto de Villa. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 64

Ministerio de Industrias y Trabajo. Resoluciones del 24 de junio y del 8 de octubre de 1936. Sentencia por la cual se declaran nulas dichas Resoluciones. Actor, Alfonso Arbeláez V. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 72

Ministerio de Industrias y Trabajo. Resoluciones números 33, de 21 de octubre de 1935, y 2, de 8 de enero de 1936. Sentencia por la cual se falla que son nulas dichas Resoluciones. Actor, doctor Jorge Orozco Valencia. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 197

Suspensión provisional:

Auto que confirma la providencia recurrida del Tribunal Administrativo de Bogotá, por la cual se decretó la suspensión provisional del Acuerdo número 39 de 1937, expedido por el Concejo de Bogotá. Actor, Personero Municipal de Bogotá. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 159

Jurisprudencia 221

Estudios jurídicos:

El control de cambios y el impuesto de residentes. Por el doctor Luis Alberto Bravo 241

Problemas sobre competencia de los Tribunales Administrativos. Por el doctor Guillermo Neira Matéus 247

Gaston Jeze. De los actos jurídicos. Traducción de Carlos Valencia Estrada 269

Bibliografía:

Nota bibliográfica. Por el doctor César Julio Rodríguez 269

ESTUDIOS JURIDICOS

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia

Anales del Consejo de Estado

Relator: Carlos Valencia Estrada

AÑO XX – TOMO XXXIII
NUMEROS 266 A 268

Bogotá – Imprenta Nacional – 1938

Anales del Consejo de Estado

RELATOR: CARLOS VALENCIA ESTRADA

AÑO XX — TOMO XXXIII — Nros. 266 a 268 BOGOTA, ABRIL A JUNIO DE 1938

Rectificación importante

En la entrega precedente de los **Anales** se deslizó un error que debemos rectificar. El dictamen de mayoría acerca del contrato celebrado por el Gobierno Nacional con la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos —Scadta— el 12 de julio de 1933, sobre administración del correo aéreo, dictamen publicado en las páginas 160 y siguientes bajo el título de **Concesión de Servicios Públicos,** aparece allí firmado, sin salvamento de voto, por el honorable Consejero doctor Elías Abad Mesa, cuando en realidad lo fue por el Conjuez doctor **Junio E. Cancino,** a quien pedimos excusas por esta equivocación involuntaria.

El Relator

CONSEJO DE ESTADO
Biblioteca

Reglamentación de la industria de telecomunicaciones

Consejero, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Acusado un decreto como violatorio de una ley, todo el litigio tiene que versar necesariamente sobre la conformidad u oposición entre las normas de la ley y las del decreto y carece en absoluto de objeto elucubrar sobre las facultades que corresponden al que goza de un monopolio, con independencia de las imperativas reglas fijadas por el Estado, que es el único beneficiario de tal régimen.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiuno de octubre de mil novecientos treinta y siete.

El doctor Julio Navarro T., en su carácter de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción pública, presentó a esta corporación demanda de nulidad contra los Decretos Ejecutivos números 1044 de 31 de mayo y 1228 de 30 de junio del corriente año, por los cuales "se reglamenta la Ley 198 de 1936" y "se hacen algunas aclaraciones, adiciones y modificaciones al Decreto número 1044 reglamentario de la Ley 198 de 1936."

Funda el actor su acusación, en que el Gobierno violó, según él, al expedir los mencionados Decretos, los artículos 137 y 138 del Código Fiscal, la misma Ley 198 de 1936 y otras disposiciones de los Códigos Político y Municipal, Judicial y Civil, de las cuales sólo menciona expresamente el artículo 68 del Código de Régimen Político y Municipal. También hace notar que, en su concepto, aquellas providencias administrativas constituyen una errada o arbitraria aplicación del artículo 28 de la Constitución Nacional, el cual reglamentó la intervención del Estado en las industrias, e implican un ataque a la autoridad de la cosa juzgada, en cuanto están en contradicción con la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 7 de octubre de 1936.

En el texto de la demanda, el doctor Navarro pidió la suspensión provisional de los actos acusados, y "especialmente de aquellos artículos cuyo grave perjuicio es notorio." Con el objeto de robustecer esta tesis del grave perjuicio que dice están sufriendo el Estado mismo y diversas entidades y personas públicas y privadas, acompañó a la demanda dos declaraciones de Ramón Cuéllar M. y Manuel J. Gaitán, rendidas bajo la gravedad del juramento, ante el Juez 3º del Circuito en lo Civil de Bogotá, y un memorándum elaborado por la Liga Colombiana de Radio-aficionados, documentos en donde se explican los errores técnicos de que adolecen los Decretos acusados, y se afirma la existencia de serios perjuicios sufridos por varios particulares con motivo de su aplicación.

Aunque el autor acusa los Decretos en su integridad, e igualmente pide en primer término la total suspensión de ellos, contrae especial-

mente sus críticas a veintiuna disposiciones de las mismas providencias, que son las siguientes: Artículos 1º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 17, 22, 30, 31, 32, 33, 34, 100 y 104 del Decreto número 1044, y 1º, 3º, 4º, 9º y 10 del Decreto número 1228. Estos últimos artículos son sustitutivos de otros del anterior Decreto.

Es sabido que para decretar la suspensión de un acto administrativo, acusado de nulidad, debe el juzgador hacer un análisis somero y provisional de la providencia que se somete a su estudio, sin entrar a profundizar los puntos jurídicos materia de la controversia, a fin de poder conservar su libertad de apreciación para el momento de proferir el fallo definitivo, cuando va a tener a la vista todo el cuerpo del proceso, donde con frecuencia hay pruebas y alegaciones que permiten variar el juicio primitivamente formado sobre el negocio respectivo. Es sabido también que para decretar la suspensión, basta encontrar a primera vista una contradicción entre los preceptos objeto de la demanda y una norma de derecho superior, contradicción que es la base indispensable de los perjuicios de carácter público y privado que vienen a experimentar la ciudadanía en conjunto, o alguna o algunas personas particulares.

Es con fundamento en las consideraciones anteriores, como se procede a continuación a considerar las peticiones del demandante, doctor Navarro, y los diversos artículos de los Decretos números 1044 y 1228 de 1937.

Respecto del artículo 1º de ambos Decretos, poniéndolos en correlación con todos los que reglamentan las "instalaciones automáticas destinadas a la recepción de noticias para la prensa o con otros fines comerciales," el demandante afirma que son violatorios de la Ley 198 de 1936, porque ella no contempla sino la instalación y el funcionamiento de estaciones de radiodifusión, y porque dentro de esta última denominación no caben ni las instalaciones automáticas receptoras ni los radioamplificadores de sonido.

Acerca de este punto, la argumentación del actor no es procedente, porque basta leer el artículo 1º de la Ley 198, para convencerse de que la enumeración allí contenida cobija bajo el nombre de telecomunicación todo género de transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos conductores, radio u otros sistemas o procedimientos de señales eléctricas o visuales. Ahora bien: es claro que las estaciones automáticas, destinadas a la recepción de noticias para la prensa o con otros fines comerciales, caben dentro de tan amplia clasificación, que puede ser técnicamente equivocada, pero que está vigente. De la misma manera es indudable que los radioamplificadores de sonido hacen parte de las instalaciones de recepción, puesto que sin ellos ningún sonido, enviado por medio de las ondas hertzianas, sería perceptible al oído. Por lo tanto, el Decreto es legal en cuanto reglamenta el uso de tales elementos de telecomunicación. Otra cosa es, como se verá más adelante, que pueda o nó gravarse el empleo de los mismos elementos.

Respecto del artículo 9º del primer Decreto, observa el doctor Navarro que es ilegal, en cuanto anuncia hacer objeto de reglamentación especial las instalaciones destinadas a otros servicios, de tal manera que cualquier actividad diferente de las telecomunicaciones, podría caer bajo el dominio de tal reglamentación. El argumento no rige, porque la inteligencia recta de la disposición es que se prevén solamente servicios de telecomunicación, y porque, además, un mero propósito en abstracto no puede considerarse como violatorio de la ley.

El artículo 11 es ilegal a primera vista, porque autoriza al Gobierno a señalar plazos para la construcción de estaciones, y porque prohibe a los constructores continuar los trabajos una vez que ha expirado el

término. No hay texto alguno en la Ley 198 ni en ninguna otra, que pudiera invocarse por analogía para fundar esta disposición del Decreto. La facultad de imponer el otorgamiento de una licencia no comprende la de someter a los particulares a términos arbitrarios, que para nada interesan lo que la Corte Suprema llamó en su sentencia de 7 de octubre de 1936 el orden público exterior en materia de Policía.

El artículo 13 del primer Decreto es ilegal a primera vista, en cuanto exige precisamente que los Gerentes de las compañías que instalen estaciones sean colombianos. Habiendo autorizado la ley solamente a las entidades o personas colombianas a establecer servicios de radiodifusión telefónica, podía el Decreto precisar lo que se entiende por compañías controladas por colombianos. Pero no podía exigir que sean colombianos los Gerentes, pues el control del elemento colombiano radica en la propiedad de las acciones y en los elementos que constituyen la Junta Directiva. También es ilegal el Decreto en cuanto exige el requisito del control colombiano a toda compañía que se ocupe de la instalación de cualquier género de estaciones de radiocomunicación, pues el artículo 5º de la Ley 198 se refiere exclusivamente a la explotación de estaciones de radiodifusión telefónica y define expresamente ese género de telecomunicación, como "aquella que tiene por objeto la difusión de emisiones radiofónicas, esencialmente destinadas a ser recibidas por el público en general." Todas las formas de telecomunicación que no encajen dentro de este concepto pueden, por lo tanto, ser instaladas por personas o compañías extranjeras.

Respecto del término de vigencia de las licencias, bien que no esté previsto en la ley, constituye un desarrollo normal de ella, puesto que si la autorización es indefinida, se harían nugatorios los fines perseguidos por el legislador al establecer el sistema de la licencia. Esto entra perfectamente dentro de la esfera técnica de la reglamentación de las telecomunicaciones que la Corte Suprema reconoció amplisimamente al Gobierno. Si las licencias fueran de duración ilimitada, se haría imposible aplicar los programas de la técnica al orden público exterior de Policía en materia de telecomunicaciones.

El artículo 15 del primer Decreto, es ilegal en cuanto exige para otorgar las licencias para las clases de radiocomunicación números X, XI y XII el concepto favorable de los Alcaldes. Puede exigirse el concepto previo de estos funcionarios, pero no ligar la decisión del Gobierno a la opinión de ellos, puesto que tal cosa no la autoriza la ley ni se explica por razones técnicas.

Respecto del artículo 16 del primer Decreto, modificado por el artículo 4º del segundo, no hay nada qué observar; pero el parágrafo que se mantuvo idéntico es, a primera vista, ilegal. Una licencia es un derecho que no puede quedar a merced de vicisitudes y arbitrariedades. Por lo tanto, no pueden imponerse continuos cambios en las condiciones señaladas para el ejercicio de las licencias.

El artículo 29 del primer Decreto es, a primera vista, ilegal. En materia del porcentaje de empleados colombianos en las empresas industriales, sólo pueden ser obligatorias las disposiciones de la ley que reglamentó la materia, y que es la 149 de 1936. Las condiciones más rígidas, fijadas en el artículo 29, contravienen esas reglas y son por lo tanto inaceptables.

El artículo 30 del primer Decreto, sustituido por el 9º del segundo, es, a primera vista, ilegal en cuanto impone aviso previo y prueba de autorización especial para la retransmisión de programas de estaciones extranjeras o nacionales. Ni la Ley 198 de 1936, ni la Convención de Madrid, autorizan esta restricción que extralimita la esfera reglamentaria. Respecto de estas materias, no pueden alegarse las disposiciones sobre propiedad literaria y artística.

El artículo 31 del primer Decreto, también es ilegal a primera vista, en cuanto ordena el uso exclusivo del idioma castellano en las transmisiones. No hay base en la ley para imponer esta restricción, que es absoluta e inconveniente. Es elemento de la libertad de palabra reconocida por la Constitución y respetada por la Ley 198, el uso libre de los idiomas. Y en ningún caso sería justo colocar en inferioridad a la radiodifusión, respecto de la prensa y el cinematógrafo parlante.

El artículo 32 del primer Decreto, es ilegal a primera vista, en cuanto impide a los concesionarios de estaciones suspender su negocio durante el tiempo que lo tengan a bien. La renuncia al ejercicio del derecho es siempre lícita. No hay texto legal que en el caso concreto establezca lo contrario.

El artículo 33 del primer Decreto, modificado por el 10 del segundo, es a primera vista ilegal, casi en su totalidad. La minuciosa reglamentación de los programas que en esos dos textos se organiza, carece de todo fundamento legal, pues extralimita las previsiones de la Ley 198. Las normas allí consignadas son, por lo general, inoportunas e inconvenientes, y limitan arbitrariamente el ejercicio de un negocio lícito. Nada tienen que ver tales normas con las exigencias de la técnica, ni con el orden público exterior de Policía. Y no se comprende que la prensa permanezca libre para anunciar como lo tenga a bien, mientras que el radio queda maniatado a este respecto. En la parte de su exposición que se refiere a estos puntos, el demandante aduce argumentos enteramente justos.

Pero es legal la limitación de la licencia para el funcionamiento de las estaciones del grupo I D a los lugares donde no existen estaciones de las comprendidas en la clase I, grupos I A, I B e I C, y a una distancia de éstas no menor de 50 kilómetros (Parte pertinente del artículo 33 del Decreto 1044 y del 10 del 1228) por tratarse de una exigencia de orden técnico.

También es legal la parte del artículo 33, en que se dispone señalar horas para las emisiones difundidas por medio de amplificadores (altoparlantes) de las clases XI y XII, pues éste sí es un punto de orden público exterior de Policía, en cuanto perturba al público la audición obligatoria de programas de información y propaganda, emitidos en las calles y lugares abiertos.

El artículo 34 del primer Decreto, es ilegal a primera vista en cuanto grava las estaciones de las clases III y IV, que no caben dentro de la definición que de radiodifusión telefónica da el artículo 5º de la Ley 198 de 1936. También son ilegales los impuestos establecidos, respecto de las clases X, XI y XII, en cuanto se pretenda gravar los simples amplificadores de sonido o amplificadores de audio, es decir, los amplificadores que no constituyen elementos de pura radiodifusión telefónica. Y en cuanto se pretenda gravar los aparatos receptores ordinarios por el hecho de estar todos dotados de un amplificador de sonido.

El artículo 36 del primer Decreto, es ilegal a primera vista, en cuanto exige a las estaciones radiodifusoras culturales la transmisión de un veinte por ciento de música colombiana, no grabada. Como ya se dijo, la reglamentación de los programas contradice las normas legales.

El artículo 37 es ilegal, a primera vista, en cuanto contempla la aplicación de reglas que han sido ya indicadas como ilegales.

El artículo 41 del primer Decreto es ilegal, a primera vista, en cuanto obliga a los concesionarios de estaciones a desempeñar comisiones científicas del Gobierno y a comunicar gratuitamente sus investigaciones y descubrimientos. La Ley 198 no prevé esta norma, que constituye una carga inaceptable para los ciudadanos.

El artículo 43 del primer Decreto es ilegal, a primera vista, pues tampoco está de acuerdo con la ley. Se trata de una carga arbitraria, impuesta a la industria de transportes, por conveniente que se la suponga.

El artículo 74 es ilegal, a primera vista, en cuanto se pretenda, a título de información sobre las actividades de una estación de aficionado, obligar al concesionario a revelar los descubrimientos o investigaciones que haya hecho por medio de su esfuerzo personal.

El artículo 83 es ilegal, a primera vista, en cuanto exige que todos los operadores de radio deben ser colombianos. Ya se dijo que sólo obliga el porcentaje de empleados colombianos señalado por la Ley 149 de 1936.

El artículo 87 es ilegal, a primera vista, porque exige que los locutores sean de nacionalidad colombiana e impone autorización previa y presentación de exámenes para ejercer el empleo de locutor. Esta última norma no está autorizada por la ley, ni se funda en razones de seguridad y de técnica, como en el caso de los operadores.

El artículo 99 es ilegal, a primera vista, pues no se pueden tomar de antemano disposiciones para el caso de turbación del orden público, por medio de decretos. Turbado el orden en concreto, pueden dictarse los decretos legislativos que sean del caso.

El artículo 100 ha sido tachado de ilegal en cuanto exige responsabilidad en primer término a los concesionarios de estaciones con motivo de la violación de las leyes, aun cuando los actos hayan sido ejecutados por terceros. Esta disposición es una ampliación de la norma establecida respecto de la prensa, por el artículo 40 de la Ley 61 de 1898, puesta de nuevo en vigencia por la Ley 1ª de 1909, y se justifica por la necesidad de centralizar las responsabilidades en los casos como el de la radiodifusión, pues es un medio de publicidad del pensamiento. De otro modo sería casi imposible en la práctica hacer efectivas las sanciones.

El artículo 104 es ilegal, a primera vista, pues las leyes no han protegido la propiedad literaria y artística, sino dentro de límites precisos, y de otra parte es muy discutible que un servicio de noticias de prensa constituya propiedad literaria. Leer un periódico por radio es un derecho que hasta ahora no ha sido limitado por la ley.

Los artículos 107, 108 y 110 son ilegales, en cuanto establecen como pena la clausura de las estaciones o la cancelación de las licencias. El Gobierno sólo puede establecer multas para los que desobedezcan sus providencias, de acuerdo con el artículo 68, numeral 16, de la Ley 4ª de 1913. Puede también, en ejercicio de la facultad de coerción, suspender transitoriamente una estación para evitar desórdenes de carácter técnico o la comisión de delitos. Pero no puede imponer penas que no estén señaladas en las leyes.

El artículo 111 es ilegal, a primera vista, por las razones que acaban de exponerse, y el 112 también lo es, puesto que ya se vio que no pueden exigirse autorizaciones para ejercer el empleo de anunciador o locutor.

Como puede observarse al través de esta minuciosa exposición, los Decretos números 1044 y 1228 de 1937, contradicen notoriamente el texto y el espíritu de la Ley 198 de 1936, y se apartan en muchísimos puntos de su criterio y finalidades, al introducir, a título de reglamentación, una serie de principios y restricciones que no pueden derivarse de los textos elaborados por el legislador. Al entrabar y complicar actividades que la Ley 198 dejó al libre buen juicio de los particulares, perturba la aplicación recta y benéfica de esa fuente superior de derecho.

Cuando se trata del ejercicio de la acción pública, tiene establecida el Consejo la doctrina de que la evidente violación de la ley causa, desde luégo, un grave perjuicio público. Pero en el caso presente, el de-

mandante ha aducido pruebas respecto de perjuicios concretos, experimentados por diversas personas y entidades, con motivo de la vigencia de los Decretos. Se hallan reunidas, pues, las condiciones que permiten aplicar el ordinal d) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913.

A virtud de las consideraciones expuestas, se resuelve:

1º Admítese la demanda de nulidad, a que se ha hecho referencia, formulada por el doctor Julio Navarro T.

2º Notifíquese la demanda al señor Fiscal del Consejo.

3º Fíjese el negocio en lista, por el término de cinco días, para el efecto de la solicitud de pruebas por quienes tengan derecho a ello.

4º Decrétase la suspensión provisional de los siguientes artículos del Decreto 1044 de 1936:

El artículo 11, en su integridad.

El artículo 13, en cuanto exige precisamente que los Gerentes de las compañías que instalen estaciones sean colombianos, y en cuanto exige el requisito del control colombiano a compañías que no se ocupan de radiodifusión telefónica, entendida como la "difusión de emisiones radiofónicas esencialmente destinadas a ser recibidas por el público en general," sino de otras formas de telecomunicación.

El artículo 15, en cuanto hace depender el otorgamiento de las licencias para las clases de radiocomunicación números X, XI y XII del concepto favorable de los Alcaldes.

El parágrafo del artículo 16, en su totalidad.

El artículo 29, en su totalidad.

El artículo 30, modificado por el 9º del Decreto 1228, en su totalidad.

El artículo 31, en su totalidad.

El artículo 32, en su totalidad.

El artículo 33, modificado por el artículo 10 del Decreto número 1228, en su totalidad, salvo el aparte en que limita las licencias para el funcionamiento de las estaciones del grupo I D a los lugares donde existan estaciones de las comprendidas en la clase I, grupos I A, I B e I C, y a una distancia de éstas no menor de 50 kilómetros; y el aparte donde se dispone señalar horas determinadas para las emisiones difundidas por medio de amplificadores de las clases XI y XII.

El artículo 34, en cuanto grava las estaciones de las clases III y IV y en cuanto al establecer el gravamen de las clases X, XI y XII se pretenda gravar los aparatos receptores ordinarios por el hecho de estar dotados de amplificadores de sonido.

El artículo 36, en cuanto exige a las estaciones radiodifusoras culturales la transmisión de un 20 por 100 de música colombiana no grabada.

El artículo 37, en cuanto contempla la aplicación de reglas que quedan suspendidas.

El artículo 41, en cuanto obliga a los concesionarios a desempeñar comisiones científicas del Gobierno y a comunicar gratuitamente sus investigaciones y descubrimientos.

El artículo 43, en su totalidad.

El artículo 74, en cuanto exige que todos los operadores de radio deben ser colombianos.

El artículo 87, en su integridad.

El artículo 99, en su integridad.

El artículo 104, en su integridad.

Los artículos 107, 108 y 110, en cuanto establecen como pena la clausura de las estaciones o la cancelación de las licencias.

El artículo 111, en su integridad.

El artículo 112, en su integridad.

5º Se suspenden también los siguientes artículos del Decreto número 1228 de 1936:

El artículo 4º, en la parte que constituye su parágrafo, el cual es idéntico al del artículo 16 del Decreto 1044.

El artículo 9º, en su integridad.

El artículo 10, salvo en la parte donde reproduce la disposición relativa al grupo I D, que se dejó vigente al suspender el artículo 33 del Decreto número 1044.

El artículo 11, en cuanto establece un impuesto para la clase IV y en cuanto se pretenda gravar dentro de la clase XII los simples amplificadores de sonido o amplificadores de audio.

El artículo 16, en su integridad.

El artículo 18, en cuanto establece como pena la suspensión temporal de la licencia o la clausura de la estación.

Notifíquese y comuníquese al Ministerio de Correos y Telégrafos.

Carlos Lozano y Lozano—Luis E. García V., Secretario.

—

CONSEJO DE ESTADO

Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

Dentro de la demanda que sigue ante el Consejo de Estado el doctor Julio Navarro T., contra los Decretos números 1044 y 1228, dictados por el Organo Ejecutivo del Poder Público, solicitó la suspensión provisional de los actos acusados. El suscrito Consejero accedió en parte a esta solicitud, decretando la suspensión de algunos artículos de dichos Decretos, que juzgó ilegales y susceptibles de ocasionar notorios perjuicios públicos.

Contra esta última providencia ha "invocado" el señor Fiscal del Consejo el recurso de reposición y también el de apelación para el caso de que no se acceda a resolver conforme a sus peticiones. Sobre la base de que el Agente del Ministerio Público ha querido decir interponer en donde dice invocar, se le ha dado, y seguirá dando, a los recursos a que se refiere su memorial, el curso correspondiente.

Es muy extenso y conceptuoso el escrito del señor Fiscal, y en él se tratan tan detenidamente los problemas jurídicos a que da lugar el juicio iniciado por el doctor Navarro, que su exposición equivale de antemano a una vista de fondo. Por esa circunstancia, el suscrito Consejero ha vacilado antes de redactar el presente auto, por el temor de colocarse en un terreno que llegue a implicar un prejuzgamiento del negocio; pero no pudiendo tampoco dar asidero a que se juzgue que su decisión anterior hubiera sido adoptada sin suficiente estudio o meditación, procede a consignar en seguida, haciendo un esfuerzo por internarse lo menos posible en los aspectos esenciales del asunto, las observaciones que sugiere el trabajo de la Fiscalía.

A pesar de su notoria extensión, el memorial que se comenta está fundado en tres argumentos, prolijamente repetidos: Primero. Que los problemas a que da lugar el fenómeno de las telecomunicaciones y singularmente el de la radiodifusión, son graves, trascendentales, dignos de mucho cuidado y atención, desde el momento en que presentan aspectos administrativos, políticos, económicos, sociales, internacionales. El señor Fiscal hace al suscrito un encarecido llamamiento para que considere tales factores. Segundo. Que la Ley 198 de 1936 estableció a favor del Estado colombiano el monopolio del servicio de telecomunicaciones, de tal manera que la radiodifusión y demás servicios reglamentados por los Decretos números 1044 y 1228 de 1937, no constituyen una industria libre, sino una concesión otorgada a favor de ciertas personas para la prestación de un servicio público. Tercero. Que las normas expedidas por el Ejecutivo "en orden al mejor funcionamien-

to de los servicios que se trata de autorizar, aceptadas por el concesionario, como tántas veces se ha dicho, quedan con el carácter de estipulación contractual." Por lo demás, el concepto fiscal, que contiene reflexiones atinadas y apreciables puntos de vista, descansa, sin embargo, sobre un triple error presentado bajo múltiples formas, error que consiste en una confusión entre algunos conceptos que son, no obstante, claramente diversos, o sea los de Estado y Gobierno, los de ley y decreto y los de licencia y contrato.

Que sean las telecomunicaciones, la radiodifusión y la perifonía asuntos merecedores de la más seria atención y dignos de ser maduramente debatidos, nadie lo discute. Por eso el suscrito Consejero tuvo a la vista, para redactar su auto de fecha 21 de octubre pasado, no sólo las leyes y decretos pertinentes, sino también las convenciones internacionales que se han celebrado sobre la materia, la sentencia de la Corte Suprema que definió algunas cuestiones relacionadas con el problema, y varios libros escritos por personas expertas, que le permitieran captar, en la medida de lo posible, los aspectos técnicos que presenta el litigio. Por eso, en vez de limitarse a suspender los artículos que, según su opinión eran ilegales, como hubiera podido hacerlo dentro del criterio discrecional que la ley le concede, motivó su auto tan ampliamente como lo creyó compatible con la índole de la suspensión provisional, sin que la ausencia de completas elucubraciones sobre los múltiples factores que dan a estas cuestiones tánta importancia y tan marcado sello contemporáneo, pueda interpretarse como olvido o pretermisión de ellos. Pero no sobra advertir que precisamente por representar las telecomunicaciones un problema de gran magnitud, hubiera debido ser tratado por el legislador de una manera científica, extensa y completa, sin las graves y numerosas deficiencias que se observan en la Ley 198 de 1936, y que el suscrito Consejero de Estado no puede subsanar, aun pasando por la pena de no atender las apremiantes exhortaciones del señor Fiscal.

Que la ley a que acaba de aludirse hubiera establecido, a favor del Estado, un monopolio, es tesis que debe aceptarse, dada la forma de los textos legales, sin entrar a dilucidar en toda su amplitud y complejidad este arduo problema, dentro de esta etapa del juicio, cualesquiera que sean las incertidumbres que suscita la cuestión. Por eso hubo de partirse de esa base en la providencia anterior, donde se habló de negocio licito, actividad benéfica, esfuerzo honorable, pero no como lo insinúa el señor Fiscal, de industria libre.

Ahora bien: cuando el Estado asume el monopolio de una rama industrial, es claro que los particulares quedan sometidos a un régimen especialísimo: de ninguna manera pueden ocuparse en la actividad monopolizada, sino con autorización suficiente otorgada por el beneficiario. Pero, desde luégo, la forma, los requisitos y el alcance de tal autorización, dependen de la voluntad del Estado, y pueden oscilar dentro de una amplísima escala que, a veces, llega hasta una restricción extremada, y a veces es compatible con una dilatada capacidad de iniciativa y movimiento. No es, en manera alguna, cierto que, pronunciada la palabra monopolio, se cierre toda posibilidad de discriminación y de análisis, como si todos los monopolios fueran legalmente idénticos en su ejercicio.

¿Y cuál es la autoridad encargada de definir este asunto, cuál es el órgano del Poder Público que fija los limites y características del monopolio? No puede vacilarse en considerar que es el Congreso, o sea la Representación Nacional, puesto que se trata de organizar la administración de una parte del patrimonio nacional, y puesto que el artículo 27 de la Constitución dispone expresamente que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de

una ley, y carece por entero de apoyo jurídico la opinión de que el Ejecutivo pueda recortar, menoscabar, estorbar o hacer nugatoria dicha esfera de actividad, por su propia iniciativa, aun contra expresa norma legal.

Hecha esta sencilla, pero fundamental aclaración, todo el escrito del señor Fiscal se resquebraja, puesto que parte de la base de que por haber asumido el Estado un monopolio, puede el Gobierno organizarlo como lo tenga a bien, o dentro del concepto que libremente se forme del bien público, en relación con el asunto.

Acusado un decreto como violatorio de una ley, todo el litigio tiene que versar necesariamente sobre la conformidad u oposición entre las normas de la ley y las del decreto, y carece en absoluto de objeto elucubrar sobre las facultades que corresponden al que goza de un monopolio, con independencia de las imperativas reglas fijadas por el Estado, que es el único beneficiario de tal régimen. Así, por ejemplo, habiendo en el caso que se contempla, resuelto el Estado, por medio de la ley, otorgar a los particulares la facultad de explotar la industria de telecomunicaciones, a virtud de la expedición de una simple licencia, sería superfluo y absoluto argumentar que no debía permitirse tal sistema, aunque es sumamente raro y difícilmente conciliable con la índole del monopolio. Como sería inadmisible pretender que el Gobierno pudiera derogar o suprimir esa previsión del legislador. De ahí que no sea procedente toda la alarma que el señor Fiscal manifiesta al defender, no sólo ésta sino muchas otras reservas nacionales, como los baldíos y las minas, contra los efectos disolventes de la modesta suspensión de unos pocos preceptos de un decreto reglamentario, pues resulta de una claridad meridiana que el Gobierno no puede tampoco modificar por medio de decretos el régimen de los baldíos y de las minas, contra las prescripciones de las leyes respectivas, a menos que exista autorización expresa del legislador. Y de ahí que sea raro que el señor Fiscal, para sostener la legalidad de los Decretos 1044 y 1228 de 1937, se hubiera enfrascado en argumentaciones generales, por lo demás muy sensatas, sobre los derechos que, como beneficiario de un monopolio adquiere el Estado, en vez de confrontar la Ley 198 de 1936 con los actos reglamentarios.

El Agente del Ministerio Público no ha sustentado la tesis de que los decretos tengan el mismo alcance y valor de las leyes, pero en cambio todo el contexto de su exposición está indicando que profesa el concepto de que la potestad reglamentaria otorgada por la Constitución al Presidente de la República, se extiende hasta permitirle contravenir el espíritu y el texto de las leyes que reglamenta, o introducirles normas o institutos nuevos, no previstos por el legislador y en manera alguna indispensables para el desarrollo, ejecución y vida práctica de la ley, pues de lo contrario sería inexplicable su apelación constante a ciertos conceptos generales como el de servicio público, el de sentido social, el de derecho moderno, para justificar los decretos, como si no hubiera ley que hizo uso de tales criterios hasta un límite que ella misma se trazó en ejercicio de facultades incontestables. Sin embargo, el mismo señor Fiscal estampa en la página 16 de su alegato esta frase que en el fondo anula todas las anteriores y que habría podido relevar al sustanciador de toda réplica: "Por lo demás, es el caso de que debiendo el Gobierno expedir las licencias para la explotación de estaciones radiodifusoras y teniendo constitucionalmente la facultad de reglamentar las leyes, bien puede, sin salirse de las normas que EN CADA CASO HAYA TRAZADO EL LEGISLADOR, dictar las medidas que considere equitativas en orden al mejor funcionamiento del servicio que se trata de autorizar."

Pero planteada como está la sugestión de que bastan ciertos conceptos abstractos, tan laudables como quiera suponérseles, y una declaración de monopolio a favor del Estado, para erigir al Organo Ejecutivo en Organo Legislativo, es indispensable fijar la cuestión en su verdadera luz tan brevemente como sea posible. Y es pertinente comenzar por una observación preliminar relativa a la Ley 198 de 1936, que en su artículo 3º dijo lo siguiente: "Los servicios a que se refiere el artículo 1º se subordinan, en lo internacional.... En lo interno, a las disposiciones contenidas en leyes especiales y a los reglamentos del Gobierno CONCORDANTES con éstas, sin perjuicio de aplicar también, en cuanto sean compatibles con la ley, las disposiciones internacionales." Este texto clarísimo hace, pues, todavía más nítida y rigurosa para el caso que se está ventilando, la subordinación completa del decreto a la ley en que se fundó el auto de suspensión provisional.

Para precisar la parte esencial del asunto, basta citar en seguida los repetidos conceptos de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, que hacen inútil otro comentario del suscrito, pues tienen una autoridad inmensamente mayor, suficiente quizá para modificar el criterio del señor Fiscal. Ha dicho la Corte:

"No hay duda de que si los Juzgados de Prensa y Orden Público hubieran sido suprimidos en virtud del Decreto acusado, él habría sido abiertamente inconstitucional, porque el Ejecutivo, dentro de la potestad reglamentaria, no puede modificar o derogar las leyes; su misión se reduce en esos casos como lo ha dicho en distintas ocasiones esta Corte, el Gobierno, (sic) al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en Legislador; él no puede variar en lo mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del Legislador, consignada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta." (Sentencia de fecha septiembre 28 de 1930, *Gaceta Judicial,* Tomo XXXVII, número 1878, página 628).

"Con arreglo al artículo 120 de la Constitución, ordinal 3º, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria expidiendo órdenes, decretos y resoluciones, necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. Por manera que los actos que puede ejecutar, en ejercicio de esa potestad, tienen que ser necesarios y encaminados a la cumplida ejecución de la ley, esto es, deben ser indispensables para la efectividad práctica de ésta y tienen que ajustarse EXACTAMENTE a su intención y espíritu, so pena de ser evidentemente inconstitucionales." (Sentencia de fecha octubre 9 de 1924, *Gaceta,* Tomo XXXI, número 1605, página 101).

"Naturalmente, si el impuesto sobre la renta se les hace efectivo a esos accionistas con el gravamen del 3 por 100, como producida su renta por solo capital, siguiendo las reglas de los artículos acusados, 4º del Decreto número 1827 y 8º del Decreto número 2406 bis, del mismo año, de que las sociedades anónimas pagan el gravamen más alto por ser las rentas de ellas producidas por capital únicamente, entonces hay necesidad de admitir que los artículos de que se trata extralimitan la ley, que con ellos se reglamenta; y como la potestad reglamentaria supone necesariamente el imperio de la ley, pues la reglamentación no tiene otro objeto que hacer posible el ESTRICTO cumplimiento de la ley, la extralimitación de ésta por obra de la reglamentación, constituye una VIOLACION de la ley; se puede decir entonces que la reglamentación es una ley que emana, no del legislador, único que puede hacer leyes, sino del Poder Ejecutivo, lo que contraría los principios constitucionales consagrados en los artículos 57, 58, 76, inciso 1º y 120, ordinal 3º, de la Carta Fundamental." (Sentencia de fecha abril 24 de 1922, *Gaceta,* Tomo XXIX, número 1508, página 158).

Existen algunos otros fallos en idéntico sentido, pero sería inútil acumular las citas, y conviene, por lo tanto, pasar a otro punto.

El señor Fiscal estima que las prescripciones del Decreto pueden admitir la justificación que les da la conformidad de algunos individuos, la cual les comunica el carácter de estipulación contractual. Este argumento está expresado reiteradamente. Ahora bien: que un decreto, en cuanto sus disposiciones puedan insertarse en el contrato que eventualmente celebre la administración pública con un ciudadano, adquiera el valor legal que le faltaba, pudiendo ser alegado en contra del público, de la ciudadanía, por ese solo hecho, es tesis tan inusitada, que se refuta con sólo expresarla. Si ella fuera cierta, todos los contratos que se celebren con el Organo Ejecutivo adquirirían el carácter de leyes. No pudiendo aceptar el suscrito Magistrado que la Fiscalía haya tenido la intención de sustentar esta idea, se ve obligado a interpretar los conceptos que se citaron en la primera parte de este escrito, en el sentido enteramente justo, pero ajeno a la controversia que se ventila, de que cuando un particular se somete por medio de contrato a las cláusulas del decreto, queda él obligado a respetarlas. Mas los decretos reglamentarios han sido acusados en acción pública, como violatorios de la ley, y no dejan de serlo, porque uno o muchos individuos se someten contractualmente a ellos. Y, de otra parte, como ya se dijo, es inadmisible confundir un contrato con una licencia. El que obtiene una licencia no ha intervenido para nada en su expedición; se ha limitado a solicitarla. El no puede prestar su consentimiento para un acto administrativo, que corresponde a la autoridad, y que procede de facultades que le son peculiares. El particular se somete a los términos de la licencia en la misma forma en que se somete a los de las resoluciones y decretos, o para decirlo mejor, toda licencia es una resolución.

Objeta el señor Agente del Ministerio Público el auto de suspensión provisional de que se ha venido hablando, por haber el suscrito Magistrado afirmado allí que basta el perjuicio público que la flagrante violación de la ley produce inevitablemente, para suspender un decreto a primera vista contradictorio con las normas legales que dice reglamentar, porque, estima el Fiscal, que la contradicción con la ley es objeto de la sentencia definitiva y no puede establecerse de antemano. Es enteramente obvio que esta original doctrina equivale a suprimir de un tajo el sistema de la suspensión provisional, puesto que una de las jurisprudencias más antiguas, sólidas y arraigadas del Consejo de Estado, es la de que no basta el perjuicio notoriamente grave para suspender una providencia dada, si no aparece, *prima facie*, como violatoria de la ley. El respetable antecesor del suscrito, doctor Alberto Pumarejo, reafirmó, una vez más, esta tesis en términos particularmente enfáticos. Así, pues, si la suspensión requiere *sine qua non* el contraste entre el acto administrativo y la norma de derecho superior, y si ese contraste sólo puede afirmarse después de la sentencia definitiva, sería muy interesante suspender un decreto u ordenanza, una vez que han sido anulados. No parece necesario insistir sobre este particular.

Es el caso ahora de pasar revista en forma estrictamente sintética a los diversos artículos suspendidos, que el señor Fiscal comentó en su memorial de reposición.

Sostiene la Fiscalía que el artículo 11 del Decreto número 1044 es conveniente y útil, porque defiende la libertad de los canales para el público, evitando el acaparamiento, especialmente por obra de extranjeros. No dice por qué razón sea legal este precepto que extralimita la ley. Respondiendo, por lo tanto, apenas al argumento de conveniencia pública, debe observarse que el artículo no resuelve el problema, puesto que bastaría a las empresas ricas, no a las extranjeras, que no pueden ser concesionarias de radiodifusión, construir rápidamente mul-

titud de estaciones. Lo que sí puede el Gobierno, dentro de su libertad de acción en asuntos de estricta técnica, es establecer la norma de que se otorgue a otra persona el uso de un canal, cuando el beneficiario no lo aprovecha. Pero no impedirle que adelante su construcción.

Dice el señor Fiscal que no es ilegal el artículo 13, porque tratándose de un monopolio, de una cosa que pertenece al Estado, todo influjo de extranjeros es peligroso. No se comprenden las razones que haya para emitir este concepto, cuando millares de extranjeros de todas nacionalidades han servido honorablemente al través de un siglo a la causa del progreso del país en muchas empresas nacionales. Pero lo único que debe discutirse aquí es si la ley autoriza a hacer la exigencia de que los gerentes de las estaciones radiodifusoras sean colombianos. Se responde que nó, pues el control de una compañía y su orientación no están en poder del gerente, sino de los órganos señalados al efecto.

Respecto del parágrafo del artículo 16, la Fiscalía estima que por tratarse de un ramo científico en evolución puede cambiarse en todo momento a los beneficiarios de la licencia las condiciones de ella o negárseles en adelante. Avanzados expositores de Derecho Administrativo reconocen a las entidades públicas el derecho de modificar de tiempo en tiempo las reglas relativas de un servicio público. Pero nuestra legislación no ha definido siquiera la categoría de los contratos administrativos, y apenas cursa ahora un proyecto para facultar al Consejo de Estado, previo juicio, a modificar ciertos contratos. Sobra advertir que no parece un simple auto de suspensión provisional el documento adecuado para crear un régimen tan vasto y tan grave como el que algunos han llamado la ley del servicio público, sin tener de otra parte antecedente alguno legal o jurisdiccional sobre la materia. Lo único que aparece claro es que el decreto extralimita en este punto la ley.

Con relación al artículo 29 afirma el señor Fiscal que basta el monopolio sobre las telecomunicaciones para paralizar la vigencia de la ley 149 de 1936. Ya atrás se refutó la doctrina de que la existencia de un monopolio pueda cambiar las circunstancias de subordinación de un decreto respecto de la ley que dice reglamentar. Parece inútil agregar que, con mucho mayor razón, resulta claro que un decreto no puede contravenir otras leyes diferentes, pues en este caso no se puede hablar de extensión mayor o menor de la potestad reglamentaria.

Dice el señor Fiscal que es legal el artículo 30 del Decreto 1044, modificado por el 9º del 1228, porque no pueden unos ciudadanos aprovecharse del esfuerzo de otros. Se dijo en el primer auto que respecto de este punto no son aplicables las disposiciones sobre propiedad literaria, tesis que no ha sido contestada. Y bien sabido es que, aun dentro de este terreno, a falta de tratados sobre la materia, la propiedad extranjera no goza de las mismas garantías que la nacional. En el caso de la radiodifusión, las estaciones del Exterior ven con buenos ojos la retransmisión de sus programas, y además parece superflua una protección de esta naturaleza, cuando basta abrir el aparato receptor para escuchar gratuitamente las diversas estaciones del mundo. Las Convenciones Internacionales no han dispuesto nada sobre este punto. Por lo demás, la radiodifusión es esencialmente un medio de difusión del pensamiento, y a nadie puede prohibírsele retransmitir en el interior una determinada audición, salvo precepto expreso de la ley.

Respecto del artículo 31, opina la Fiscalía que la exigencia del idioma castellano se desprende del hecho de que la radiodifusión ha sido reservada para las empresas controladas por colombianos. No rige el argumento, porque la cultura y la ciencia no tienen fronteras. Lo que se ha querido reservar para los colombianos es la explotación de las concesiones. El Decreto contradice la Ley en este particular. La necesidad de nombrar un empleado para atender a la seguridad y moralidad

en el caso de idiomas extranjeros, no es razón para violentar la voluntad del Legislador.

Respecto del artículo 32, la Fiscalía hace uso del argumento de que está de por medio un servicio público. Ya se dijo que se trata de un servicio público, organizado por una ley, y en el caso que se contempla, el Decreto sale de la esfera reglamentaria. Se dijo también que grandes iniciativas jurisprudenciales no es procedente tomarlas en autos interlocutorios. Pero es bien claro que hay una diferencia inmensa entre la suspensión de un servicio indispensable, como el de transporte o el de provisión de alimentos, y un servicio destinado puramente al entretenimiento de los ciudadanos, que en manera alguna se afectan cuando por cualquier accidente deja de funcionar una estación, habiendo muchísimas otras.

Dice el señor Fiscal, respecto del artículo 33 del primer Decreto, modificado por el 10º del segundo, y que es precisamente el que mayores perjuicios ha traído para el público, que aplicando el criterio del servicio resulta legal. Es la misma tesis tántas veces contestada, y analizada a espacio en la primera parte de este auto. Pero que se permita al suscrito agregar que el criterio del servicio público robustece la oportunidad de la suspensión. Aquellas normas han limitado la capacidad de instrucción y de cultura del pueblo, porque embarazan gravemente la transmisión de la música extranjera de alta técnica, que sólo por medio de discos puede venir a deleitar y educar a los colombianos. El suscrito ha sido informado de que una estación cultural tuvo que cerrarse cuando se vio obligada a someter sus programas al discutible gusto artístico de un empelado subalterno del ramo de Telégrafos, que ha adquirido también el privilegio de dominar las cuestiones gramaticales y filosóficas y de decapitar la expansión del folk-lore colombiano que todos los países estimulan. Francamente ilegal el artículo 33, es además muy perjudicial para el público, en concepto del suscrito Consejero.

Estima la Fiscalía que el artículo 34 no merece reparo, pues aunque se aparta de la Ley 198, el Gobierno quedó autorizado para exigir contraprestaciones de la concepción de las licencias, desde cuando se estableció el monopolio del Estado. El verdadero alcance de los derechos señalados a los permisionarios de las estaciones radiodifusoras parece encajar jurídicamente dentro del concepto de tasa, que según la doctrina de los expositores, es lo que está autorizado a percibir el beneficiario del monopolio. Pero aún admitiendo que se trate de una contraprestación, es claro que después de señalar taxativamente una ley las que deben cobrarse, el Gobierno no puede agregar otras, porque el silencio del Organo Legislativo equivale a una liberalidad enteramente razonable, pues las especies de telecomunicación que no fueron mencionadas por el legislador, no consienten como las otras, apreciables proventos a los propietarios de las instalaciones. Otra vez se insinúa en esta parte del escrito del señor Fiscal la confusión entre Estado y Gobierno. Y, como él mismo lo dice, el pie en que quedaron estos servicios después de la sentencia de la Corte, varió por ministerio de la Ley 198.

Es, por el contrario, acertado el reparo que se hace a la suspensión del artículo 43. Habiendo ley que exige la dotación de aparatos indispensables a la seguridad de los transportes, la exigencia de instalaciones de radio en los buques es legal, pero no se funda en consideraciones universales, sino en los preceptos citados por la Fiscalía.

Opina el Agente del Ministerio Público que no hay objeción válida contra los artículos 83 y 87, porque admitida la legalidad de intervenir en los programas, se sigue el derecho de exigir certificados y diplomas a los locutores. Ya se vio que no es pertinente la limitación y fijación de los programas. Pero en este caso la regla del Decreto resul-

ta más inusitada, puesto que los anunciadores comerciales ejercen una profesión respecto de la cual rige la norma constitucional, respetada, como era de rigor, por la ley, de que no es preciso pertenecer a gremio de maestros o doctores para ejercer ocupaciones lícitas. Y con frecuencia los anunciadores no hacen parte del personal de las radiodifusoras.

Respecto del artículo 104, aduce el señor Fiscal, para pedir la revocatoria de la suspensión, alguna parte de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 7 de octubre de 1936, donde se declaró que eran constitucionales las disposiciones del segundo grupo del antiguo Decreto, que incluían algún precepto análogo a éste. Hay diferencia entre declarar constitucional una norma, y declararla legal. El campo de la Carta Fundamental comprende sólo los principios generales que representan un mínimum obligatorio para la armónica convivencia social. Más allá de este radio surgen innumerables expresiones de la vida jurídica, que es preciso organizar y reglamentar por medio de las leyes. Por eso, en ausencia de una ley que encuadre dentro de normas especiales una rama de la actividad humana, el Organo Ejecutivo, al desarrollar normalmente leyes ya existentes, puede, desde luégo, dictar normas que no contravienen la Constitución, cuyas prohibiciones y limitaciones son poco numerosas. Mas expedida una ley destinada a regular íntegramente una materia, es a esa fuente donde es preciso acudir para apreciar la extensión de la facultad reglamentaria ejercida concretamente respecto de ella. Y si resulta que el decreto extralimita la voluntad del legislador, o somete a una traba determinado acto abandonado a la esfera libre por el querer de la ley, la norma de categoría inferior es ilegal en este punto. No hay que olvidar que la Ley 198 es posterior a la sentencia de 7 de octubre de 1936, relativa a un decreto que intentó reglamentar solamente los artículos 137 y 138 del Código Fiscal.

A propósito de este artículo 104 del Decreto número 1044, el señor Fiscal declara que al dictar la suspensión decretada en auto anterior, se ha considerado que "el Gobierno ningún derecho reglamentario tiene en el servicio de radiodifusión." Basta observar que con relación a los decretos cuyas disposiciones reunidas suman más de ciento cincuenta artículos, sólo fueron suspendidos unos veinte, y una gran parte de ellos apenas en forma parcial, para comprender hasta dónde es exagerada la apreciación de la Fiscalía. Un inmenso campo de desenvolvimiento reconoce desde luégo el suscrito Consejero al Organo Ejecutivo al reglamentar la Ley 198, o sea al buscar la efectividad práctica de ella y su cumplida ejecución.

Dice también el señor Fiscal que sería una especie de defraudación al monopolio de los telégrafos la lectura de noticias publicadas en los periódicos, y que cursaron por los alambres del Estado, en los micrófonos. En el laudable empeño que el Agente del Ministerio Público pone en la defensa de los intereses del Estado, hay un exceso de celo. Un telegrama que pasó por el telégrafo ha dado a la Nación una entrada suficiente. Afirmar que deba hacerse un secreto de él, carece de fundamento; si la tesis fuera cierta, no podrían publicarlo los periódicos que lo han pagado.

Por último, impugna la Fiscalía la suspensión de los artículos 107, 108 y 110 del Decreto 1044, acudiendo al argumento de la aceptación contractual manifestada por ciertos ciudadanos. Ya fue contestado ese punto, que no puede tener valor dentro de un juicio que por su índole misma persigue la integridad de una ley y la protección de los intereses de todo el público. De otra parte, un individuo sólo puede convenir en una cláusula penal por medio de un contrato, no al someterse a la resolución que le concede una licencia. Las penas de alcance general

no pueden ser fijadas sino en las leyes, con excepción de las de multa que puede imponer el Gobierno por disposición expresa del Código de Régimen Político y Municipal. Los artículos 107, 108 y 110 no señalan causales de caducidad de un contrato dentro del artículo 41 del Código Fiscal, sino sanciones a los violadores de los decretos. Su texto es clarísimo: allí se habla de infracciones que es concepto técnicamente penal. Cabe observar que la suspensión no cobijó el aparte del artículo 107, donde se ordena clausurar las estaciones que funcionen sin licencia, lo cual sí entra desde luégo en la facultad de coerción del Ejecutivo.

Debe advertirse que dentro del trámite del recurso, el doctor Julio Navarro presentó un memorial formulando sus puntos de vista como actor en el juicio, el cual fue tenido en cuenta y estudiado con atención.

Para terminar, el suscrito Consejero deja constancia de que le merecen todo respeto las opiniones de la Fiscalía. Al mantener casi totalmente su providencia anterior, obedece a una convicción sólida y arraigada acerca de la naturaleza de las instituciones democráticas, expresada con reiterada frecuencia al través de ya largos años. Dentro de un régimen presidencial tan vigoroso como el de Colombia, que no tiene ningún paralelo en los países republicanos, es urgente mantener al Organo Ejecutivo, que tiene en sus manos todos los resortes de la vida del país, dentro de los precisos términos que las leyes señalan. La nobilísima tarea de la jurisdicción contencioso-administrativa carecería de otro modo de sentido.

Desde luégo, otras personas y otros Magistrados pueden llegar a conclusiones más elásticas, partiendo de premisas diferentes.

Y, desde luégo, las apreciaciones hechas en esta extensa exposición, contienen apenas los resultados a que llega el suscrito dentro del estado actual del expediente, al aplicar al caso concreto su propio criterio. Las probanzas posteriores y otros alegatos de la Fiscalía, bien pueden modificar las conclusiones actuales. La suspensión, como el análisis que la fundamenta, son provisionales.

A virtud de las consideraciones expuestas, se resuelve acceder solamente a reponer el auto de fecha 21 de octubre de 1937, en lo que se refiere al artículo 43 del Decreto número 1044 de 1937, cuya suspensión se levanta, y por lo tanto se confirma aquella providencia en todas sus otras disposiciones.

En el efecto suspensivo se concede el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, y se ordena pasar el expediente a la Sala Plena por conducto del honorable Consejero que sigue en orden alfabético, a fin de que se le dé el curso correspondiente. (Artículo 2º, Ley 28 de 1932).

Notifíquese a las partes y comuníquese a los Ministerios de Gobierno, Educación Nacional, Hacienda y Crédito Público y Correos y Telégrafos.

Carlos Lozano y Lozano—Luis E. García V., Secretario.

Instancias en asuntos municipales

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

El artículo 3º de la Ley 53 de 1917 es un precepto de excepción a favor de los Municipios, semejante al del artículo 1508 del Código Judicial; esto es, una disposición de carácter especial, que no puede considerarse derogada por otra de carácter general como la del artículo 5º de la Ley 70 de 1930, que suprimió la segunda instancia para los asuntos municipales, a excepción de los que se refieren a las capitales de Departamento. Sólo que, en el caso del artículo 3º de la Ley 53 de 1917, ambas instancias se surten en los Tribunales inferiores: la primera ante un solo Magistrado y la segunda ante los restantes.

Consejo de Estado—Bogotá, veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

El Tribunal Administrativo de Medellín falló en única instancia y en Sala Plena o de Decisión, por sentencia de fecha 6 de noviembre del año próximo pasado, el juicio promovido por el doctor Jorge L. Córdoba sobre nulidad de varios acuerdos del Concejo Municipal de San Andrés (Antioquia). De tal fallo, que fue adverso al Municipio interesado, por cuanto anuló varias disposiciones de su Concejo, cuya vigencia reportaría indudablemente utilidad al Municipio, apeló el apoderado de esta entidad, doctor Alfredo Cock; pero el Tribunal le negó el recurso y mantuvo esta providencia al decidir el de reposición interpuesto también por el apoderado, fundándose en que de conformidad con el artículo 5º de la Ley 70 de 1930 sólo los asuntos municipales relativos a las capitales de Departamento tienen segunda instancia.

De ahí que el doctor Cock haya ocurrido de hecho al Consejo de Estado, en solicitud de la concesión del recurso de apelación por esta entidad.

Acerca de las instancias de los juicios contencioso-administrativos sobre los asuntos municipales, se han dictado a partir de la Ley 130 de 1913, que estableció la jurisdicción contencioso-administrativa, las siguientes disposiciones:

Artículo 38, Ley 130. "Los Tribunales Administrativos Seccionales conocen privativamente, y en una sola instancia: a) De las cuestiones suscitadas sobre validez o nulidad de los acuerdos u otros actos de los Concejos de los Municipios....."

Artículo 3º, Ley 53 de 1917. "En los juicios administrativos en que, por cualquier motivo, tengan interés directo los Municipios, *habrá siempre lugar a segunda instancia.*" (Subraya el Consejo).

Artículo 14, Ley 72 de 1926. "Los juicios de nulidad de los acuerdos del Concejo y de los decretos del Alcalde de Bogotá se surtirán ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en primera instancia, y en segunda ante el Consejo de Estado."

Artículo 5º, Ley 70 de 1930. "De las demandas de nulidad sobre asuntos municipales y de las de elecciones para Concejales conocerán privativamente los Tribunales Seccionales en única instancia. Pero cuando las demandas se refieran a asuntos municipales o elecciones de Concejales en las capitales de Departamento, los juicios tendrán segunda instancia por apelación ante el Consejo de Estado."

Artículo 1º, Ley 89 de 1936. "La Ley 72 de 1926 sobre facultades al Municipio de Bogotá, rige para los Municipios cuyo presupuesto anual no sea menor de un millón de pesos, con excepción del artículo 3º de dicha ley, el cual queda con carácter facultativo."

Artículo 2º, ibidem: "Extiéndense asimismo a los demás Municipios que sean capitales de Departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos, las disposiciones de la Ley 72 de 1926, con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha ley. Parágrafo. Extiéndese también al Municipio de Quibdó lo dispuesto en este artículo."

Además, rigió por algún tiempo el artículo 19 de la Ley 72 de 1926, que hizo extensivas las disposiciones de la misma ley a los Municipios capitales de Departamento, y fue derogado por la Ley 1ª de 1928.

Resulta de las disposiciones transcritas que los asuntos municipales sólo tienen segunda instancia ante el Consejo de Estado en los casos a que se contraen los artículos 14 de la Ley 72 de 1926, 5º de la Ley 70 de 1930 y 1º y 2º de la Ley 89 de 1936, o sea cuando los negocios proceden del Distrito Capital, de las capitales de Departamento, de los de presupuesto no inferior a trescientos mil pesos y del Municipio de Quibdó.

Pero hay también dos instancias para los asuntos de otras procedencias, en los cuales tengan interés directo los Municipios, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 53 de 1917; sólo que ambas instancias se surten en los Tribunales inferiores, la primera ante un solo Magistrado y la segunda ante los dos restantes.

El Municipio de San Andrés no reúne ninguna de las condiciones requeridas para que sus asuntos tengan segunda instancia ante el Consejo de Estado, porque no es capital de la República ni de Departamento, ni tiene un presupuesto de trescientos mil pesos, y ya se ha visto que el caso de Quibdó es único; luego no tiene el Consejo de Estado jurisdicción para conocer en segunda instancia de este negocio, y sólo había lugar a las dos instancias ante el mismo Tribunal de Medellín, que prescribe el artículo 3º de la Ley 53 de 1917, dado que es manifiesto el interés del Municipio de San Andrés en la vigencia o legalidad de los acuerdos acusados en este juicio.

Pretermitió, pues, una de las instancias el Tribunal, pero el Consejo de Estado carece de jurisdicción para conocer del recurso de hecho por lo mismo que carece de ella para conocer del de apelación a que habría lugar si se admitiera el primero.

No se sabe si el Tribunal no tuvo presente la disposición del artículo 3º de la Ley 53 de 1917 o si fue que la desechó por considerarla subrogada por el artículo 5º de la Ley 70 de 1930. En el segundo caso erró en la aplicación de las reglas para deducir la derogatoria tácita o implícita de una disposición legal, porque el artículo 3º de la Ley 53 es un precepto de excepción a favor de los Municipios, semejante al del artículo 1508 del Código Judicial que establece la formalidad de la consulta de las sentencias en los juicios civiles, cuando en ellas se declaran obligaciones a cargo de las entidades públicas; esto es una disposición de carácter especial que no puede considerarse derogada por otra de carácter general como la del artículo 5º de la Ley 70 que suprimió la

segunda instancia para los asuntos municipales a excepción de los que se refieren a las capitales de Departamento. Pero hoy día el error cometido no puede repararse por esta corporación.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado se abstiene de admitir el recurso de hecho interpuesto por el doctor Cock, y consiguientemente de conceder la apelación del fallo recurrido.

Notifíquese, cópiese y archívese.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Jurisdicción de los Tribunales Administrativos

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

La jurisdicción de los Tribunales Administrativos se decide por el lugar de la residencia de las corporaciones o funcionarios cuyas providencias sean objeto de la demanda de revisión, no por el vecindario de las personas interesadas en ella como en los casos de jurisdicción voluntaria.

Consejo de Estado—Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

El Tribunal Administrativo de Cali, en providencia de fecha 13 de diciembre último, desechó la demanda promovida por el doctor Alfredo Córdoba como apoderado de la "Pacific Metals Corporation" de New York, sobre revisión y declaratoria de nulidad de unas resoluciones de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por las cuales no accedió esta Oficina a revocar otra del Inspector Seccional de Medellín, en la que se dedujo un impuesto adicional a dicha Compañía sobre la renta correspondiente al año de 1935, providencia ésta cuya nulidad se demanda también en el libelo citado.

De dicho auto pidió reposición el apoderado demandante, interponiendo subsidiariamente el recurso de apelación, y el Tribunal decidió negativamente respecto del primer punto y concediendo a la vez la alzada para ante el Consejo, en el efecto suspensivo.

El recurso es procedente, pues la providencia a que se refiere es interlocutoria según la definición hecha en el numeral 2º del artículo 466 del Código Judicial, por haber negado la admisión de la demanda; y los autos interlocutorios son apelables en el efecto suspensivo, de conformidad con el artículo 491 de la misma obra, disposiciones éstas aplicables al procedimiento contencioso-administrativo por ministerio del artículo 104 de la Ley 130 de 1913.

Ahora bien: ¿es competente el Tribunal de Cali para conocer de la demanda de nulidad de una resolución del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales en negocio decidido en primera instancia en Medellín, pero relativo a la Intendencia del Chocó?

La duda proviene de que esta Intendencia ha venido adscrita para los efectos contencioso-administrativos al Tribunal de Cali, y al Departamento de Antioquia para lo relativo a la tasación del impuesto sobre la renta. (Decretos 2244 de 1931, artículo 29, y 520 de 1937, artículo 1º).

Acerca de la competencia de los Tribunales en materia de revisión de las resoluciones sobre impuestos nacionales por la jurisdicción contencioso-administrativa existen las siguientes disposiciones legales:

1ª El artículo 89 de la Ley 130 de 1913, que dice: "La persona a quien se exija un impuesto nacional que crea no deba serle exigido, o se liquide de manera que él juzgue incorrecta, puede ocurrir al Tribunal Administrativo *correspondiente* para que se revise la resolución del recaudador."

2ª El ordinal b) del artículo 39 de la misma Ley 130, que atribuye a los Tribunales Seccionales el conocimiento en primera instancia "de las cuestiones que se susciten entre el Estado y los particulares, sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales."

3ª El artículo 12 de la Ley 78 de 1935, que dice: "El numeral 2º del artículo 14 de la Ley 81 de 1931, quedará así: '2º Si la decisión del Jefe de Rentas Nacionales es desfavorable al reclamante, éste puede ocurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El fallo del Tribunal es apelable ante el Consejo de Estado, conforme a lo establecido en la Ley 130 de 1913.....'"

No ha dicho, pues, la ley a cuál de los Tribunales Seccionales le corresponde conocer de los juicios sobre revisión del impuesto nacional sobre la renta señalado a una persona en el caso de un territorio que, como el del Chocó, corresponde, para los efectos fiscales, a una sección, y en lo relativo a la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria, a otra sección. En consecuencia, debe seguirse en estos casos el principio adoptado en la Ley 130 de 1913, de que la jurisdicción de los Tribunales se decide por el lugar de la residencia de las corporaciones o funcionarios cuyas providencias sean objeto de la demanda de revisión, no por el vecindario de las personas interesadas en ella, como en los casos de jurisdicción voluntaria, y concluir que el Tribunal competente es el del lugar de la residencia del funcionario que actuó en la primera instancia del proceso de liquidación del impuesto de que se trate, pues no hay razón ninguna para atribuir el conocimiento de estos negocios al del lugar de la residencia del funcionario ante quien se desarrolló la última instancia, ni al Consejo de Estado por sí solo.

El señor Fiscal expone esta misma opinión en la forma siguiente:

"Se trata de un acto administrativo emanado del funcionario nacional, que tiene su origen en determinada división territorial porque allí está el asiento principal de los negocios que motivan la liquidación del impuesto. Por tanto, para determinar la competencia, el Tribunal debió averiguar cuál es la disposición que ordena al Administrador de Hacienda Nacional de Medellín efectuar la liquidación del impuesto sobre la renta de los contribuyentes de la Intendencia del Chocó. Al efecto, dice el artículo 29 del Decreto 2244, de diciembre 28 de 1931:

'Artículo 29. Para los efectos de la Ley 81 de 1931, las Intendencias y Comisarías se adscriben a los Departamentos, así: el Chocó a Antioquia.....'

"Estando adscrito el Chocó al Departamento de Antioquia, para todos los efectos de la Ley 81 de 1931, el recurso de que trata el numeral 2º del artículo 14 de dicha Ley sólo puede intentarse ante el Tribunal de Medellín, pero si la liquidación previa del impuesto la efectuara el Administrador de Hacienda Nacional de Cali, el Tribunal de esta ciudad sería el competente para conocer de estos negocios."

Por lo expuesto, se confirma la providencia apelada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Restricción de los derechos adquiridos

Consejero, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Hay un principio absolutamente fundamental en nuestro derecho público, uno de aquellos principios que constituyen bases de toda la estructura jurídica del país, y a cuya luz puede y debe interpretarse cualquier ley, puesto que las normas constitucionales son fuente de interpretación legal: es el consignado en el artículo 36 de la Constitución Nacional y reproducido por la enmienda de 1936 bajo el número 26: cuando resultaren en conflicto derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. Semejante principio está desarrollado y reglamentado por el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual, cuando median motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública, la restricción de derechos amparados por ley anterior tiene efecto general inmediato.

Consejo de Estado—Bogotá, siete de abril de mil novecientos treinta y ocho.

El doctor Timoleón Moncada, obrando en representación de la Compañía Colombiana de Electricidad, de la Empresa de Energía Eléctrica de Honda y de la Compañía de Hielo de Santa Marta, sociedades éstas cuya constitución legal acredita debidamente, y en ejercicio del poder que se le confirió al efecto por el señor Hiram Foley, cuya personería también comprueba por los medios legales, presentó a esta corporación demanda de nulidad contra los Decretos ejecutivos números 1606 y 1717 de 1937, originarios del Ministerio de Industrias y a virtud de los cuales se reglamentó la Ley 109 de 1936; contra las decisiones emanadas de aquel mismo Ministerio y que constan en los oficios números 5830, de 20 de septiembre de 1937, y 6666, de 3 de noviembre de 1937, dirigidos a la Compañía Colombiana de Electricidad, y contra la Resolución número 5, de 28 de febrero de 1938, proferida también por aquel Despacho. El actor intenta a la vez la acción privada por considerar que todas las providencias a que se ha hecho alusión desconocen o afectan derechos civiles de las compañías poderdantes, y la acción pública en cuanto los decretos acusados son en su concepto violatorios de la ley y aun de la Carta Fundamental.

Funda el doctor Moncada la acción privada en la tesis de que los decretos y resoluciones procedentes del Ministerio de Industrias, al sostener que las compañías interesadas deben someterse al régimen jurídico establecido por la Ley 109 de 1936, quebrantan derechos adquiridos consistentes "en la situación firme y regular que corresponde hoy a los contratos y concesiones de que están en posesión aquellas compañías, con arreglo a las claras y terminantes prevenciones de la Ley 113 de 1928 y su Decreto reglamentario 1551 de 1931."

Como disposiciones legales violadas por los decretos y resoluciones materia de la demanda indica el actor las siguientes:

Artículos 15, 16, 28, 38, 52, 54, 69, numeral 1º; 115, numeral 3º, y 196 de la Constitución Nacional; 6º, 25, 28 y 32 del Código Civil, así como los títulos I, II, III y IV de la misma obra, en relación con el artículo 49 de la Carta; artículo 4º de la Ley 57 de 1887; 4º y 5º de la Ley 153 de 1887; 3º, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º y 13 de la Ley 113 de 1928; Decreto número 1551 reglamentario de la Ley anterior; y Ley 109 de 1936.

Respecto de los Decretos números 1606 y 1717 ya mencionados, el actor contrae su demanda a las siguientes disposiciones de tales actos administrativos:

Artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 9º, 16, 23, 24 y 25 del primero de esos Decretos, y 1º, 2º, 3º y 4º del segundo de ellos.

En el texto de la demanda el actor pidió la suspensión provisional de todos los artículos anteriores y de las resoluciones que se mencionaron atrás.

Más tarde y en obedecimiento del auto dictado por el suscrito Consejero con fecha 31 de marzo del corriente año, trajo a los autos un certificado procedente del Ministerio de Industrias, y con el cual se comprueba que la Resolución número 5, de 26 de febrero de 1938, dio origen a un memorial en que el señor Foley se da por notificado de ella, y que dicha providencia no ha sido reformada ni revocada, constituyendo por lo mismo el término de una actuación administrativa, ya que por su naturaleza no era susceptible de recurso alguno ante el Gobierno.

Es el caso, por lo tanto, de decidir en primer término acerca del fundamento de la solicitud de suspensión provisional, hecha de acuerdo con el ordinal d) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913.

Se sabe que para aplicar en los casos concretos este precepto legal debe el juzgador formular un análisis somero y provisional de la providencia que se somete a su estudio, sin entrar a profundizar los puntos jurídicos materia de la controversia, a fin de poder conservar su libertad de apreciación para el momento de proferir el fallo definitivo, cuando pueda tener a la vista todo el cuerpo del proceso, donde con frecuencia hay pruebas y alegaciones que dan lugar a la modificación del juicio primitivamente formado acerca del negocio respectivo.

Se sabe también que para decretar la suspensión debe percibirse de manera notoria y flagrante una contradicción entre las disposiciones objeto de la demanda y una norma de derecho superior, contradicción que es la base indispensable de los perjuicios de carácter público y privado que vienen a experimentar la ciudadanía entera o algunas personas particulares a virtud de determinado acto de la Administración Pública.

Sobre la base de estas últimas observaciones se procede en seguida a considerar los pedimentos del demandante doctor Moncada y los varios preceptos y resoluciones acusados.

Deben estudiarse ante todo las resoluciones de carácter particular, pues es principalmente respecto de ellas que se habla de la violación de derechos civiles, capaz de hacer prosperar la acción privada.

La primera de esas resoluciones, que tiene el carácter de una orden ejecutiva encaminada al cumplimiento de una ley, consiste en una nota del Ministerio de Industrias a virtud de la cual se hace saber a la Compañía Colombiana de Electricidad que ese Despacho no le permitirá establecer tarifas distintas de las que tenía en vigencia en ese momento mientras no se haya verificado la revisión oficial de las misma tarifas, para lo cual debe la Compañía someterse a las prescripciones del Decreto número 1606 de 1937. La nota invoca la Ley 109 de 1936, que considera aplicable a la Empresa.

La segunda, que contiene también una orden ejecutiva, exige a la Compañía Colombiana de Electricidad la presentación de los documentos destinados a acreditar sus tarifas y reglamentos de determinada manera, es decir, constituyendo un expediente aparte para cada una de las plantas de distina índole que tiene establecidas, y suministrando especialmente determinados datos en la forma prescrita por el Gobierno.

La tercera, que es la única que presenta las formas exteriores de una resolución ministerial, no accede a revocar las órdenes anteriores ni a declarar que la Compañía Colombiana de Electricidad y sus afiliadas estén exentas de cumplir la Ley 109 y sus decretos reglamentarios, y señala a la misma Compañía un plazo de treinta días para la presentación de los documentos indicados en la nota número 6666, de noviembre de 1937.

La larga serie de disposiciones que el actor cita como violadas por tales resoluciones, y que el suscrito Consejero ha recorrido con cuidadosa atención, constituyen un encadenamiento lógico dentro del criterio que preside la demanda y que se funda, como ya se dijo, en el quebrantamiento de derechos adquiridos, a virtud de la alteración de la situación firme y regular que corresponde a los contratos y concesiones celebrados por las Compañías demandantes con arreglo a una ley anterior a la 109 de 1936, a la 113 de 1928 y su Decreto reglamentario 1551 de 1931.

Ahora bien: son verdaderamente complejos e intrincados los problemas jurídicos a que da lugar la vigencia de la Ley 109, en cuanto ella dispone en el parágrafo de su artículo 2º que "las tarifas y reglamentos que rijan en la actualidad serán sometidos a la aprobación del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en este artículo, dentro de los ciento ochenta días siguientes al de la promulgación de la presente ley," norma cuyo alcance manifiesto es el de sujetar a su imperio a todas las empresas de energía eléctrica, sin establecer distinción alguna entre ellas, de donde resultaría que ese precepto debe regir desde el día de su promulgación en adelante la vida de tales empresas, aunque su constitución haya tenido lugar en épocas en que gobernaban la materia leyes diferentes.

Mas definir en la actualidad el verdadero contenido jurídico de esa ley, parece completamente inadecuado, puesto que cuestión tan fundamental no puede ser tratada sino en la sentencia definitiva. Es evidente que si se llegara a demostrar en el curso del litigio que las resoluciones acusadas implican una arbitraria y errónea interpretación de esa ley para los efectos de su aplicación práctica, o si se llegara a demostrar que la ley es manifiestamente inconstitucional, el juzgador debería inclinarse a rectificar la actitud del Gobierno Nacional en este caso concreto. Pero hoy por hoy las resoluciones no presentan contradicción o antagonismo ninguno con las disposiciones de la ley, con cuyo estricto tenor se hallan acordes. Y por lo tanto no procede entrar a considerar las discrepancias que puedan existir entre la Ley 109 y otras anteriores, pues estando todas vigentes prefiere la última, destinada a reglamentar de modo particular una determinada materia.

No podría el suscrito Consejero exponer en la presente providencia todos los razonamientos y argumentaciones en que subjetivamente funda su convicción, porque ello sería prejuzgar acerca del desarrollo final del negocio, y porque la ley abandona al criterio del Magistrado en el caso de la suspensión provisional, la resolución que deba tomarse en el caso concreto.

Pero no está por demás hacer unas brevísimas observaciones que pueden aclarar por lo menos en forma transitoria la posición del asunto.

Hay un principio absolutamente fundamental en nuestro derecho público, uno de aquellos principios que constituyen bases de toda la es-

tructura jurídica del país, y a cuya luz puede y debe interpretarse cualquier ley, puesto que las normas constitucionales son fuente de interpretación legal: es el consignado en el artículo 36 de la Constitución Nacional y reproducido por la enmienda de 1936 bajo el número 26, que dice lo siguiente, después de establecer la garantía de los derechos adquiridos:

"Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública (o interés social) resultaren en conflicto derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público (o social)."

Y semejante principio está desarrollado y reglamentado por el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, que es del tenor siguiente:

"Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato. Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes. Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses."

Ahora bien: es precisamente la restricción de derechos amparados por leyes anteriores a la 109 de 1936; lo que el actor en síntesis alega, dentro de las amplias argumentaciones que contiene su demanda, para criticar y acusar las resoluciones del Ministerio de Industrias a que se ha hecho referencia.

Pero cabe contemplar también brevemente el asunto por otros aspectos: la Ley 113 de 1928, a cuyo régimen quieren acogerse expresamente las Compañías demandantes, establece en el parágrafo 2º de su artículo 3º un sistema que parece también confirmar la norma según la cual la restricción de un derecho tiene efecto general inmediato, dentro de ciertas condiciones, en relación especial con las empresas de energía eléctrica.

Dice, en efecto, ese parágrafo:

"El uso de la fuerza hidráulica establecido o concedido legalmente en favor de empresas públicas departamentales o municipales con anterioridad a las disposiciones de la presente ley, no podrá ser suspendido por el Gobierno sino mediante sentencia ejecutoriada del Poder Judicial. Pero las licencias o permisos concedidos a personas naturales o jurídicas, quedarán sujetas a las mismas condiciones en que hubieren sido otorgados y a las demás disposiciones legales pertinentes."

No obstante la redacción un tanto ambigua de este artículo, que es uno de aquellos en que el actor funda sus pretensiones, dentro de un análisis somero de su texto, resulta que la misma Ley 113 previó la restricción de los derechos que ella otorgaba, a virtud de leyes posteriores, puesto que la frase "demás disposiciones legales pertinentes" contempla todo género de disposiciones legales, es decir, no sólo las existentes al expedirse aquella ley, sino las que pudieran surgir en el futuro. Si no fuera ese el alcance de tal texto, el legislador no hubiera empleado la expresión "disposiciones legales pertinentes," sino la de "disposiciones legales vigentes."

De otra parte no puede perderse de vista una disposición contenida en varias de las resoluciones ejecutivas que otorgaron concesiones o licencias a las sociedades demandantes y que tiende a confirmar prácticamente el régimen establecido por el artículo 18 de la Ley 153 de 1887. Es la siguiente, que figura en la Resolución número 10, de septiembre 23 de 1929, por la cual se concede permiso a la Compañía Colombiana de Electricidad para hacer uso de aguas y bienes nacionales en el Municipio de Soledad, Departamento del Atlántico; en la número 5, de mayo 6 de 1929, dictada en favor de la misma Compañía, y en la número 4, de 24 de febrero de 1932, también a favor de tal Compañía:

"La Compañía concesionaria queda sometida a todas las disposiciones que sobre el particular (sobre el uso de las aguas existentes) contengan las leyes, a las que hayan dictado o dicten en adelante el Gobierno Nacional y los gobiernos departamentales o municipales respectivos, en cuanto no hagan nugatorio el permiso de que se trate, y a las que el Gobierno dicte al reglamentar la Ley 113 de 1928."

Parece bien claro que al usar la expresión Gobierno, el precepto anterior quiere decir Poder Público, así como al usar la palabra leyes entiende los decretos, ordenanzas y acuerdos, pues de otro modo el texto carecería de sentido, ya que el Gobierno entendido como Poder Ejecutivo no puede expedir leyes, y mucho menos pueden dictarlas los gobiernos locales, y ya que las normas generales de carácter seccional más afines a las leyes son las ordenanzas y acuerdos.

Las resoluciones que acaban de mencionarse fundaron por lo tanto un régimen a virtud del cual la Compañía Colombiana de Electricidad quedó sometida de antemano a leyes como la 109 de 1936 y sus decretos reglamentarios. Y no hay constancia alguna de que la Empresa pidiera la reforma o revocatoria de tales providencias respecto de este punto, ni de que las acusara ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien: si pasando del estudio de la legalidad de las resoluciones acusadas, se examina el otro elemento necesario para decretar la suspensión provisional, el del perjuicio sufrido por los interesados, resulta que en el expediente no está acreditado en ninguna forma tal elemento, cuya comprobación es obligatoria en lo que dice relación con el ejercicio de la acción privada.

El actor afirma que el tránsito del régimen jurídico señalado en la Ley 113 de 1928 al de la Ley 109 de 1936 acarrea graves perjuicios a las Compañías poderdantes. Pero semejante perjuicio se hace reposar abstractamente en el cambio de situación jurídica, cosa que no parece admisible, pues si como se ha visto una ley que restrinja un derecho puede ponerse inmediatamente en vigencia, conforme a la Constitución y a la ley, un resultado desfavorable de esta índole no puede fundar la suspensión provisional, so pena de paralizar la vida administrativa del país y de suprimir el ejercicio de competencias o atribuciones absolutamente legítimas.

Muchos actos administrativos ocasionan desde el punto de vista material evidentes perjuicios a personas de derecho público o privado, pero ellos no pueden considerarse dentro de la técnica jurídica como tales. Es ese el caso, por ejemplo, de la creación de nuevos Municipios, segregándolos de los existentes. Es indudable que el distrito mutilado experimenta daños notorios. Pero ellos no pueden tomarse en cuenta, porque el beneficio general de la colectividad, que resulta del acto, los hace inoperantes y no permite contemplar sino los aspectos favorables que trae consigo el ejercicio de la competencia que tienen las Asambleas para crear nuevos Municipios.

Pero, además, contrayendo el análisis al asunto concreto que se contempla, es un hecho evidente que hasta hoy el Ministerio de Industrias no ha expedido acto alguno tendiente a modificar las tarifas de la Compañía Colombiana de Electricidad, por debajo del máximum que le reconocen los contratos vigentes. Le ha ordenado simplemente que no las aumente mientras no hayan sido revisadas por el Gobierno; y si de esta futura revisión resulta que las Compañías quedan autorizadas para aplicar aún los precios máximos fijados en los contratos, toda idea de perjuicio desaparecería automáticamente.

Se dirá que el hecho de no poder aumentar las tarifas por el momento puede ocasionar un perjuicio si se tiene en cuenta que posible-

mente algunas de esas mismas tarifas no alcanzan en la actualidad a los precios máximos señalados en los contratos, pero para admitir por este aspecto la existencia real del perjuicio habría habido que acreditar cuáles son especificamente esas tarifas inferiores al campo de libertad consignado en el contrato a favor del contratista, y habría habido que demostrar también que dentro de la situación actual de las empresas, debidamente discriminada, la continuación de los precios existentes es en verdad perjudicial, pues a priori tal cosa no es aceptable, dado que fueron las Compañías demandantes las que fijaron las tarifas actuales, sobre la base desde luégo de que les resultaban provechosas.

No considera, por lo tanto, el suscrito Consejero que sea el caso de suspender las resoluciones acusadas.

Procede ahora considerar los decretos cuya nulidad y suspensión parcial se ha solicitado igualmente.

En repetidas oportunidades esta corporación ha sentado una doctrina enteramente acorde con la establecida por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que un decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar. La razón de ser del decreto es la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante, la norma de derecho superior, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma administración y de los particulares. Todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley debe desenvolverlo de manera detallada y comprensiva el decreto reglamentario. Pero nada más que eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentación normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, más allá del contenido intrínseco de la ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones, que constituye una clara violación de la voluntad legislativa, cuya vida se pretende asegurar.

Ahora bien: basta examinar apenas de un modo sumario los Decretos números 1606 y 1717 de 1937, encaminados a reglamentar la Ley 109 de 1936, para comprender que algunas de sus disposiciones implican esa extralimitación o exceso de que acaba de hablarse. Sin embargo, no todos los artículos acusados presentan a primera vista contradicción o divergencia con la Ley 109.

En efecto: los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1606 contienen una clasificación de las empresas por grupos y determinan cuáles son las informaciones que deben suministrar con el objeto de justificar sus tarifas, y dan un criterio al Gobierno para apreciar lo que deba entenderse por conveniencia colectiva y moral comercial, expresiones estas últimas que constituyen el límite legal de las tarifas.

Podría alegarse que la ley no prevé la necesidad de la clasificación ni fija ninguna clase de normas respecto de los datos que hayan de solicitarse a las empresas. Sin embargo, no se comprende, dados los términos a la vez tan latos y tan sintéticos de la Ley 109, cómo pudiera ser cumplida rectamente, cómo pudiera tener eficacia práctica, si el criterio de la autoridad encargada discrecionalmente de revisar las tarifas, no se ilustra y orienta por medio de informaciones técnicas que den base para juzgar si los precios existentes satisfacen las exigencias de la conveniencia colectiva y de la moral comercial. Y parece también claro que según el volumen e importancia de las Compañías interesadas, la amplitud y variedad de los datos debe ser diferente, de donde resulta la utilidad de la clasificación. Y si el Gobierno quiere darse a sí mismo de una manera general e impersonal un criterio para apreciar los dos conceptos que según la ley han de servirle de pauta, ello no puede traer sino ventajas, puesto que los particulares pueden así saber de antemano, con cierta aproximación, cómo va a usar el fiscalizador o revisor de sus facultades discrecionales.

Basta reflexionar un poco sobre este asunto para comprender que si el Gobierno procede en los casos concretos guiándose por su sola inspiración y sin el auxilio de los datos suministrados por las empresas, corre grave riesgo de errar o de cometer injusticias, y que para reaccionar fundadamente contra tales equivocaciones los interesados tendrían forzosamente que presentar datos idénticos o análogos a los previstos en el Decreto, por su propia iniciativa.

El artículo 4º sí parece *prima facie* ir más allá del contenido de la ley. Y como fue sustituído más tarde por el artículo 1º del Decreto 1717, ha de decirse brevísimamente que tanto el uno como el otro deben reputarse por el momento como ilegales. La presentación de los balances ante el Ministerio implica una inquisición exagerada sobre la vida interna de las empresas, y la disposición que autoriza una revisión anual de las tarifas carece de todo apoyo en el acto legislativo reglamentado, que sólo prevé la función revisora por una vez y no en forma periódica.

Igual cosa ocurre con el 6º del primer Decreto, que establece una prohibición de carácter general, extraña a las previsiones de la ley. La revisión de cada tarifa debe hacerse aparte y por lo tanto sólo en cada caso concreto puede rebajarse la tasa cobrada por extensiones de líneas, sin que pueda llegarse hasta impedir el cobro de todo precio por este servicio, porque la ley no quiso disponerlo así. Lo propio debe decirse del artículo 2º del último Decreto.

El artículo 9º también se revela *prima facie* como ilegal, pues no se ve el fundamento de la exigencia general que somete el señalamiento de la cuota fija de las tarifas para fuerza industrial a una determinación tan rigurosa o estrecha como la que aparece en los ordinales del mismo artículo. La extralimitación parece clara. Procede considerar en la misma forma el artículo 3º del Decreto 1717.

El artículo 16, también acusado, no presenta ninguna contradicción flagrante con la ley. Parece la expresión más detallada del artículo 5º de la norma reglamentada, y el desarrollo lógico del sistema de publicidad y equidad en materia de tarifas.

El artículo 23 tampoco aparece *prima facie* como ilegal, puesto que se limita a extender a los violadores del Decreto la sanción de multa impuesta a los violadores de la ley en su propio texto, y esto es razonable, puesto que el reglamento se incorpora al sistema de la ley y sirve para integrarla y complementarla.

En cambio, el artículo 24 sí presenta un marcado carácter de ilegalidad, puesto que fija una sanción nueva, muy grave, cual es la de la caducidad de las concesiones o permisos, fuera de las previsiones generales del Código Fiscal, y cambiando la índole de origen contractual de la caducidad por un carácter penal que sólo puede emanar de la ley.

En el mismo caso se encuentra el artículo 25, y, por lo tanto, le son aplicables las observaciones que acaban de hacerse.

Por lo que hace al artículo 4º del Decreto 1717, que no es sino una ampliación de lo preceptuado en el artículo 13 del Decreto 1606, también aparece a primera vista como ilegal. La ley no da asidero para establecer dentro de su reglamentación prohibiciones generales, como ya se ha visto. Y la facultad de revisar las tarifas y reglamentos dentro de la conveniencia colectiva y la moral comercial, bien que sea muy amplia y elástica, no resulta conforme con la supresión del ejercicio de un medio de preservación que parece aceptable de parte de las empresas, como es el de suspender a su deudores, aun por causas extrañas al servicio, la prestación de éste, si como tendría que ocurrir en los casos concretos, los suscriptores se someten a ese sistema de compensación al firmar los contratos respectivos.

A virtud de las consideraciones expuestas se resuelve:

1º Admítese la demanda de nulidad a que se ha hecho referencia, presentada por el doctor Timoleón Moncada;

2º Notifíquese la demanda al señor Fiscal del Consejo;

3º Fíjese el negocio en lista por el término de cinco días, para el efecto de la solicitud de pruebas de los que tengan derecho a ello;

4º No se accede a decretar la suspensión provisional de las resoluciones del Ministerio de Industrias que constan en las notas números 5830, de 20 de septiembre de 1937, y 6666, de 3 de noviembre del mismo año, ni de la que está distinguida con el número 5, de fecha 26 de febrero de 1938, y

5º Decrétase la suspensión provisional de los artículos 4º, 6º, 9º, 23 y 24 del Decreto número 1606 de 1937, y de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto número 1717 de 1937, procedentes ambos del Ministerio de Industrias.

Notifíquese,

Carlos Lozano y Lozano—Luis E. García V., Secretario.

Consejo de Estado—Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos treinta y ocho.

En escrito fechado el 19 de abril de 1938, solicita el señor Fiscal del Consejo de Estado reposición del auto a virtud del cual se decidió acerca de la solicitud de suspensión provisional formulada por el doctor Timoleón Moncada, como apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad, respecto de tres resoluciones del Ministerio de Industrias proferidas el 20 de septiembre de 1937, el 3 de noviembre del mismo año y el 26 de febrero de 1938, y de los Decretos números 1606 y 1717 de 1937, reglamentarios de la Ley 109 de 1936.

En dicho proveído no se accedió a suspender las resoluciones actualmente acusadas ante el Consejo, pero sí se decretó la suspensión de los artículos 4º, 6º, 9º, 23 y 25 del Decreto 1606, y los 2º, 3º y 4º del Decreto 1717. Y es precisamente esta la parte del auto proferido por el suscrito Consejero respecto de la cual se interpone el recurso.

Cabe advertir que con fechas 20 y 21 de abril solicitó a la vez reposición de la providencia a que acaba de aludirse, el apoderado de la parte demandante, fundándolo a su turno en la negativa de suspensión de las resoluciones que también han sido mencionadas. Desgraciadamente tal recurso se interpuso cuando ya había expirado el término hábil para ello, según se desprende de la notificación personal hecha al doctor Moncada el 8 de abril de 1938, y del informe de la Secretaría, visible al folio 9 v. del memorial presentado por el actor. No es el caso, por lo tanto, de entrar a considerarlo, cosa que el Consejero sustanciador deplora de modo muy sincero, dado el respeto que le merecen las argumentaciones y doctrinas del distinguido jurisconsulto que adelanta el presente juicio.

Las breves consideraciones que se exponen a continuación han de referirse tan sólo, por lo tanto, a la solicitud del señor Fiscal.

Estima el Agente del Ministerio Público que todos los artículos suspendidos "tienen suficiente base legal en la Ley 109 de 1936, según la cual las tarifas y reglamentos de las empresas de energía eléctrica deben sujetarse a las normas de la conveniencia colectiva y de la moral comercial." Pero en apoyo de esta aserción, muy respetable como todas las suyas, no aduce argumentos o alegaciones que puedan dar margen a un cambio de criterio de parte del suscrito, ya que todas las consideraciones contenidas en el memorial que se analiza tienden únicamente a sostener la conveniencia, acierto y saludable orientación de las dispo-

siciones contenidas en los decretos acusados, sin que aparezca allí ningún esfuerzo dialéctico encaminado a establecer que se ajustan a los preceptos de la Ley 109 de 1936.

El señor Fiscal parece considerar que por el hecho de haberle dado aquella ley al Gobierno Nacional la atribución de revisar las tarifas de las empresas de energía eléctrica, a fin de que se mantengan dentro de la conveniencia colectiva y de la moral comercial, puede el Organo Ejecutivo, al ejercer la potestad reglamentaria, introducir en los decretos pertinentes todas las normas que a su juicio tiendan a proteger la moralidad y el bien público.

Dicha tesis no puede ser aceptada como jurídica, porque son cosas muy distintas la facultad de revisar determinadas tarifas otorgada en la ley, y la potestad reglamentaria general, de origen constitucional. No por el hecho de que para el cumplimiento de una función se señale concretamente a la autoridad cierto criterio, puede decirse que ese mismo criterio haya de aplicarse al ejercicio del poder de reglamentar las leyes. La competencia conferida al Gobierno Nacional por la Ley 109 es restringida y particular y sólo puede ser legítima al ejecutar el acto individual de revisar cada tarifa. Pero es claro que el legislador tampoco podría, aun queriéndolo, alterar la subordinación de los decretos a las leyes.

Sería inútil insistir acerca del incontestable principio de que ninguna ley puede apartarse del texto ni del espíritu de la Constitución, y mucho menos cuando se trata de una de las bases cardinales de la estructura jurídica de la República, como es la diferencia de naturaleza y de eficacia entre las reglas generales expedidas por el Congreso dentro de la libertad y plenitud de autonomía que corresponde a los representantes del pueblo, y las que formula a manera de reglamentos el Organo Ejecutivo, dentro de su misión primordial de obedecer y hacer cumplir las leyes, misión ésta que señala el contenido propio y el límite intraspasable de los decretos gubernamentales.

Ahora bien: no podría decirse siquiera que la Ley 109 de 1936 haya pretendido desconocer los principios anteriores. En ella no se descubre intento alguno de cambiar tal régimen u orden de cosas.

Y cabe advertir que acerca de la materia de que se viene hablando se consignaron en el auto materia del recurso sintéticos pero muy sólidos razonamientos, que no constituyen sino una repetición de la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que al través de muy largos años no ha podido ser rebatida. Y en providencias anteriores del suscrito Consejero, que el señor Fiscal conoce, se ha expuesto con todo detenimiento la tesis que se invoca ahora una vez más. No parece, por lo tanto, necesario hacer más extensas consideraciones sobre el particular, ya que en contra de los argumentos a que se hace alusión no ha expuesto ningunos el señor Agente del Ministerio Público. Basta consignar aquí una breve frase del profesor Hauriou, que resume con extraordinaria lucidez y vigor la fundamental teoría recordada en las líneas anteriores: "Es y debe ser del dominio de la ley toda condición nueva impuesta al ejercicio de una libertad, y toda organización del Estado importante para la garantía de una libertad." *(Précis de Droit Administratif*, pág. 59). De donde resulta que por haberse establecido en los artículos de los Decretos acusados, que fueron suspendidos, condiciones nuevas para el ejercicio de la libertad de industria en materia de empresas de energía eléctrica, condiciones que no constan en la ley y que tampoco constituyen un desarrollo necesario de los principios contenidos en ella, tales artículos son ilegales.

Resta observar, para concluir, que si bien es verdad, como lo afirma el señor Fiscal, que cuando se tramita un litigio administrativo a virtud

de acción privada, debe traerse al expediente prueba de los perjuicios sufridos por el interesado a causa del acto cuya suspensión se solicita, no es menos cierto que el demandante en este proceso intentó la acción pública, como consta de manera inequívoca al folio 4 del expediente; por lo cual el reconocimiento que en el memorial de la Fiscalía se hace de "la constante jurisprudencia" que autoriza a suspender provisionalmente los actos violatorios de la ley en caso de acción popular, se vuelve contra las peticiones del señor Agente del Ministerio Público.

Conforme a la doctrina sentada por el Consejo de Estado en su sesión del 20 de abril de 1938, no procede el recurso de apelación contra los autos de suspensión provisional, a pesar de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 28 de 1922, porque se estima abolido ese recurso respecto de los autos interlocutorios a virtud de las disposiciones pertinentes del actual Código Judicial, y tampoco puede el Magistrado sustanciador otorgar por sí mismo el recurso de súplica que debe ser interpuesto directamente ante los Consejeros restantes de la Sala.

En mérito de las consideraciones expuestas, se resuelve:

1º No acceder a la reposición del auto de fecha 7 de abril de 1938, sobre el cual versa la solicitud del señor Fiscal.

2º No conceder tampoco el recurso de apelación ni el de súplica, por no ser procedente el primero, y por no corresponder otorgar el segundo al mismo Consejero cuya providencia se impugna.

3º No considerar la solicitud de reconsideración formulada por el actor, por ser extemporánea.

Notifíquese.

Carlos Lozano y Lozano—Por el Secretario, *Guillermo Novoa Rodríguez,* Oficial Mayor.

Bienes eclesiásticos y bienes del culto

Consejero ponente, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

El objeto social de la Ley 35 de 1888, que otorgó el beneficio de exención de impuestos, fue el de dar una muestra de deferencia a la Iglesia Católica en la persona de sus Ministros y representantes, y el de hacer más llevadero el ejercicio de sus funciones al clero en general, especialmente a los curas de almas. El objeto de la disposición concordataria no pudo ser y no fue, como las autoridades eclesiásticas son las primeras en reconocerlo, el de aumentar el patrimonio de la Iglesia, sino el de favorecer la acción espiritual del sacerdocio.

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

El presbítero doctor Antonio Afanador Salgar, obrando como representante legal de la parroquia de Las Nieves, presentó ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, con fecha abril 19 de 1937, demanda de nulidad contra la Resolución número 91 de 1936, expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Bogotá, confirmada por la Junta Asesora de la Administración Municipal, y a virtud de la cual se gravó con el impuesto predial la casa marcada con los números 20-38 y 20-40 de la carrera 7ª, perteneciente a la mencionada parroquia de Las Nieves, y en donde, según certificado procedente de la Arquidiócesis de Bogotá y adjunto a la demanda, habita el cura párroco.

Intentó el actor la acción privada por estimar que el acto acusado desconocía derechos civiles correspondientes a la entidad que representa, y fundó su demanda en el artículo 25 de la Ordenanza número 19 de 1912, en el artículo 57 del Acto legislativo número 3 de 1910 y en el artículo 6º del Concordato aprobado por la Ley 35 de 1888.

Solicitó a la vez la suspensión provisional de la providencia objeto de la demanda, de acuerdo con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, y el Tribunal de Bogotá la decretó por medio de auto de fecha 13 de mayo de 1937, el cual fue confirmado por esta Superioridad el 16 de julio siguiente.

Más adelante y a virtud de sentencia proferida por el mismo Tribunal el día primero de septiembre del referido año de 1937, se puso término a la primera instancia del juicio, mediante la declaratoria de nulidad de la Resolución número 91 de 1936.

Apelado aquel fallo por el señor Personero Municipal de Bogotá, han vuelto los autos al Consejo de Estado, y surtidos legalmente todos los trámites de la alzada sin que se observe causal alguna de nulidad que pueda invalidar la actuación, ha llegado la oportunidad de desatar definitivamente la litis, a lo cual se procede sobre la base de las consideraciones expuestas a continuación.

Han sostenido respecto de este negocio los diversos representantes del Ministerio Público, que la circunstancia de haber el señor cura de Las Nieves arrendado una parte de la casa destinada a servir de habitación al párroco, le hace perder a tal inmueble el carácter de casa cural, debiendo, por lo tanto, la parroquia cubrir el impuesto predial correspondiente, como si se tratara de una propiedad privada común.

Pero debe advertirse que las respectivas vistas fiscales parten de la base errónea sentada en la Resolución municipal, de que la casa gravada con el impuesto no es ya el domicilio del cura de almas, sino que está dedicada a usos comerciales. De ahí que se lean en tales piezas del expediente conceptos como éste: "Para el caso de esta demanda, la casa de que se trata, de propiedad de la parroquia de Las Nieves, ha perdido por lo menos temporalmente su carácter diferencial, puesto que no está destinada a habitación ordinaria del párroco." (folio 16 del cuaderno número 2).

Ahora bien: obra en el proceso el certificado del Vicario General de la Arquidiócesis de Bogotá, de que ya se habló, y según el cual el párroco de Las Nieves ha estado ocupando la casa sobre la cual versa el litigio. Y si se tiene en cuenta que la razón que la Secretaría de Hacienda adujo para liquidar el impuesto fue precisamente la de que el cura de la parroquia no habitaba dicho inmueble, parece lógico deducir que ha desaparecido el motivo que dio origen al gravamen. La liquidación formulada a cargo de aquella entidad eclesiástica se hizo como consecuencia de un error de hecho.

Mas el certificado del señor Vicario General del Arzobispado, lo mismo que los reclamos y alegaciones del demandante, reconocen una circunstancia ya mencionada, y que debe ser sometida al análisis para poder decidir adecuadamente acerca del proceso: la de que una parte del inmueble distinguido con los números 20-38 y 20-40 de la carrera 7ª, la parte nueva de que habla el señor Vicario, ha sido arrendada a varios particulares con el objeto de allegar fondos para atender a la obra del templo de Las Nieves, actualmente en construcción. Es esta la circunstancia que le hace decir al señor Fiscal del Consejo que "cuando el inmueble destinado al culto divino se desnaturaliza en su objeto y entra al torrente circulatorio del comercio, pierde su carácter primitivo y queda sujeto al gravamen en la misma forma y extensión de las demás propiedades particulares."

Respecto de este punto han alegado los voceros de la parroquia que todos los bienes cuyo producto se destina al servicio del culto, están exceptuados del impuesto, y que, por lo tanto, carece de toda importancia el hecho de que la casa cural esté destinada en parte a fines lucrativos.

El Consejo no puede compartir esta última opinión, puesto que de conformidad con la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato, citada en la demanda y transcrita por las partes en diversas piezas del expediente, las propiedades eclesiásticas pueden ser gravadas libremente por el Estado. Y es claro que tal disposición, que hace parte de un pacto bilateral y que es también un precepto positivo de la legislación, perdería todo su valor y su eficacia si estuviera a arbitrio de los directores de la Iglesia Católica en Colombia sustraer la totalidad de sus bienes al impuesto consagrando sus frutos al servicio del culto. Son únicamente los *edificios destinados al culto,* no todos los bienes eclesiásticos en general, los que no pueden ser gravados. La excepción favorece también a los Seminarios Conciliares y a las casas episcopales y curales.

El problema planteado por este litigio no puede resolverse desde el punto de vista de que la renta procedente del inmueble parroquial esté destinada al servicio divino, cosa que tampoco está debidamente acre-

dítada, puesto que el certificado del señor Vicario por respetable que sea, no tiene fuerza probatoria suficiente acerca de ese hecho, conforme al Código Judicial, sino desde el punto de vista de precisar el sentido de la expresión casa cural, y de establecer los casos en que un inmueble que tenga originalmente ese carácter, pueda perderlo a virtud de determinadas circunstancias.

Ahora bien: como lo hizo notar el señor Fiscal del Tribunal Administrativo de Bogotá en su concepto, existe una resolución administrativa aprobada por el Ministerio de Gobierno el primero de febrero de 1890, y publicada en el *Diario Oficial* número 7986, que fija con exactitud lo que debe entenderse por casa cural, o sea "no la particular del cura sino la costeada con fondos de la parroquia o de otro modo adquirida por ella y con destino a la habitación ordinaria del párroco, sea cual fuere el individuo particular que ejerza esas funciones."

Resulta, por lo tanto, evidente, conforme a elementales principios de hermenéutica jurídica, y aun de acuerdo con el simple sentido común, que si una antigua casa cural se destina a fines distintos por completo de la habitación del párroco, pierde inmediatamente el carácter a virtud del cual goza de la exención de impuestos.

Suponer que un edificio aun perteneciente a determinada parroquia, donde se establece una fábrica que ocupa la totalidad del inmueble, o se alquila para hotel, oficinas públicas, acuartelamiento de tropas, redacción de periódico o cosa semejante, pueda seguir siendo considerado como casa cural, sería del todo aberrante, pues el objeto social de la ley que otorgó el beneficio a que se viene haciendo alusión, fue el de dar una muestra de deferencia a la Iglesia Católica en la persona de sus Ministros y representantes, y el de hacer más llevadero el ejercicio de sus funciones al clero en general, pero especialmente a los curas de almas, que, según el espíritu evangélico, están sometidos a vivir en la pobreza, sosteniéndose con los donativos de los fieles y los modestos proventos de su ministerio. El objeto de la disposición concordataria no pudo ser y no fue, como las autoridades eclesiásticas son las primeras en reconocerlo, el de aumentar el patrimonio de la Iglesia, sino el de favorecer la acción espiritual del sacerdocio.

Tienen, por lo tanto, razón los Agentes del Ministerio Público al sostener en este proceso que una casa donde no habita el cura párroco, y que se destina a perseguir utilidades de índole comercial aunque pertenezca a las entidades eclesiásticas no es casa cural.

Sólo que el Consejo no encuentra suficientemente fundada la tesis de que se halle en esas condiciones el inmueble marcado con los números 20-38 y 20-40 de la carrera 7ª, perteneciente a la parroquia de Las Nieves. En efecto, allí habita el párroco, como se ha dicho ya, y no hay en el expediente prueba de que la parte de la casa alquilada a particulares sea por su extensión e importancia susceptible de hacerle variar su carácter de casa cural o de convertir su administración en una empresa lucrativa.

Garantizada la exención del impuesto a las casas curales por la ley y la ordenanza, de acuerdo con la noción corriente que existe en la sociedad sobre el particular, y que recogió la Resolución administrativa mencionada atrás, un edificio perteneciente a una parroquia y donde habita el cura de almas, tiene desde luégo la calidad de casa cural. Basta por lo tanto a sustentar la posición del demandante en este litigio el certificado visible al folio 4º del primer cuaderno del expediente.

Para destruir esa prueba que, cuando menos, establece una presunción favorable, habría debido el Agente del Ministerio Público comprobar con los medios ordinarios, tales como declaraciones de testigos, inspección ocular, etc., la desnaturalización del inmueble números 20-38

y 20-40 de la carrera 7ª, á virtud de su evidente destinación a fines de carácter económico, dentro de un criterio equitativo y técnico que hubiera sido capaz de acreditar la prevalencia del fin lucrativo sobre el objeto de alojamiento del párroco, hasta hacer inoperante dentro del espíritu de la ley este último hecho.

Como lo ha sostenido esta corporación en un reciente fallo recogiendo una tesis muy sólidamente respaldada en la doctrina jurídica, todo proceso implica un diálogo de pruebas entre las partes. No es admisible entender que el viejo aforismo *onus probandi incumbit actori,* reduzca a una actividad meramente pasiva la posición del demandado o impugnador. Establecido por el demandante un determinado hecho en forma susceptible de producir una razonable convicción, corresponde a la otra parte desvirtuar las bases de esa convicción, con probanzas más amplias y más fuertes, so pena de no ver confirmadas sus pretensiones por el juez.

A virtud de las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia recurrida.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Alcance jurídico del concepto de explotación

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

Los actos de la industria del petróleo, enumerados en el artículo 13 de la Ley 37 de 1931 como exentos de impuestos departamentales y municipales, con excepción del transporte, son anteriores a los de "distribución," a las actividades propiamente mercantiles, y de ahí por qué el "expendio o venta" y muchísimas otras manifestaciones de dichas actividades no se hallan exentas de los anotados tributos, y en especial del llamado "impuesto de industria y comercio."

Consejo de Estado—Bogotá, abril cinco de mil novecientos treinta y ocho.

En ejercicio de la acción privada y por medio de apoderado, la sociedad anónima Tropical Oil Company, sometida a las leyes de Colombia, demandó, en escrito presentado el veinticinco de junio de mil novecientos treinta y siete, ante el Tribunal Administrativo de Popayán, la nulidad de los artículos 1º, ordinal b), y 4º del Acuerdo número 18, de 23 de septiembre de 1925; 1º y parágrafo del Acuerdo número 92 de 28 de febrero de 1936, y 1º del Acuerdo número 1, de 24 de marzo de 1937, expedidos por el Concejo Municipal de Popayán, y la de las Resoluciones de 19 de mayo de 1936 y 27 de abril de 1937, de la Junta de Hacienda de dicho Distrito.

Según sentencia de 9 de octubre de 1937, el Tribunal despachó el negocio así:

"Primero. Son nulos el artículo 1º del Acuerdo número 92, de 2 de marzo de 1936 y su parágrafo, y el artículo 1º del Acuerdo número 13, de 24 de marzo de 1937, en cuanto dentro de su clasificación puedan incluir a la agencia o establecimiento comercial que en esta ciudad tiene establecido la Tropical Oil Co., originarios del honorable Concejo Municipal de Popayán;

"Segundo. Son virtualmente nulas las Resoluciones de la Junta Municipal de Hacienda de Popayán, fechadas el 19 de mayo de 1936 y el 27 de abril de 1937, en cuanto gravan con impuesto a la Agencia Tropical Oil Co. de esta ciudad, y la bomba que posee esta Compañía en su establecimiento para beneficio de la gasolina;

"Tercero. No habiéndose allegado a los autos demostración alguna de que por el Acuerdo número 18 de 1925, del honorable Concejo Municipal de Popayán, ni por resolución posterior originada de este acto se haya gravado a la Tropical Oil Co., no es el caso de decretar la nulidad solicitada al respecto."

A virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal, la que le fue concedida en el efecto devolutivo, han venido los autos al Consejo, donde se ha surtido la tramitación de rigor y se pasa a decidir con base en las siguientes consideraciones:

De manera implícita, el actor pretende que se ha violado el artículo 13 de la Ley 37 de 1931, planteando así la cuestión principal que, por lo mismo, debe estudiarse de preferencia.

Dice dicho artículo, en lo pertinente:

"La exploración y explotación del petróleo, el petróleo que se obtenga, sus derivados y su transporte, las maquinarias y demás elementos que se necesiten para su beneficio y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos, quedan exentos de toda clase de impuestos departamentales y municipales, directos e indirectos, lo mismo que del impuesto fluvial....."

Fundándose el actor en antigua doctrina del Consejo (sentencia de 10 de marzo de 1933, páginas 810 a 814 del tomo XXV de los *Anales)*, sostiene que por "explotación" debe entenderse el conjunto de operaciones destinadas a sacar provecho de la industria del petróleo, o sea todos los negocios propios de su ejercicio desde la producción hasta el consumo, inclusive.

Uno de los significados de "explotación" es "extraer de las minas la riqueza que contienen." Tal alcance, en parte, le dio el legislador en el caso presente.

En efecto, examinadas las expresiones o frases de las distintas normas de dicha ley, que contienen aquella palabra, es forzoso aceptar que ésta se refiere necesariamente a determinada zona, superficie, área o terreno que sea objeto de concesión o contrato a favor de determinada persona natural o jurídica. No admiten una acepción diferente, entre otros, los artículos 2, 16, 17, 18, 19, 21 y 35, y el 26 de la Ley 160 de 1936, que habla de *"terreno* donde hayan de hacerse la exploración y la explotación." Si así no fuera, ocurriría, por ejemplo, al aplicar la tesis de la demanda, que cada uno de los Municipios donde se comerciara con petróleo o sus derivados podría reclamar el cinco por ciento de la regalía pagada a la Nación por razón de sus contratos en el año anterior, y que habría que denominar "explotadores" a los intermediarios de tal negocio para todos los efectos legales.

Aquella antigua doctrina del Consejo se apoya especialmente en el artículo 3º de la Ley 37 ib., precepto en el cual los conceptos de "explotación" y "distribución" se mencionan separadamente, como relativos a categorías jurídicas distintas.

Hechas estas aclaraciones, se tiene que de acuerdo con el artículo 3º ib., la exención de impuestos departamentales y municipales comprende:

Los actos preparatorios de la extracción de petróleo denominados "exploración," o sea el conjunto de trabajos tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o nó petróleo en cantidades comercialmente explotables (artículo 18); la extracción misma como base de la explotación; el producto que se obtiene, es decir, mezclas naturales de hidrocarburos que se encuentran en la tierra, cualquiera que sea el estado físico de aquéllas, y que componen el petróleo crudo, lo acompañan o *se derivan de él* (artículo 1º), y, por tanto, los derivados; las maquinarias y elementos indispensables para el beneficio o explotación, para la refinación y transporte, el *transporte* mismo, y todo ello en beneficio exclusivo de los respectivos concesionarios o contratistas.

Los actos enumerados, excepto el transporte, son anteriores a los de *distribución,* a las actividades propiamente mercantiles, y de ahí por qué el *expendio o venta* y muchísimas otras manifestaciones de dichas actividades no se hallan exentas de los anotados tributos.

En síntesis, las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, regulan materias propias de la legislación de minas y no han pretendido incursiones en la comercial.

Sabido es que desde el punto de vista económico los fenómenos que presenta la industria son de producción, de distribución o circulación, y de consumo. La ley quiso amparar el primero, por lo expuesto; el tercero, en cuanto libertó de gravámenes, según el artículo 13, el petróleo y sus derivados, y sólo hizo excepción del transporte, se repite, como parte de la industria comercial, que incluye un sinnúmero de objetos gravables, al tenor de la Ley 97 de 1913, que permite a los Municipios (artículo 1º, ordinal f), establecer contribuciones sobre expendios de cualquier clase.

Otro cargo de la demanda se hace consistir en que los artículos 31 y 32 de la Ley 37 de 1931 establecieron un impuesto en favor de la Nación sobre las concesiones relativas a la exploración y explotación del petróleo de propiedad nacional, lo mismo que el 35 ib., sobre la exploración y explotación del petróleo de propiedad privada, por lo cual los acuerdos y resoluciones acusados violan la prohibición legal a los Municipios de gravar objetos ya gravados por la Nación.

Lo dicho acerca del verdadero alcance del precitado artículo 13, explica con claridad cómo la contribución denominada de "industria y comercio" no recae sobre objetos comprendidos en las exenciones que aquél consagra, sino sobre actos de *distribución* distintos del transporte. Además, las regalías no afectan sino la *producción*, y no pueden calificarse de impuestos por su carácter de participaciones de origen contractual. El impuesto sobre el petróleo de propiedad privada contempla, asimismo, un fenómeno de producción.

Por último, tacha el actor las resoluciones de la Junta Municipal de Hacienda en razón de que a estas entidades no pueden delegarles los Concejos su función privativa de *decretar* tributos, dentro de los límites señalados en la Constitución, la ley y las ordenanzas.

El Concejo de Popayán *estableció* por medio de los acuerdos de que se trata los gravámenes sobre expendios, talleres, hoteles, etc., señalando la cuantía máxima y la mínima, y facultó a la Junta de Hacienda para las respectivas clasificaciones o aforos, labor esta de simple verificación, gracias a la cual se ejecuta y se cumple, dentro de los límites y sobre las bases fijados de antemano, la primera etapa de la función recaudadora. Imposible le sería al Concejo entrar en contacto con todas y cada una de las personas obligadas a erogar las contribuciones y apreciar el monto individual de éstas, o, mejor dicho, dictar un acuerdo para cada caso particular. De ahí por qué resulta lógico que se asesoren de Juntas o de determinados funcionarios con tal objeto, y que difieran sustancialmente el establecimiento del tributo de manera general e impersonal y los actos que lo desarrollan para que el derecho de percibirlo tenga plena eficacia. Tal ha sido la doctrina constante de esta corporación a este respecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo en lo sustancial con el señor 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 dispone: no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Pedro Martín Quiñones. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Acción improcedente

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en Resolución número 92 de 1936, reformó una providencia del Administrador de Hacienda Nacional de Bolívar, que impuso una multa a la sociedad actora por infracciones al impuesto sobre timbre. Por Resolución número 31 del mismo Ministerio, de fecha 18 de marzo de 1937, se negó la reposición intentada contra la número 92 de 1936. No habiéndose ejercitado la acción contra la Resolución número 92, que fue la que reformó la providencia del Administrador de Hacienda de Cartagena, sino únicamente contra la número 31, que negó la reposición de la primera, el Consejo carece de jurisdicción para analizar su fundamento legal por no estar "sub judice." Si no cabe considerar la resolución inicial, es improcedente la demanda contra la que negó la reconsideración de ésta.

Consejo de Estado—Bogotá, abril cinco de mil novecientos treinta y ocho.

El doctor Ernesto Aparicio J., obrando en su carácter de apoderado especial de la Sociedad Comercial Anónima K. & B. Meluk, demandó ante esta corporación, en escrito de 24 de junio de 1937, la nulidad de la Resolución número 31, de 18 de marzo del mismo año, emanada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que negó la reposición intentada contra la número 92 de 1936, del mismo Despacho, la cual, a su vez, reformó una providencia del Administrador de Hacienda Nacional de Bolívar, que impuso a la mencionada sociedad una multa por infracciones al impuesto sobre timbre.

Como hechos fundamentales de su demanda, aduce los siguientes:

"1º La Sociedad Comercial Anónima K. & B. Meluk, se organizó por medio de la escritura número 9, otorgada en la Notaría principal del Circuito del Atrato, en la Intendencia del Chocó, el 21 de enero de 1932, con un capital de $ 10.000, dividido en 100 acciones al portador, de valor de $ 100 cada una.

"2º De acuerdo con lo ordenado por los estatutos sociales, la sociedad mencionada, con fecha 22 de enero de 1934, emitió las acciones representativas del capital, en tres (3) títulos, uno, bajo el número uno (1), por cuarenta y ocho (48) acciones, y por valor de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800); otro, bajo el número dos (2), por cuarenta y siete (47) acciones, por valor de cuatro mil setecientos pesos ($ 4.700); y otro, bajo el número tres (3), por valor de quinientos pesos ($ 500).

"3º El día 19 de junio de 1935, un empleado de la sociedad K. & B. Meluk, se presentó a la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar, a fin de hacer estampillar los referidos títulos, de conformidad con

las disposiciones del artículo 1º, ordinal 55, del Decreto ejecutivo número 92 de 1932, y la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar, basándose en dicho ordinal, dictó la Resolución G-22, imponiendo a la sociedad mencionada una multa por valor de $ 580, con el fin de revalidar los expresados títulos, y satisfacer así el impuesto de timbre que les correspondía.

"4º Contra esta Resolución se interpuso oportunamente el recurso de apelación ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del mismo Decreto, y se interpuso igualmente el recurso de reposición, los cuales confirmaron la Resolución de la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar, por medio de la Resolución final citada, número 31 de 1937, de 18 de marzo."

Y cita como disposiciones violadas los artículos 1º, ordinal 55; 6º y 8º del Decreto número 92 de 1932, y 572, 573 y 579 del Código de Comercio.

Acompañó a su demanda copias debidamente autenticadas de la Resolución acusada, de la número G-22 de la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar, lo mismo que tres certificados o títulos representativos de cuarenta y ocho (48), cuarenta y siete (47) y cinco (5) acciones, respectivamente, expedidos por la sociedad con fecha 22 de enero de 1934.

Según se desprende de la Resolución de la Administración de Hacienda Nacional de que se ha hecho mérito, ante un funcionario de esa oficina fueron presentados cien (100) títulos de acciones de valor de $ 100 cada uno, y sobre este número se impuso la respectiva sanción.

Sostiene el demandante que los títulos eran solamente tres, en los cuales constaba la emisión de 100 acciones, y al efecto presenta tres documentos al portador, pero no ha demostrado que ellos sean los mismos que tuvo en cuenta la Administración de Hacienda de Cartagena para imponer la referida multa.

Además, el acto acusado no expresa si efectivamente el número de títulos es el mismo a que se refiere el actor, pues aunque aquél da a entender, en su parte motiva, que varias acciones estaban confundidas en un solo documento, no se determina cantidad alguna sobre el particular.

Por otra parte, la acusación sólo se dirigió contra la Resolución número 31, que negó la reposición de la número 92. Procede, pues, el estudio de la demanda por este aspecto, y para ello el Consejo observa:

No habiéndose ejercitado la acción contra la Resolución número 92, que reformó la de la Administración de Hacienda de Cartagena y confirmó en parte la multa, el Consejo carece de jurisdicción para analizar su fundamento legal por no estar *sub judice*, es decir, no puede entrar a estudiar si es violatoria de la ley o lesiva de los derechos civiles de la sociedad anónima K. & B. Meluk. Si no cabe considerar la Resolución inicial, es improcedente, por tanto, la demanda contra la que negó su reconsideración, por las siguientes razones:

1ª Porque el acto acusado, considerado aisladamente como lo hace el demandante, no contiene en sí ninguna violación de la ley ni de sus derechos civiles. El declara ejecutoriada la primitiva providencia, y pone fin a la tramitación administrativa.

Los motivos alegados por el actor en apoyo de su demanda, ha debido aducirlos contra la Resolución número 92, que fue la que decidió la cuestión principal, y, por consiguiente, para que la acción prosperara ha debido acusar ambas Resoluciones.

2ª Porque si únicamente se decretara la nulidad de la Resolución acusada, seguiría vigente la número 92, que impuso la sanción, es de-

cir, quedaría sin valor alguno el fallo del Consejo, y se presentaría el caso, antijurídico, de que sobre un mismo punto de derecho existieran dos decisiones ejecutoriadas y completamente contradictorias; y

3ª Porque si se declarara que el Ministerio ha debido acceder a la reposición pedida por el demandante, habría que decidir el sentido preciso de la reforma de la Resolución número 92, que no ha sido objeto de la demanda, lo que a todas luces sería ilegal, ya que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes (artículo 471 del Código Judicial)."

Lo expuesto es suficiente para que 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, niegue, como en efecto niega, las peticiones de la demanda.

Levántase la suspensión provisional decretada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Pedro Martín Quiñones. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Jurisdicción por concepto de impuestos

Consejero, doctor
ELIAS ABAD MESA

En último análisis, en las demandas que se dirigen contra las resoluciones del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado obran sobre la base de la liquidación primitiva. De ahí por qué es competente en primera instancia el Tribunal dentro de cuya jurisdicción territorial obra el respectivo Administrador de Hacienda Nacional. Para efectos de jurisdicción, no atiende la ley al hecho del domicilio del demandante, es decir, descarta la noción jurídica de competencia "ratione personae", y excluye, por tanto, la que se funda en la voluntad de una de las partes.

Consejo de Estado—Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos treinta y ocho.

En grado de apelación y consulta ha venido al Consejo el juicio sobre nulidad promovido por el doctor Jesús Echeverri Duque, como apoderado del señor Jacobo Margullis, vecino de París, contra las Resoluciones números 520-H, de 25 de mayo de 1937, y 851, de 15 de julio del mismo año, relativas a impuestos nacionales. Juicio del cual conoció el Tribunal Administrativo de Bogotá, y que se decidió según sentencia del dos de marzo último.

Dicho Tribunal no reparó en una cuestión de capital importancia, que ha debido ser materia de previo pronunciamiento y cuya solución oportuna hubiera podido evitar las consecuencias de este proveído.

Se trata de lo siguiente:

Según el artículo 89 de la Ley 130 de 1913, "la persona a quien se exija un impuesto nacional, que crea no debe serle exigido, o se le liquide de manera que él (sic) juzgue incorrecta, puede ocurrir al Tribunal Seccional Administrativo *correspondiente* para que se revise la resolución del Recaudador."

La norma anterior atribuye jurisdicción en forma general, por concepto de impuestos nacionales, en beneficio de las personas que se encuentren dentro de los casos previstos en ella, al Tribunal *correspondiente,* contra la resolución del *Recaudador.*

También el artículo 39 de la Ley citada dice que dichos Tribunales conocen en primera instancia de las cuestiones que se susciten entre el Estado y los particulares sobre el monto, distribución y asignación de los impuestos nacionales.

Y el artículo 12 de la Ley 78 de 1935 se halla concebido así:

"El numeral 2º del artículo 14 de la Ley 81 de 1931 quedará así:

'2º Si la decisión del Jefe de Rentas Nacionales es desfavorable al reclamante, éste puede recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El fallo del Tribunal es apelable ante el Consejo de Estado, conforme a lo establecido en la Ley 130 de 1913.' "

A su vez, el decreto reglamentario de la Ley 78 ibidem dispuso en su artículo 116:

"El recurso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de que habla el numeral 2º de la Ley 81 de 1931, sólo podrá intentarse contra las decisiones del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales..... Tal recurso deberá intentarse dentro del término de noventa días hábiles, contados desde la ejecutoria de la decisión de aquel funcionario."

Para saber si dicho Jefe tiene la calidad de Recaudador, basta observar que el Ejecutivo, por medio del Decreto 1135 de 1937, expedido en ejercicio de la facultad que le fue conferida por el artículo 14 de la Ley 102 de 1936, reorganizó la Jefatura de Rentas Nacionales denominándola "Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales," dándole, entre otras atribuciones, la de dirigir todas las actividades relacionadas con el control, liquidación y recaudación de las rentas y los impuestos nacionales, excepción de los impuestos o gravámenes a la exportación. Y en el artículo 4º le confirió de manera especial jurisdicción en toda la República para las funciones recaudadoras, que, conforme al mismo artículo, la tienen los Administradores Principales de Hacienda Nacional en los Departamentos, Intendencias y Comisarías que se les adscriban.

Ahora bién: ¿Qué Tribunal conoce de las demandas como la que ha motivado este pleito, o sea de las que se dirigen contra las resoluciones del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales por concepto de impuestos de patrimonio, rentas y exceso de utilidades?

En asuntos de impuestos, se aplican, por lo que hace a los trámites procedimentales, los artículos 54 a 63 de la Ley 130 ibidem. Prescribe el 56 que la demanda debe presentarse personalmente ante el Secretario del Tribunal Seccional Administrativo *correspondiente,* si el demandante reside en el mismo lugar en que dicho Tribunal tiene su asiento. De lo cual se infiere, armonizando tal precepto con los artículos 57 y 58, que para efectos de jurisdicción no atiende la ley al hecho de domicilio del demandante, es decir, descarta la noción jurídica de competencia "ratione personae" y excluye, por tanto, la que se funda en la voluntad de una de las partes.

"Los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo son catorce —dice el artículo 1º de la Ley 25 de 1928—, cuyas denominaciones, *territorios de su jurisdicción* y lugar de su residencia, se expresan en seguida....." Esa jurisdicción territorial incluye la competencia "ratione materiae" que por regla general les ha conferido la Ley 130 en los artículos 38 y siguientes.

Es, pues, forzoso concluir que la competencia de aquéllos se adapta a la división territorial de la República, con el objeto de que conozcan de las controversias que se susciten entre los particulares y las entidades o autoridades nacionales, departamentales o municipales que actúan dentro del radio de su jurisdicción.

Se argüirá que las atribuciones del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales se extienden a toda la República en materia de impuestos de patrimonio, renta y exceso de utilidades. Pero la ley no colocó sus decisiones en el mismo pie que las de los Ministros, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conforme a la doctrina y a la práctica, la expresión "Tribunal correspondiente" no designa uno solo, ni cabe afirmar que para el caso que

se estudia sea el de Bogotá, ya que el residir éste donde ordinariamente reside el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales no es criterio que en algo pueda fundarse o siquiera presumirse.

El indicado para la acción del señor Margullis era el de Medellín.

En efecto, la liquidación de los mencionados impuestos que hace el Administrador de Hacienda Nacional nunca es definitiva, aunque no sea reclamada. Al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales le corresponde, al proceder a su revisión, mantenerla o modificarla de acuerdo con las Leyes 81 de 1931 y 78 de 1935, lo que a su vez ocurre cuando se acude a esta jurisdicción contra lo resuelto por dicho Jefe, ante quien termina la actuación administrativa por el expresado concepto. En último análisis, por consiguiente, el Tribunal y el Consejo obran sobre la base de la liquidación primitiva, y de ahí, porque es competente en primera instancia el Tribunal dentro de cuya jurisdicción territorial, obra el respectivo Administrador de Hacienda Nacional.

Por lo expuesto, se está en presencia de la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción prevista en el artículo 448 del Código Judicial, que, para los efectos a que haya lugar, se pone en conocimiento de las partes (artículo 455 ibídem).

Cópiese y notifíquese personalmente.

Elías Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.

Actos de policía

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

El acto de policía se caracteriza por el efecto jurídic que produce. Es una operación que asegura, por vía gene ral o individual, preventivamente y gracias a medidas apro piadas, la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públi cas, evitando atentados contra los derechos y propiedade de los individuos que podrían sobrevenir por defecto d tranquilidad, seguridad o salubridad.

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

Ante el Tribunal Administrativo de Cali y en escrito presentado e primero de febrero de mil novecientos treinta y siete, el señor Cels Flórez Pardo, en ejercicio de la acción pública, demandó la nulidad d todos y cada uno de los Decretos 157 y 86 de 1936, expedidos por e Alcalde Municipal de aquella ciudad. Uno y otro contienen disposicio nes sobre avisos y prohiben una propaganda.

Tramitado el negocio, se le puso fin por sentencia del 14 de mayo d 1937 en sentido favorable a las peticiones del actor, y habiendo apelad de ella el señor Personero Municipal, ha llegado el momento de pro nunciar el fallo definitivo de segunda instancia, a lo cual se procede co base en las siguientes consideraciones:

Entre las disposiciones constitucionales y legales cuya infracción pr tende el actor, están algunas que amparan derechos civiles, tales com el de propiedad, en sus atributos generales y en una de sus caracteri ticas —*jus utendi*— y el de libertad de industria.

La Ley 130 de 1913 permite el ejercicio de dos acciones, la públic y la privada, contra determinados actos. En el presente caso, el dema dante ejercitó, como se dijo, la primera, citando erróneamente el a tículo 72 de dicha Ley, que se refiere a acuerdos y otros actos de l Concejos Municipales.

Procede la acción privada cuando el acto o providencia que se ac sa se estima violatorio de la Constitución, la ley o la ordenanza, en concepto de ser lesivo de derechos civiles, de manera individual y co creta. Debe entonces el interesado, para que su demanda prospere, acr ditar que es titular de un derecho de tal naturaleza y el perjuicio q por la vigencia o aplicación de dicho acto sufre o se le irroga, si p otra parte aparece la existencia de una infracción a normas superiore

Esa restricción legal, por lo que hace a lesión de derechos civile indica que no cabe el ejercicio de la acción pública invocando el de conocimiento de éstos en abstracto, o sea sustituyéndose quien dema da a cuantos pudieran creerse agraviados con el acto de que se trate.

Mas, aunque así no lo fuera, los derechos civiles y las garantías s ciales reconocidos en la Constitución no son absolutos. Por razones e interés público y social están sometidos a limitaciones. Para la mate

que los decretos acusados reglamentan se han dictado normas que establecen dicho límite, verbigracia, el artículo 1º de la Ley 28 de 1907, que dice:

"Declárase motivo de utilidad pública el ornato y embellecimiento de la capital de la República y de las de los Departamentos y Provincias."

El problema en estudio es propiamente de competencia, o sea el de saber cuál es la persona o entidad legalmente autorizada para adoptar medidas como las que contienen los decretos en cuestión.

Con todo, antes de examinar este punto fundamental conviene glosar algunos conceptos de la vista del señor Fiscal del Consejo, quien se expresa así:

"Las medidas adoptadas por el Alcalde de Cali ofrecen todas las características que distinguen los actos policivos, por su objeto, finalidad y origen. Son tan amplias las funciones policivas y su radio de acción tan extenso, que se dificulta poder determinar hasta dónde pueden ir las atribuciones de la autoridad en orden al cumplimiento de sus deberes. 'La policía es el campo más rico de la administración del Estado; lo que es fin e interés de la existencia humana, le pertenece y forma principalmente finalidad positiva' (Gámbara), o bien, como dice Blunschli: 'La esencia de la policía es la libre acción en los momentos oportunos, su libertad no puede ser limitada en fórmulas, ni comprendida en preceptos..... La policía es un sistema de precauciones contra toda calamidad o daño público o privado, de donde se infiere que cualquier providencia que dicte en ese sentido debe ser cumplida sin contradicción, porque no puede la ley prever todos los casos de posible ocurrencia y porque en las esferas del bien la autoridad administrativa puede acogerse a las inspiraciones del buen sentido, sin estricta sujeción a las leyes positivas, de las cuales sólo son esclavos los jueces.'

"Conclúyese de lo expuesto, que no debe buscarse en la ley, ordenanza o acuerdo, como lo pretende el actor, la disposición expresa que autorice al Alcalde para tomar las medidas de que tratan los decretos acusados, porque de conformidad con nuestra organización política, el Alcalde tiene facultades propias para reglamentar esa clase de asuntos. Por tanto, la nulidad de los decretos no puede provenir de la falta de autorizaciones, y sólo sería ella procedente por la violación expresa de alguna disposición de la ley, ordenanza o acuerdo que estableciera lo contrario.

"Pretender que toda regla de policía en orden á la seguridad, moralidad o salubridad públicas debe emanar directamente del Concejo, es desconocer las facultades propias del Alcalde, porque éste no es un mero ejecutor de los acuerdos municipales sino que al propio tiempo es jefe de la administración pública del Municipio y agente inmediato del Gobierno, es Jefe superior de la Policía dentro de su jurisdicción. Por consiguiente, el Alcalde puede intervenir en la administración municipal por medio de providencias que aseguren la buena marcha de los intereses comunes. De esta manera, los actos materia de la acusación caen por su naturaleza dentro de las funciones propias y privativas del Alcalde, sin que ello quiera decir que el Concejo no pueda asumir las mismas funciones, reglamentando todo lo relativo a la comodidad y ornato de las vías públicas."

El acto de policía se caracteriza por el efecto jurídico que produce. Es una operación que asegura por vía general e individual, preventivamente y gracias a medidas apropiadas, la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, evitando atentados contra los derechos y propiedades de los individuos que podrían sobrevenir por defecto de tranquilidad, seguridad o salubridad.

Se ha entendido por tranquilidad la ausencia de desórdenes y perturbaciones; por seguridad, la de accidentes o riesgos que ocasionen daños a las personas o a las cosas, y por salubridad, la de enfermedades o riesgos de enfermedades, o sea cuanto atañe a la higiene de las personas o de las cosas o al estado sanitario.

No se niega que las facultades de policía corresponden a autoridades distintas; el legislador puede restringir los derechos y libertades individuales con tal fin, y el Organo Ejecutivo fijar los detalles de aplicación. Pero es claro que los decretos acusados no miran a la salvaguardia de los derechos de tal orden, sino a razones de ornato, de embellecimiento, de estética.

Es verdad, asimismo, que los Alcaldes son ejecutores de los acuerdos municipales, Jefes de la Administración Pública del Municipio, Agentes del Gobernador y Jefes superiores de Policía dentro de su respectiva jurisdicción. Deben cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos que estén en vigor, en su calidad de funcionarios por los anotados conceptos. Sin embargo, todo ello no significa que tengan poder reglamentario o que puedan suplir omisiones de entidades a las cuales les esté expresamente atribuído proveer sobre determinados asuntos, porque usurparían jurisdicción o invadirían la esfera de una jurisdicción extraña. No hay duda acerca de capacidad o aptitud legal para aplicar y cumplir las disposiciones que directamente les conciernen y que señalan y circunscriben su competencia.

Volviendo, pues, al problema de la competencia, se tiene que entre las atribuciones de los Alcaldes, según el artículo 184 del Código Político y Municipal, no se encuentra ninguna que le permita reglamentar la materia de los decretos acusados. En tanto que entre las de los Concejos, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 97 de 1913, está la de disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y *arreglo* de las calles de las poblaciones y caseríos, y la de acordar lo conveniente a la mejora, moralidad y prosperidad del Municipio (11, artículo 169, C. P. y M.).

Si se arguye, por último, que los decretos en cuestión deben presumirse dictados por vía de ejecución del correspondiente acuerdo municipal, ha debido traerlo a los autos, a título de excepción, el señor Personero de Cali, quien, dicho sea de paso, incurrió en ostensible incomprensión al consignar como argumento de defensa el hecho de no haber nacido en Cali el demandante Flórez Pardo.

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

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Elías Abad Mesa—Pedro Martín Quiñones. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Premio nacional de literatura

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

El Gobierno no podía prorrogar o ampliar el plazo señalado para la presentación de obras que aspiraran a obtener el premio nacional de literatura "José María Vergara y Vergara," ni señalar nuevo término al respecto, porque la Ley 35 de 1931, que creó dicho premio, no lo facultaba para ello, y porque no es jurídico prorrogar un plazo que ya ha vencido.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

El Sr. Dr. Raimundo Rivas, obrando en su propio nombre y en ejercicio de las acciones pública y privada, pidió, en demanda del ocho de abril del año próximo pasado, que se declare nulo el Decreto ejecutivo número 647, del 16 de marzo de 1937, "por el cual se prorroga el término fijado para el concurso abierto para el premio nacional de literatura," y que se restablezca el derecho violado, petición que formuló en los siguientes términos:

"Fundado en estos hechos y documentos solicito muy respetuosamente de los señores Magistrados se declare nulo, por violación de la ley y de la Constitución, el decreto acusado, y por ser lesivo de mis derechos civiles, lesión que debe enmendarse mediante la declaración de que el premio me fue legalmente adjudicado por el Jurado, mediante el voto de la mayoría de sus miembros, en la sesión del doce de marzo, y la orden de serme entregado, en cumplimiento de la ley, el premio que se adjudicó."

El negocio fue tramitado, en forma legal, por el honorable Consejero sustanciador, señor doctor Elías Abad Mesa, quien formuló el proyecto primitivo, admitiendo que como consecuencia de la acción pública ejercitada por el demandante, debía declararse nulo el decreto acusado, y negando las peticiones relativas al restablecimiento del derecho violado, por considerar que no existían fundamentos para que prosperara la acción privada. Habiendo estimado la Sala que ésta también debía fallarse favorablemente, negó el proyecto del señor doctor Abad Mesa y ordenó pasar el asunto al Consejero que seguía en turno, para la redacción del nuevo proyecto.

Para resolver se considera:

El decreto acusado es del siguiente tenor:

"DECRETO NUMERO 647 DE 1937

(marzo 16)

por el cual se prorroga el término fijado para el concurso abierto para el premio nacional de literatura.

"El Presidente de la República de Colombia,

en uso de sus atribuciones legales, y

"CONSIDERANDO:

"Que actualmente cursa en el Senado de la República un proyecto de ley reformatorio de la Ley 35 de 1931; y

"Que las reformas contempladas en ese proyecto son indispensables, como lo demuestra el hecho de que para el premio nacional de literatura de 1937 sólo se han presentado hasta la fecha dos obras,

"DECRETA:

"Artículo 1º Ampliase el plazo de admisión de obras para el premio nacional de literatura hasta el 30 de junio.

"Artículo 2º El premio nacional de literatura de 1937, será entregado el próximo siete de agosto.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a 16 de marzo de 1937."

El legislador de 1931, para honrar la memoria del eximio escritor colombiano José María Vergara y Vergara, en el primer centenario de su nacimiento, creó el premio nacional de literatura y ciencias "José María Vergara y Vergara," por medio de la Ley 35 del indicado año.

Los artículos 5º y 6º de la citada Ley disponen:

"Artículo 5º El premio 'José María Vergara y Vergara' se otorgará al autor del libro que, entre los publicados en el año inmediatamente anterior, fuere designado por el Jurado. Pero no podrá otorgarse más que una vez a un mismo autor."

"Artículo 6º Cuando se diere el caso de que el Jurado declare desierto el concurso, la suma que habría de otorgarse como premio se acumulará al capital."

Conforme al artículo 7º, el Jurado que debía adjudicar el premio correspondiente a 1937, se compuso de tres miembros nombrados así: uno por el Ministerio de Educación Nacional, que fue el señor Jorge Zalamea, Secretario encargado de dicho Ministerio; uno por la Academia Colombiana de la Lengua, que fue el señor doctor Antonio Gómez Restrepo, y otro por los directores de la prensa capitalina, que fue el señor doctor Juan Lozano y Lozano.

Llegado el día de la adjudicación del premio, se reunió el Jurado calificador, por convocatoria hecha por el señor Zalamea, el 12 de marzo de 1937.

Según constancias que obran en autos, el señor Zalamea no pudo concurrir a la reunión del Jurado, pero nombró como representante suyo al señor Gustavo Santos, y envió una carta a los doctores Gómez Restrepo y Lozano y Lozano, en que les decía que no habiéndose presentado sino tres obras al concurso, consideraba fácil la tarea del Jurado, y que "de esas obras he escogido para darle mi voto *Variaciones alrededor de nada,* de León de Greiff." Los doctores Gómez Restrepo y Lozano y Lozano manifestaron que daban su voto por el libro denominado *El andante caballero don Antonio Nariño,* de que es autor el doctor Raimundo Rivas.

Para mayor claridad de este fallo, se entra ahora a estudiar la ilegalidad del decreto acusado en lo referente a la acción pública que intentó el demandante, para luégo estudiar la acción privada. El Consejo no es competente para decidir sobre la tacha de inconstitucionalidad que se hace al decreto.

Se deduce de lo dicho atrás que el concurso que se habia abierto para adjudicar el premio correspondiente a 1937, quedó cerrado con anterioridad al 12 de marzo citado, día en que se reunió el Jurado calificador para dictar su fallo. El Gobierno no podía, en consecuencia, prorrogar o ampliar el plazo señalado para la presentación de obras que aspiraran a obtener el premio, ni señalar nuevo término al respecto, porque la Ley 35 de 1931 no lo facultaba para ello, y porque no es jurídico prorrogar un plazo que ya ha vencido. Además, como el artículo 10 de la referida Ley dijo que "el premio se otorgará en sesión que ha de celebrar la Academia de la Lengua, con ese objeto, precisamente el día 19 de marzo, aniversario del natalicio de Vergara y Vergara," es clarísimo que el Gobierno no podía tampoco señalar nuevo día para que se entregara el premio al favorecido, no habiendo llegado el señalado por la ley.

El señor Fiscal del Consejo se expresa así, acerca de la ilegalidad del decreto acusado:

"Los considerandos del Decreto 647 son motivo suficiente para producir su nulidad. El Gobierno resolvió ampliar el plazo de admisión para el concurso del premio de literatura en vista de que actualmente cursa en el Senado de la República un proyecto de ley reformatorio de la Ley 35 de 1931, que se hace indispensable en vista de que para el premio de literatura de 1937 sólo se presentaron dos obras.

"Es evidente que la ley que creó el premio nacional de literatura 'José María Vergara y Vergara' estableció ciertas formalidades inútiles que entraban la libre concurrencia, toda vez que no podrán optar el premio sino aquellos libros que fueren propuestos al Jurado por una Academia, claustro universitario o sociedad literaria o científica legalmente constituidas, y que lleven más de diez años de existencia continua y activa, pero no es este motivo suficiente para que el Gobierno aplace el cumplimiento de una ley defectuosa en vista de posibles y futuras modificaciones de su texto. Como dice gráficamente el demandante, este procedimiento es igual al de aquel general que mandaba fusilar mientras le llegaba la orden.

"Se dirá, sin embargo, que aparte de las razones fundamentadas en aquellos considerandos injurídicos, el Gobierno como ejecutor inmediato de la ley estaba en la obligación de atender a su realización y efectividad precisamente mediante el aplazamiento señalado. Sin duda alguna el procedimiento adoptado por el Gobierno tiene por fin único y exclusivo impedir que por circunstancias imprevistas quede desierto el concurso literario de 1937, con grave perjuicio de los autores que publicaron sus libros en el año inmediatamente anterior, como lo preceptúa el artículo 5º de la Ley 35 de 1931, pero que por uno u otro motivo no fueron propuestos al Jurado por Academias y claustros universitarios.

"En tal virtud, el decreto acusado no sólo no perjudica a los concursantes, sino que los favorece ampliamente con la oportunidad que les brinda para que se presenten nuevamente al concurso de 1937.

"Pero si las medidas adoptadas por el Gobierno se justifican desde el punto de vista de la conveniencia pública y en particular de los literatos y científicos que publicaron sus producciones en 1936, en cambio no tienen respaldo alguno en la ley expresa, ni siquiera como potestad reglamentaria. Antes por el contrario, el aplazamiento viola flagrantemente el mismo texto de la Ley 35 de 1931. Veámoslo:

"El artículo 1º del Decreto 647 amplía el plazo de admisión de obras para el premio nacional de literatura hasta el 30 de junio, y el artículo 2º fija el 7 de agosto de 1937 para que sea entregado el premio de literatura correspondiente a ese año.

"En cambio, el artículo 10 de la Ley 35 de 1931 dispone que 'el premio se otorgará en sesión que ha de celebrar la Academia de la Lengua, con ese objeto, *precisamente* (subrayo) el 19 de marzo, aniversario del natalicio de Vergara y Vergara.'

"La fijación clara de un término tan perentorio impedía al Gobierno variarlo en lo más mínimo, cualquiera que fuese el pretexto.

"Que al concurso no se presentaron sino dos obras, y que sólo una de ellas reunía los requisitos legales, no era tampoco razón para prorrogar el plazo de admisión porque el artículo 6º de la Ley prevé el caso, al decir:

'Cuando se diere el caso de que el Jurado declarare desierto el concurso, la suma que habría de otorgarse como premio se acumulará al capital.'

"De manera que al Gobierno se le presentaba un dilema ineludible: o hubo realmente concurso, por haberse presentado a la consideración del Jurado uno o más libros que reunieran los requisitos legales, o no hubo concurso porque los libros presentados no llenaban las formalidades indispensables para que los considerara el Jurado Calificador. En el primer caso, el premio debió otorgarse precisamente el 19 de marzo de 1937; en el segundo, debió declararse desierto el concurso, ordenando que la suma que habría de otorgarse como premio se acumulara al capital.

"Desacertado el procedimiento adoptado por medio del Decreto 647 de 1937, por injurídico e ilegal, soy de concepto que debe declararse simplemente su nulidad."

Es, pues, evidente que el expresado Decreto es ilegal, y, por lo mismo, la acción pública iniciada contra él debe prosperar.

Veamos ahora lo relativo a la acción privada:

Dice el señor Fiscal:

"El actor se limita únicamente a solicitar la nulidad sin indicar el modo como se deba restablecer el derecho que se dice violado, de manera que el Consejo en su providencia definitiva no puede ir más allá de la simple declaratoria de nulidad, caso de que ésta fuera procedente."

No comparte el Consejo esta opinión del señor Fiscal, porque, como atrás se vio, el demandante sí indicó claramente la manera de restablecer el derecho violado, pues dijo: "lesión que debe enmendarse mediante la declaración de que el premio me fue legalmente adjudicado por el Jurado, mediante el voto de la mayoría de sus miembros, en la sesión del doce de marzo, y la orden de serme entregado, en cumplimiento de la ley, el premio que se me adjudicó."

Para que esta petición pueda prosperar, es necesario examinar si los hechos en que se apoya la acción privada aparecen probados.

Sobre este punto conviene transcribir la opinión del señor Fiscal. Dice:

"Tres condiciones indispensables señala la Ley 35 de 1931 para otorgar el premio 'José María Vergara y Vergara' al autor del libro que estando bien escrito desde el punto de vista literario, enaltezca en alguna forma la mentalidad colombiana:

"1ª Que el libro haya sido publicado en el año inmediatamente anterior.

"2ª Que el libro fuera propuesto al Jurado por una Academia, claustro universitario o sociedad literaria o científica legalmente constituida, y que lleve más de diez años de existencia continua y activa; y

"3ª Que el libro haya obtenido el fallo favorable del Jurado constituido en la forma de que trata el artículo 7º de la Ley.

"Cumplidos los anteriores requisitos, la Academia de la Lengua otorgará el premio en sesión que ha de celebrar con ese objeto el día 19 de marzo.

"Dedúcese de lo anterior que no es propiamente la Academia de la Lengua sino el Jurado quien concede el premio, porque éste no puede ser otorgado sino a favor del autor cuyo libro haya obtenido la mayoría de votos del Jurado. El papel que desempeña la Academia es, pues, un simple acto de ritualidad solemne, es meramente pasivo y no activo o deliberativo como pudiera creerse.

"Es muy importante no perder de vista esta circunstancia, porque si no existe un verdadero fallo del Jurado la Academia no puede otorgar el premio.

"Con arreglo a las anteriores consideraciones, debe investigarse si ha habido o nó la lesión de los derechos que se alegan.

"El señor Raimundo Rivas tenía un perfecto derecho para entrar al concurso en los términos de que se ha hablado, y una simple expectativa de derecho para recibir el premio si reunía su libro los tres requisitos enunciados.

"Su derecho de concursante no ha sido violado en forma alguna, como lo demuestra el hecho de habérsele admitido con su obra *El andante caballero don Antonio Nariño,* y no es este el punto controvertido.

"Queda por averiguar si la expectativa de derecho que le reconocía la ley para que le fuera otorgado el premio de 1937, llegó a convertirse en un perfecto *derecho adquirido,* y para ello basta la confrontación de los hechos demostrados con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

"En efecto, si el libro del señor Raimundo Rivas fue publicado en 1936, si fue presentado por una Academia y si en el concurso obtuvo el fallo favorable del Jurado, tiene un legítimo derecho adquirido; la simple expectativa ha desaparecido para convertirse en un perfecto derecho, y la Academia de la Lengua debió otorgarle el premio de 1937, que ha venido a quedar aplazado por el Decreto 647 de este año, que viola, por tal motivo, los legítimos derechos del concursante.

"Como consta en el cuaderno de pruebas, en la sesión ordinaria de la Academia Colombiana de Historia, correspondiente al 1º de diciembre de 1936, se aprobó la siguiente proposición:

'La Academia Colombiana de Historia, de conformidad con el artículo 8º de la Ley 35 de 1931, se permite recomendar el libro de su distinguido miembro don Raimundo Rivas *El andante caballero don Antonio Nariño* a la consideración y estudio del Jurado Calificador que ha de discernir en 1937 (marzo 19) el premio *José María Vergara y Vergara* a la mejor obra publicada en 1936. La circunstancia de entrar la Academia en período de vacaciones desde el día de hoy hasta el 1º de febrero próximo, hace necesaria esta providencia, en ejercicio del derecho que le concede la ley.'

"Ha quedado, pues, demostrado el cumplimiento de los dos primeros requisitos: el libro *El andante caballero don Antonio Nariño* fue publicado en 1936 y recomendado al estudio del Jurado por una Academia legalmente constituida.

"Queda, finalmente, por examinar si el Jurado falló favorablemente a favor de la citada obra del señor Rivas, último de los requisitos exigidos por la ley, como se deja dicho."

Como se ve, el señor Fiscal acepta que están plenamente probadas dos de las tres condiciones que él considera necesarias para obtener el premio, y niega que el doctor Rivas obtuviera el fallo favorable del Jurado, de que trata el artículo 7º de la Ley 35 de 1931.

Difícilmente puede darse un asunto en que por parte del Ministerio de Educación Nacional se haya procedido con más ligereza, con menos seriedad y orden que en lo relativo a la reunión del Jurado Calificador

y a la manera como ha debido dejarse constancia auténtica y fehaciente del fallo dictado por dicho Jurado, o de si no alcanzó a dictar alguno.

Sabido es que el Jurado Calificador se reunió, por convocatoria del señor encargado del Ministerio de Educación Nacional, el 12 de marzo de 1937.

Enviada por el Ministerio figura en autos una copia, sin autenticar por persona alguna, de un borrador de acta de la sesión que el Jurado verificó en la fecha citada, que dice:

"Reunidos a las 12 del día del mes de marzo de 1937 en el Despacho del Secretario del Ministerio de Educación Nacional, los señores Gustavo Santos, en representación del Ministro de Educación Nacional, quien se excusó de concurrir; Antonio Gómez Restrepo y Juan Lozano y Lozano, con el objeto de hacer adjudicación del premio de literatura 'Vergara y Vergara,' y declarada abierta la sesión, se dio lectura a una nota de la misma fecha, enviada por el señor Jorge Zalamea, Secretario del Ministerio de Educación Nacional encargado del Despacho, y que a la letra dice:

'Bogotá, marzo 12 de 1937.

'Señores Antonio Gómez Restrepo y Juan Lozano y Lozano—Presentes.

'Muy distinguidos señores y amigos:

'La necesidad de concurrir al Consejo de Ministros que se celebrará hoy a la misma hora fijada para la primera reunión del Jurado Calificador del premio nacional de literatura, me impide tener el honor de acompañarlos en sus deliberaciones. Pero como el término que resta es excesivamente limitado, tampoco he querido posponer por más tiempo esta reunión. He solicitado del señor don Gustavo Santos me represente en ella para manifestarles que, no habiéndose presentado a concurso sino tres obras, considero fácil nuestra tarea. De esas obras he escogido para darle mi voto *Variaciones alrededor de nada,* de León de Greiff, por las razones que apresuradamente doy a ustedes: 1ª Su calidad poética excepcional. 2ª Aprovechar esta oportunidad única para dar, por primera vez entre nosotros, un estímulo oficial a la más noble de las actividades del espíritu, como es la poesía. 3ª Premiar la obra desinteresada, constante, nobilísima de un poeta que, a todo lo largo de su vida, ha dedicado a la poesía lo mejor de sí mismo, sin hacer jamás concesiones a la facilidad, ni a la moda, ni al prejuicio del público o de la crítica. Si se llegare a un acuerdo sobre la obra premiada, daría mi voto porque fuese Juan Lozano y Lozano el encargado de redactar el informe o fallo del Jurado.

'Con mis excusas por la falta de asistencia, me es grato reiterarme de ustedes atento servidor y amigo,

'Jorge Zalamea'.

"Acto seguido el doctor Gómez Restrepo manifestó que, como cuestión previa, había que anotar que la Ley dice que las obras deben ser presentadas por Universidades, Academias o Institutos que tengan determinado tiempo de existencia, y que entre las obras puestas en consideración por el señor Zalamea, hay una, la del poeta De Greiff que no tiene ese requisito, y no puede, por consiguiente, ser legalmente considerada. El señor Lozano manifestó que él, admirando como admira la obra de De Greiff, daría su voto por la obra de Rivas, a menos que en próxima reunión el señor Zalamea nos presentara mejores razones. Análoga declaración hizo el doctor Gómez Restrepo. Se resolvió clausurar la sesión. Quede en juicio del señor Zalamea atender las razones expuestas en esta acta, o convocar a nueva reunión."

El Consejo, en auto para mejor proveer, de fecha trece de octubre último, dispuso:

"Devuélvase al Ministerio de Educación el acta que figura a las fojas 9 y 10 del cuaderno de pruebas del actor, a la cual se refiere el oficio número 970, de 28 de mayo del año en curso, para que dicho Despacho certifique al pie de ella si es auténtica, si está completa, si aparece firmada por los miembros del Jurado, o por quién, y si tales miembros la aprobaron.

"Que igualmente certifique el Ministerio de Educación Nacional si después del 12 de marzo de 1937 el Jurado volvió a reunirse o nó, y, en caso afirmativo, qué resolvió en relación con el asunto que se discute."

Librado el despacho correspondiente, el señor Secretario del Ministerio de Educación Nacional contestó:

"En cumplimiento del auto dictado por esa elevada entidad en el juicio de nulidad del Decreto ejecutivo número 647 de 1937, el Ministerio certifica: que en los archivos relacionados con la adjudicación del premio de literatura 'Vergara y Vergara' sólo se ha encontrado un escrito en lápiz, sin fecha, sin firma alguna, que a la letra dice: 'Reunidos..... etc.' De esta manera, no hay constancia alguna de que el acta que se remite con el despacho contentivo del auto en cuestión, sea auténtica, o si está completa o si está suscrita por los miembros del Jurado. Dejo así cumplida la orden impartida por el honorable Consejo de Estado.

"Germán Zea, Secretario."

Dicha certificación fue adicionada posteriormente así:

"Para cumplir la orden del honorable Consejo de Estado, contenida en el auto de 9 de los corrientes, dictado en el juicio que se adelanta contra el Decreto ejecutivo número 647 del presente año, este Ministerio adiciona la información rendida con fecha 8 de los corrientes, certificando así: que en los archivos del Ministerio no hay constancia alguna de que del 12 de marzo de 1937 hasta el presente se haya reunido el Jurado Calificador del premio de literatura 'Vergara y Vergara.'

"Germán Zea, Secretario."

Existen también en autos, traídos por el demandante, una carta del doctor Juan Lozano y Lozano y un certificado del doctor Antonio Gómez Restrepo, reconocidos bajo juramento por sus autores, como auténticos y exactos en su contenido, que dicen:

La carta del doctor Lozano y Lozano:

"Yo expresé que daba mi voto por el volumen *El andante caballero don Antonio Nariño,* de que es usted autor, e hice algunas consideraciones para explicar mi voto. También el señor Gómez Restrepo votó con entusiasmo por el libro de usted.

"De manera que como los miembros del Jurado somos tres, y de ellos dos votamos por el libro de usted, y así lo hicimos constar en un acta, a usted corresponde en derecho el premio de literatura para este año....."

El certificado del doctor Antonio Gómez Restrepo:

"Certifico que en la sesión del 12 de marzo del año en curso, a la cual fui convocado por el Ministerio de Educación Nacional con el fin de fallar en concurso abierto para conceder el premio de literatura nacional 'Vergara y Vergara' correspondiente a 1936, di mi voto en firme, como delegado de la Academia Colombiana, por el libro intitulado *El andante caballero don Antonio Nariño,* por el señor Raimundo Rivas."

En relación con estas pruebas dice el señor Fiscal:

"En estricto derecho probatorio estos dos documentos privados no pueden prevalecer sobre un documento público como es el *acta* de que se ha hablado. Pero como se trata de la opinión de dos distinguidos literatos, miembros del Jurado Calificador, que está en abierta pugna con la veracidad de los hechos relatados en el acta remitida por el Gobier-

no, creo oportuno aclarar esta contradicción por medio de un auto para mejor proveer, por tratarse de un hecho singularmente grave e insólito. Parece que uno de los mismos miembros del Jurado redactó el acta del 12 de marzo, que en copia envía el Ministerio de Educación, y sin enibargo, dos de los miembros del Jurado sostienen que hubo votación en firme y que habiendo obtenido la mayoría el libro del señor Rivas, a él le corresponde en derecho el premio, cuando realmente lo aseverado no consta en el acta. Es también lógico suponer que un acta de esta naturaleza debió firmarse por los que intervinieron en la sesión, y ya se ha visto la deficiencia de que adolece al respecto."

Sufre el señor Fiscal una confusión al sostener que un borrador de acta, escrito con lápiz, sin fecha, sin firma, sin estar aprobada por los miembros del Jurado, y que no se sabe quién lo redactó, es un documento público, contra el cual no puede prevalecer lo aseverado, bajo juramento, por los doctores Antonio Gómez Restrepo y Lozano y Lozano.

En concepto del Consejo, lo que sucede es que la carta y el certificado de tan distinguidos miembros del Jurado vienen a aclarar y completar la prueba deficiente o incompleta que arroja el mencionado borrador de acta, pues allí se dice que aquéllos manifestaron que "darían" su voto por el libro del señor Rivas, y los señores Gómez Restrepo y Lozano y Lozano aseguran que su voto lo dieron en firme por el referido libro (artículo 594 del Código Judicial). Quedan así plenamente establecidos y probados los hechos que sirven de fundamento a la acción privada que ejercitó el demandante, la cual debe, en consecuencia, prosperar.

Es innegable que si el Jurado no consideró y aprobó, en sesión posterior al 12 de marzo, el borrador del acta de que se ha hablado, con las modificaciones necesarias, fue porque el Ministerio no volvió a convocarlo con ese objeto, pero esa renuencia del Ministerio en nada debe perjudicar los derechos del señor Rivas, quien ninguna responsabilidad puede tener al respecto.

Con base en las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, de acuerdo, en parte, con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Es nulo el Decreto ejecutivo número 647, del 16 de marzo de 1937, "por el cual se prorroga el término fijado para el concurso abierto para el premio nacional de literatura."

Segundo. Declárase que en virtud del fallo proferido por el Jurado Calificador constituido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 35 de 1931, en su sesión del día 12 de marzo de 1937, el premio nacional de literatura y ciencias "José María Vergara y Vergara" fue adjudicado y corresponde al señor doctor Raimundo Rivas, por el libro de que es autor, titulado *El andante caballero don Antonio Nariño.*

Tercero. El señor Ministro de Educación Nacional dictará las medidas conducentes para que, por conducto de la Academia Colombiana de la Lengua, se entregue al señor doctor Raimundo Rivas el premio referido, en sesión pública que la Academia habrá de celebrar con tal objeto, dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

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

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones—Salvando voto, *Elías Abad Mesa*—Salvando voto, *Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores
RAMON MIRANDA Y ELIAS ABAD MESA

Los documentos privados no tienen más valor que el que les atribuye la ley. Su reconocimiento nada les añade y, únicamente si expresan alguna obligación, pueden estimarse al ser opuestos a quienes los suscriben, dado que éstos hayan actuado como partes.

Hemos acogido el fallo anterior en lo que respecta a la declaratoria de nulidad pronunciada como consecuencia del ejercicio de la acción pública, pero disentimos de él por las siguientes razones:

Asevera el actor (hecho primero de la demanda) que la Academia Colombiana de Historia, en uso de la facultad que le confiere el artículo 8º de la Ley 35 de 1931, recomendó para el concurso de literatura la obra de que es autor denominada *El andante caballero don Antonio Nariño.* Quiso demostrarlo haciendo venir al expediente una nota en *papel común,* en la que se informa que aquella entidad aprobó en la sesión ordinaria correspondiente al 1º de diciembre de 1936 una proposición en tal sentido.

Afirma también (hecho tercero) que el 12 de marzo de 1937 se reunió en el Ministerio de Educación Nacional el Jurado Calificador del concurso, formado de acuerdo con el artículo 7º de dicha ley. Según éste, los miembros correspondientes se nombran así: uno por dicho Ministerio, otro por la Academia Colombiana de la Lengua o por una sociedad literaria legalmente constituida, y otro por los directores de la prensa capitalina, hasta tanto que existan en el país tres o más individuos favorecidos ya con el premio. En autos figuran varios documentos sin firma y en papel común, relativos a las circunstancias que con ellos se pretendió acreditar y que, por lo anotado, carecen completamente de valor probatorio.

Quizá con el objeto de suplir tan ostensibles deficiencias, el actor acompañó una carta del doctor Juan Lozano y Lozano y una certificación del señor Antonio Gómez Restrepo, documentos que los signatarios reconocieron bajo juramento y en los cuales dicen que dieron su voto por el libro del doctor Raimundo Rivas.

En concepto de los suscritos, esa carta y ese certificado, extendidos también en papel común, nada aclaran o complementan para los efectos legales, y en ellos y sólo en ellos no podía fundarse el Consejo para respaldar las pretensiones del demandante por lo que hace a la acción particular.

Los documentos privados no tienen más valor que el que les atribuye la ley. Su reconocimiento nada les añadía, y únicamente, si expresaran alguna obligación, podían estimarse al ser opuestos a quienes los suscribieron, dado que éstos hubieran actuado como partes. Nada significa tampoco el que no los tachara el señor Fiscal, por si acaso de ello quisiera deducirse que el silencio de este funcionario implica asentimiento tácito a cuanto en ellos se consigna, porque aun las confesiones ex-

presas de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la *parte* que representan (artículo 170 del Código Judicial). Además, entre las personas que pueden declarar por medio de certificación jurada (artículo 678 ib.) no están comprendidos los señores Lozano y Lozano y Gómez Restrepo, y dichas piezas no son equiparables a declaraciones de testigos por carecer de todas las solemnidades de rigor a que la ley somete estas últimas.

Finalmente, las actuaciones en los asuntos contencioso-administrativos que versen sobre intereses particulares se siguen en papel sellado (artículo 105 de la Ley 130 de 1913), y al tenor de claras y terminantes disposiciones no presta mérito probatorio alguno el documento no extendido en papel competente.

No debió prosperar, por tanto, la acción privada.

Ramón Miranda—Elías Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.

Ejecución del mandato

Consejero ponente, doctor ISAIAS CEPEDA

La compañía demandante quiso, claramente, que se ejercitara la acción privada, que es la que consagra el artículo 71 de la Ley 130 de 1913, por considerar que los actos acusados son "violatorios de la Constitución o de la ley, en el concepto de ser lesivos de los derechos civiles" de aquélla. El apoderado de la compañía no inició la acción privada que ésta deseaba instaurar, sino la pública, que otorga el artículo 52 de la misma Ley, acción ésta que no quedó comprendida dentro de las facultades que le otorgó el poder. Se equivocó, pues, el apoderado en la escogencia de la acción, y en esas condiciones la demanda no puede prosperar.

Consejo de Estado—Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

En su carácter de apoderado especial de la Compañía Colombiana de Tabaco, sociedad anónima domiciliada en Medellín, el doctor Manuel Roa Bernal solicitó del Tribunal Administrativo de Bucaramanga, en escrito fechado el 30 de octubre de 1936, se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que es nulo el artículo único de la Ordenanza número 21 de 1931, expedida por la Asamblea de Santander, en cuanto grava los cigarrillos elaborados en el país con picadura extranjera.

"b) Que es nulo dicho artículo en cuanto grava la mezcla de tabaco extranjero contenida en la elaboración de cigarros y cigarrillos de producción nacional.

"c) Que es nulo dicho artículo en cuanto grava la elaboración de cigarros y cigarrillos.

"Subsidiariamente pido que se declare que son nulas las Resoluciones números 31 de 1932, 24 de 1933 y 21 de 1936," de la Gobernación de Santander.

El Tribunal, después de admitir la anterior demanda y de darle la tramitación legal, falló el negocio por sentencia fechada el 13 de marzo de 1937, en la cual declaró:

"1º Es nulo el artículo único de la Ordenanza número 21 de 1931, 'sobre gravamen al consumo de cigarrillos de producción nacional,' expedida por la Asamblea de Santander, en cuanto tal tributo se extiende a cigarrillos elaborados en el país con picadura extranjera;

"2º Es nulo el mismo artículo de la Ordenanza número 21 de 1931, en cuanto por ella se grave el consumo de la parte de tabaco o picadura extranjeros, que en mezcla con tabaco o picadura de producción nacional, éntre en la elaboración de cigarros y de cigarrillos; y

"3º Virtualmente es nula la Resolución número 21, de 3 de agosto de 1936, dictada por la Gobernación de Santander y por la cual se declara que el impuesto establecido por la Ordenanza 21 de 1931, se hace extensivo al consumo del cigarrillo marca *Americano,* que con picadura de procedencia extranjera, fabrica en Bogotá la Compañía Colombiana de Tabaco.

"No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas."

El Tribunal *a quo* se abstuvo de analizar y declarar la nulidad de las Resoluciones números 31, del 14 de diciembre de 1932, y 24, del 8 de septiembre de 1933, por considerar que su acusación fue extemporánea, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 130 de 1913, en relación con el 111 de la misma Ley.

El señor Fiscal del Tribunal apeló del fallo mencionado, y concedido el recurso, vinieron los autos a esta Superioridad, en donde, agotada la tramitación de regla, se procede a decidir el negocio en definitiva, con base en las consideraciones que siguen:

El Departamento de Santander se hizo representar en la segunda instancia por medio de apoderado, quien presentó oportunamente un extenso alegato, tendiente a obtener la revocatoria de la sentencia recurrida, solicitud que secunda el señor Fiscal del Consejo.

Son principios fundamentales de derecho que las sentencias deben dictarse "en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes"; que el mandatario debe ceñirse "rigurosamente a los términos del mandato", y que la recta ejecución de éste "comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo."

El mandato que la Compañía Colombiana de Tabaco en Bucaramanga otorgó al señor doctor Manuel Roa Bernal para iniciar el presente juicio, dice en lo pertinente:

Que le confiere poder especial "para que en ejercicio de la *acción privada* que la ley confiere, demande ante ese honorable Tribunal la nulidad del artículo único de la Ordenanza número 21 de 1931 expedida por la Asamblea de Santander y la nulidad de las Resoluciones números 31 de 1932, 24 de 1933 y 21 de 1936, dictadas por la Gobernación de Santander."

La Compañía demandante quiso, claramente, que se ejercitara la acción privada, que es la que consagra el artículo 71 de la Ley 130 de 1913, por considerar que tanto la Ordenanza de que se trata como las Resoluciones dictadas por la Gobernación de Santander, son "violatorias de la Constitución o de la ley, en el concepto de ser lesivas de los derechos civiles" de aquélla.

Ahora bien: el señor apoderado de la Compañía no inició la acción privada que la Compañía deseaba instaurar, sino la pública, que otorga el artículo 52 de la citada Ley, acción ésta que no quedó comprendida dentro de las facultades que le otorgó el poder.

En efecto, en parte alguna de la demanda se dice que se ejercita la acción privada, ni se afirma que los actos acusados lesionen los derechos civiles de la Compañía demandante, ni se alegan ni demuestran los daños o perjuicios sufridos, ni se aducen hechos en este sentido, ni se citan las disposiciones legales que fundamentan las acciones privadas. Por el contrario, dice el apoderado:

"Apoyo la demanda en las disposiciones ya citadas (las que se consideran violadas) y en los artículos 52 y siguientes de la Ley 130 de 1913, 111 y siguientes de la misma Ley y disposiciones concordantes con éstas y las citadas en el curso de la demanda."

Como se ve, en derecho se apoya la demanda especialmente en el artículo 52 de la Ley 130 de 1913, que es el que consagra la acción pública o ciudadana.

Pero hay más: las peticiones de la demanda no dejan lugar a duda de que el señor apoderado ejercitó la acción pública y no la privada, porque tales peticiones están enderezadas a obtener un fallo no *inter partes*, como en la acción privada, sino *erga omnes*, es decir, de carácter general. Basta leer las solicitudes de la demanda, que atrás quedaron copiadas, para adquirir esta convicción.

Es, por tanto, evidente que el señor doctor Roa Bernal no ejercitó la acción privada, sino la pública. Se equivocó, pues, en la escogencia de la acción y en esas condiciones la demanda no puede prosperar.

De otro lado, aun aceptando, en gracia de discusión, que se ejercitara la acción privada, con los elementos que arroja el expediente no podrían considerarse completamente probados los hechos que habrían de servir de fundamento a esa acción, y, por lo mismo, tampoco prosperaría la demanda.

El Tribunal *a quo* pasó por alto este aspecto de la cuestión y falló favorablemente. Debe, en consecuencia, revocarse la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de primera instancia, de que se ha venido tratando, y en su lugar declara que no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda.

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

Salvando voto, *Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Quiñones*—Con salvamento de voto, *Elías Abad Mesa*—Con salvamento de voto, *Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Julio Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Denegar las peticiones de una demanda es desconocer el derecho invocado por el actor, es decir, declarar inexistente o mal fundado ese derecho..... La Compañía demandante no tuvo oportunidad de deducir lo que consideraba su derecho, pues su apoderado se abstuvo de iniciar la acción privada que era la pertinente y la que hubiera quizás podido prosperar..... No parece suficientemente jurídico hacerle soportar al poderdante una consecuencia tan grave como la pérdida definitiva del litigio. No puede denegarse una petición que en realidad no ha sido hecha.

Deplorando apartarme del autorizado criterio de los honorables colegas que adoptaron la doctrina y las conclusiones contenidas en el fallo anterior, dejo respetuosamente constancia de que en mi concepto el problema planteado por la extralimitación de sus facultades de apoderado en que incurrió el doctor Manuel Roa Bernal al intentar una acción pública, cuando se le habia dado expresamente poder para intentar una acción privada, ha debido resolverse de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 448, numeral 2º, y 455 del Código Judicial.

En efecto: denegar las peticiones de una demanda es desconocer el derecho invocado por el actor, es decir, declarar inexistente o mal fundado ese mismo derecho. Ahora bien: en el caso a que me refiero, la Compañía Colombiana de Tabaco no tuvo oportunidad de deducir lo que consideraba su derecho, pues el doctor Roa Bernal se abstuvo de iniciar la acción privada que era la pertinente y la que hubiera quizás podido prosperar. Por tal razón, no parece suficientemente jurídico hacerle soportar al poderdante una consecuencia tan grave como la pérdida definitiva del litigio. No puede denegarse una petición que en realidad no ha sido hecha.

Al proceder en la forma en que lo hizo, el doctor Roa Bernal actuó sin personería suficiente, puesto que el poder otorgado por la Compañía mencionada tan sólo le da la facultad de intentar una acción privada. Hay, pues, en este caso ilegitimidad de la personería "de quien figura como apoderado o representante de una de las partes." Y correspondía por lo tanto al Consejo al observar esta causal de nulidad mandarla poner en conocimiento de las mismas partes. De este modo la Compañía interesada habría podido ratificar expresamente lo actuado, o se hubiera invalidado el juicio desde cuando ocurrió la causal, quedando en firme la actuación practicada antes. Y esta solución preferible desde luégo, puesto que es la más favorable al ejercicio del derecho y se ajusta a los preceptos legales, habría evitado el implantamiento de una jurisprudencia severa y restrictiva, que no corresponde con exactitud al objeto social de las disposiciones procedimentales.

Carlos Lozano y Lozano—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores
RAMON MIRANDA Y ELIAS ABAD MESA

La demanda fue admitida sin restricciones y se le dio curso, lo que imponía una decisión de fondo sobre la legalidad o ilegalidad de la ordenanza acusada, si contra ésta se intentó la acción pública.

Respetuosamente nos permitimos consignar a continuación las razones de nuestro disentimiento:

La demanda fue admitida sin restricciones y se le dio curso, lo que imponía una decisión de fondo sobre la legalidad o ilegalidad de la ordenanza acusada, si contra ésta se intentó la acción pública.

Así como una vez iniciado el proceso no era admisible el desistimiento del actor, puesto que debía prevalecer el *interés público,* a fin de que se restableciera el imperio de la Constitución y de la ley, así también resultaba por lo menos indiferente cualquiera actuación de aquél encaminada a suspenderlo, o baldía cualquiera consideración acerca de la personería del apoderado o del *interés particular* que inicialmente se tuviera. Aun no siendo así, a pesar del carácter impersonal de la acción pública, la ilegitimidad de la personería de dicho apoderado, que puede generar nulidad, debe ponerse en conocimiento de las partes para que la Compañía hubiera manifestado si ratificaba o nó la gestión del doctor Roa Bernal.

Además, si se intentó la acción pública, era lógico que las peticiones respecto de la ordenanza condujeran a obtener un fallo *erga omnes,* de carácter general e impersonal.

Es verdad que el actor debe señalar las disposiciones que respaldan su solicitud. **La referencia del** doctor Roa Bernal a los artículos 52 y *siguientes,* y al 111 de la Ley 130 de 1913, y a los concordantes, cumplía ese requisito, el cual puede suplirse también planteando la controversia en forma que no suscite dudas sobre las pretensiones, si de otro lado es clara en lo sustantivo y adjetivo la procedencia de la acción que se intenta, condiciones éstas que la demanda llenaba a cabalidad por lo que hace a la ordenanza y a la Resolución del 3 de agosto de 1936.

Al invocar dicho artículo 111, que permite acusar los decretos y *demás actos* de los Gobernadores, contrarios a la Constitución, a la ley, a las ordenanzas, o *lesivos de derechos civiles,* era implícito el ejercicio de la acción privada contra las resoluciones de índole individual y concreta que fueron objeto de acusación, conforme a la petición subsidiaria de la demanda; se afirmaba de igual modo la lesión de un derecho, y se alegaba, por tanto, el consiguiente perjuicio. Era así lógico presumir el propósito del demandante, por el interés que supone el solo hecho de incoar el juicio. El extremo rigor del fallo comentado hace difícil o ilusoria en muchos casos la protección jurídica que se pretende.

En cuanto a si se dijo o nó que se ejercitaba la acción privada, baste observar que la naturaleza del acto acusado suele indicar la procedente. El criterio del fallador debe obrar con tal fin.

Y tocante a la falta de demostración de los daños o perjuicios sufridos y a que no se comprobaron completamente los hechos que habían de servir de fundamento a la acción privada, réstanos agregar que el acto del Gobernador sí decidió cuestiones de derecho, ya que en él se resolvió que los cigarrillos elaborados en el país con picadura extranjera están sujetos al impuesto de consumo departamental establecido en la ordenanza. Y esto por interpretación de normas legales vigentes, aplicables con motivo del cobro de aquél, hecho a la Colombiana de Tabaco en circunstancias cuya ocurrencia o veracidad no discutía ni alegaba la Gobernación.

Por último, si, como ha venido admitiendo el Consejo, cabe la acción privada contra disposiciones de carácter general e impersonal, el interés directo cuya comprobación exige la ley, fue demostrado por la Compañía, comoquiera que las resoluciones son aplicación de la ordenanza acusada, en forma que la Compañía consideró lesiva de sus derechos y contraria a preceptos que los amparan.

Ramón Miranda—Elías Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.

Términos de las acciones electorales

Consejero ponente, doctor
ISAIAS CEPEDA

La sentencia de primera instancia parece aspirar a que se la considere como un canto a la pureza del sufragio, por la cual ha luchado con ardor y con tesón el actual Gobierno. Pero si es verdad que no sólo las autoridades sino los ciudadanos todos deben poner al servicio de ese noble ideal los medios lícitos de que dispongan, también lo es que, al fallar aquéllas los pleitos electorales pretermitiendo las formalidades legales respectivas, lejos de contribuír a purificar las costumbres electorales, ayudan a que éstas se hagan más arbitrarias y censurables.

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

El doctor Jesús Alberto Mora presentó demanda el día siete de mayo de mil novecientos treinta y siete, ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, "para que, por los trámites especiales establecidos en la Ley 85 de 1916 y las que la adicionan y reforman, se decrete la nulidad del registro y de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral de Cundinamarca el día 1º de mayo en curso y 30 de abril de 1937."

El actor fundó su demanda principalmente en que "el Consejo Electoral de Cundinamarca escrutó y tuvo como válidos los registros de los Jurados Electorales de varios Municipios, entre otros los de Sesquilé, Machetá y Chocontá, no obstante estar viciados dichos registros de nulidad, por ser falsos y apócrifos, y por consiguiente, lo es el registro del Consejo Electoral, por haber sido falsos y apócrifos los elementos, o algunos de ellos, que sirvieron para su formación."

En derecho se basó especialmente en el artículo 14 de la Ley 96 de 1920.

Posteriormente, el trece del indicado mes de mayo, fuera de tiempo ya, el demandante Mora presentó otro memorial en que manifestó:

"Adiciono mi demanda en el sentido de concretar más precisamente los hechos fundamentales de ella, así: por cuanto que el Consejo Electoral, al computar los votos emitidos en la elección para Representantes al Congreso, verificada el cuatro de abril último, y de Diputados a la Asamblea de Cundinamarca, verificada en la misma fecha, y por cuanto hizo uso para los escrutinios de los registros de los Jurados Electorales de los Municipios de Sesquilé, Machetá, Chocontá, Usme, Quipile y Anapoima, siendo tales elementos falsos y apócrifos, falso y apócrifo es el escrutinio verificado por el Consejo Electoral, y el registro de tales escrutinios, por haber sido falsos los elementos que sirvieron para su formación."

En su primer escrito de demanda no pidió el actor que el juicio se abriera a prueba, pero en la adición dijo:

"En consecuencia, pido al señor Magistrado se sirva abrir a prueba este juicio por el término legal."

El Consejo de Estado ha sentado la jurisprudencia de que las demandas electorales no pueden aclararse, corregirse, enmendarse o adicionarse sino dentro del término que la ley concede para incoar la acción, o sea, en este caso, dentro de los cuatro días que fija el artículo 190 de la Ley 85 de 1916. Dicho término venció, en lo referente al escrutinio verificado por el Consejo Electoral de Cundinamarca, el día siete de mayo, y como la adición de la demanda se presentó el trece, es incuestionable que quedó fuera del término legal, por lo cual no ha debido admitirse, ni ha debido abrirse el juicio a prueba, por ser extemporánea también esa solicitud, que debe hacerse en el propio libelo de demanda (artículo 17 de la Ley 96 de 1920).

No obstante, el Tribunal admitió la adición de la demanda y abrió el juicio a prueba, por auto del catorce de mayo.

A su vez, el señor Ramón Corredor Z. pidió al Tribunal Administrativo de Bogotá, en escrito presentado el siete de mayo, que, previos los trámites correspondientes y por sentencia definitiva, se declare "que es nulo el escrutinio y el registro correspondiente practicados por el Consejo Electoral de este Departamento de Cundinamarca en sus sesiones de los días 27, 28, 29 y 30 de abril del año en curso, y 1º de mayo del mismo año, con motivo de las elecciones para Diputados a la Asamblea Departamental que se verificaron el cuatro del mes de abril citado, en cuanto por tales escrutinios y registros o actas de él, el mencionado Consejo Electoral declaró nulas las votaciones o los registros o actas de ellos de los Jurados de Votación números 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del Municipio de Machetá, efectuadas en las expresadas elecciones para Diputados, del 4 de abril último."

El demandante hizo, además, otras peticiones conexionadas con la que se deja transcrita.

Como hechos fundamentales de su demanda, el señor Corredor Z. manifestó que el Jurado Electoral de Machetá se reunió en forma irregular, contraria a la ley, para hacer los escrutinios correspondientes, y que en la sesión del día diez de abril declaró "nulos los registros o votaciones de los Jurados de Votación números 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, absteniéndose, en consecuencia, de tener en cuenta y de computar o incluir en el escrutinio que practicaba, los votos y los registros de esos Jurados de Votación."

Y agrega el demandante:

"Pero el Consejo Electoral, sin dar razones, pues en el acta respectiva no consignó ninguna, resolvió confirmar lo hecho por el Jurado Electoral de Machetá, absteniéndose de revisar lo hecho por dicho Jurado."

Esta demanda se admitió por auto del trece de mayo, por medio del cual se ordenó abrir el juicio a prueba, en virtud de la petición formulada en aquélla.

Durante la actuación del juicio seguido por el doctor Mora, se hicieron partes, como opositores, los doctores Julio Campo González y José Ernesto Díaz, quienes confirieron poderes, respectivamente, a los doctores P. Patiño Bernal y Carlos A. Gómez G.

Tramitados los dos juicios en el Tribunal, por separado, el iniciado por el señor Corredor Z. pasó el trece de septiembre a la mesa del Magistrado doctor Gaitán, a efecto de fallarlo junto con el que adelantaba el doctor Mora, en una misma sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 85 de 1916.

Por último, el Tribunal, por sentencia del trece de octubre de mil novecientos treinta y siete falló los dos negocios aludidos, así:

"1º Declárase nulos los registros electorales que sirvieron de base al Consejo Electoral de Cundinamarca, para verificar los escrutinios de que se ha hecho mérito, para Representantes al Congreso Nacional y

para Diputados a la Asamblea de Cundinamarca, en los Municipios de Sesquilé, Chocontá y Usme;

"2º Decláranse igualmente nulos los escrutinios verificados por el Consejo Electoral de Cundinamarca, en los días comprendidos del veintisiete (27) de abril al primero (1º) de mayo del año en curso, para Representantes al Congreso Nacional y para Diputados a la Asamblea Departamental de Cundinamarca, relativos a los mismos Municipios antes citados de Sesquilé, Chocontá y Usme;

"3º Como consecuencia de las nulidades declaradas, el Tribunal procederá a hacer la respectiva rectificación tanto de Diputados como de Representantes, respecto de los Municipios ya dichos, tres días después de ejecutoriada esta sentencia;

"4º Impónese al señor Ramón Corredor Z. la multa de cincuenta pesos ($ 50) moneda corriente, como demandante temerario. (Artículo 190, Ley 85 de 1916, parágrafo 2º);

"5º Sáquese copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad criminal en que hubieren incurrido tanto los Jurados de Votación, como los miembros de los Jurados Electorales de los Municipios de Sesquilé, Chocontá y Usme, que actuaron el día cuatro (4) de abril postrero, en las elecciones para Diputados y Representantes al Congreso Nacional;

"6º Impónese a los miembros de los Jurados Electorales de los Municipios de Usme, Chocontá y Sesquilé, la multa de doscientos pesos ($ 200) a cada uno, que consignarán en estampillas, en la Administración de Hacienda Nacional. (Artículo 25, Ley 96/20), y

"7º No es el caso de hacer las demás declaraciones impetradas en las demandas, por los señores Mora y Corredor Z."

De esta sentencia apelaron los demandantes Mora y Corredor Z.; los apoderados de los opositores Díaz y Campo González, y los señores Benjamín Arévalo, Rodulfo Gutiérrez, Julio C. Arévalo y Olegario Arévalo, miembros del Jurado Electoral de Usme.

Concedido el recurso en forma legal y venidos los autos a esta Superioridad, se le dio al asunto la tramitación de regla, y habiendo llegado la oportunidad de decidirlo, a ello se procede del modo siguiente:

El actor Mora acusa el registro del escrutinio verificado por el Consejo Electoral de Cundinamarca, por considerar que son falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación.

Dice el artículo 14 de la Ley 96 de 1920, en que especialmente se funda el demandante:

"Artículo 14. Son nulos los registros formados por los Jurados de Votación, Jurados y Consejos Electorales, Consejos Escrutadores, Juntas Electorales y Asambleas Departamentales en los casos siguientes:

"1º Cuando se compruebe que han sufrido alteración sustancial en lo escrito y después de firmados por los miembros de la corporación; y

"2º Cuando resulte que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hubieren servido para su formación."

Según este artículo, son nulos los registros de escrutinios formados por los Consejos Electorales de Departamento, cuando se compruebe que los registros mismos son falsos o apócrifos, o cuando se establezca que los elementos que sirvieron para su formación son falsos o apócrifos.

Ahora bien: el artículo 190 de la Ley 85 de 1916 reza:

"Artículo 190. Todo ciudadano tiene derecho a pedir dentro de los cuatro días siguientes al de la votación o escrutinio, que se declare nula una votación o uno o varios registros de escrutinio. Al efecto presentará por escrito ante el Juez de mayor categoría del Distrito, en lo civil, el memorial en que funde su demanda, con explicación de los motivos en que la apoya e indicación clara de las pruebas justificativas.

"Dentro del mismo término y de la misma manera puede reclamar contra cualesquiera de las irregularidades de que trata el artículo 184.

"Parágrafo 1º En los lugares en que hubiere dos o más Jueces de Circuito o Municipales en lo civil, se entenderá que la ley se refiere al que lleve el número 1º

"Parágrafo 2º Caso de que la demanda seguida resulte, a juicio del funcionario sentenciador, injusta o notoriamente temeraria, éste impondrá al demandante la pena de multa de veinticinco a cincuenta pesos oro."

De acuerdo con lo dispuesto en este artículo es preciso distinguir:

Si se considera nulo en sí mismo el registro de escrutinio formado por el Consejo Electoral, por ser falso o apócrifo, puede y debe acusarse únicamente ese registro, dentro del término fijado en el artículo 190 que acaba de copiarse; pero si se considera que aquél es nulo por ser falsos o apócrifos los registros formados por los Jurados de Votación, o por los Jurados Electorales, es necesario, para que la acción prospere, que previa y oportunamente se hayan acusado aquellos registros, dentro del término fijado en el citado artículo 190, porque de lo contrario la acción resulta extemporánea. Eso sucedió en el presente caso, pues no hay constancia de que se hubieran demandado en tiempo los registros de escrutinios formados por los Jurados de Votación, ni los formados por los Jurados Electorales respectivos. De consiguiente, la acción intentada por el doctor Mora para que se declare nulo el registro del escrutinio verificado por el Consejo Electoral de Cundinamarca, por ser falsos y apócrifos los elementos que sirvieron para su formación, viene a ser extemporánea y no puede prosperar.

Pero hay más: atrás se vio que la petición de apertura del juicio a prueba fue hecha también fuera de tiempo. No obstante, el Tribunal la decretó de conformidad, pero no se trajeron al juicio, en la oportunidad legal, los registros de escrutinios de los Jurados de Votación, ni los de los Jurados Electorales de los Municipios a que se refiere la acusación, ni siquiera el registro de escrutinio verificado por el Consejo Electoral. Los primeros no figuran aun en autos. El último aparece traído allí después de vencido el término de prueba, sin que se hubiera aducido oportunamente y sin que se haya ordenado agregar al expediente y tenerlo como prueba. En esas condiciones no es posible apreciarlo como tál (artículo 597 del Código Judicial).

La sentencia de primera instancia parece aspirar a que se la considere como un canto a la pureza del sufragio, por la cual ha luchado con ardor y con tesón el actual Gobierno; pero si es verdad que no sólo las autoridades sino los ciudadanos todos deben poner al servicio de ese noble ideal los medios lícitos de que disponga, también lo es que al fallar aquéllas los pleitos electorales preterm itiendo las formalidades legales respectivas, lejos de contribuir a purificar las costumbres electorales, ayudan a que éstas se hagan más arbitrarias y censurables.

El demandante Corredor Z. no adujo prueba alguna para demostrar los hechos fundamentales de la acción intentada.

No siendo posible que prosperen las demandas de que se trata, por las razones anotadas, no sería justo tampoco sostener las multas que la sentencia apelada impuso a algunos miembros de los Jurados Electorales. Tampoco debe sostenerse la multa impuesta al demandante Corredor Z.

El señor Fiscal del Consejo opina que debe revocarse la sentencia recurrida, por no aparecer probados los hechos alegados por los demandantes.

En mérito de lo dicho, 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 del Tribunal Administrativo de Bogotá, de fecha trece de octubre del año próximo pasado, y en su lugar niega las peticiones de las demandas presentadas por los señores Jesús Alberto Mora y Ramón Corredor Z.

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

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Prórroga de la jurisdicción

Consejero, doctor
ISAIAS CEPEDA

Viciado de nulidad un negocio por incompetencia de jurisdicción, ésta no es prorrogable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del Código Judicial, porque no se está en ninguno de los casos contemplados en el artículo 152 de allí.

Quien tiene derecho a pedir la reposición de lo actuado en un juicio que versa sobre liquidación de impuestos sobre la renta y exceso de utilidades es el Estado, por conducto del Fiscal respectivo, y éste no puede prorrogar la jurisdicción según el inciso final del artículo 153 citado, ni, de acuerdo con el 460 del Código Judicial, puede ratificar lo actuado.

Consejo de Estado—Bogotá, tres de mayo de mil novecientos treinta y ocho.

El señor doctor Jesús Echeverri Duque, obrando como apoderado especial del señor Isaac Behar, demandó, ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, la nulidad de las Resoluciones números R 522 H, del 25 de mayo, y R 665 H, del 10 de junio de 1937, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, referentes a la liquidación de los impuestos sobre la renta y exceso de utilidades correspondientes al año de 1935, hecha por la Administración Nacional de Hacienda de Antioquia al mencionado señor Isaac Behar, socio de la firma Behar, Ojalvo y Margullis, sociedad colectiva de comercio domiciliada en Medellín.

El Tribunal admitió la demanda, por auto del tres de agosto último, y después de tramitado el juicio en la forma regular, falló el asunto por sentencia del veinticinco de febrero del presente año.

De dicha sentencia apeló el señor doctor Echeverri Duque y el recurso le fue concedido por auto del diez y ocho de marzo próximo pasado.

Venidos los autos a esta Superioridad, y estudiado el negocio para darle el curso legal, se encontró que está viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, por lo cual se ordenó poner la causal respectiva en conocimiento de las partes, por auto del diez y ocho de abril, en el cual se expresaron ampliamente las razones de orden legal que sirven de fundamento al respecto.

Notificado el auto a las partes, personalmente, el señor doctor Echeverri Duque manifestó que allana la nulidad y que ratifica lo actuado. Considera el memorialista que "la competencia que se fija por razón del lugar en donde debe ventilarse el juicio, es prorrogable de acuerdo con el artículo 153 del Código Judicial."

El señor Fiscal considera, a su vez, que en este caso la jurisdicción es improrrogable, y solicita que se anule lo actuado, desde el auto admisorio de la demanda y se remita el expediente al "Tribunal de Me-

dellín para que aprehenda el conocimiento." Se funda en el artículo 58 de la Ley 130 de 1913, y pide que se haga condenación en costas, con aplicación del artículo 458 del Código Judicial.

No comparte el suscrito Consejero la opinión expresada por el señor doctor Echeverri Duque, de que la jurisdicción es prorrogable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del Código Judicial, porque no se está en ninguno de los casos contemplados en el artículo 152 allí, y porque como quien tiene derecho de pedir la reposición de lo actuado en el presente juicio es el Estado, por conducto del señor Fiscal, y éste, de un lado, no puede prorrogar la jurisdicción, según el inciso final del artículo 153 citado, ni puede ratificar lo actuado, de acuerdo con el 460 del propio Código, y, de otro, lejos de manifestar que prorroga la jurisdicción y que ratifica lo actuado, solicita que se anule lo hecho, es incuestionable que debe procederse de conformidad.

El señor Fiscal pide que se ordene la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Medellín, por aplicación del artículo 58 de la Ley 130 de 1913, que desde luégo no es pertinente, por referirse a caso muy distinto del actual, pero si debe atenderse esta solicitud del Fiscal, porque así lo ordena el artículo 454 del Código Judicial.

Por último, estima el suscrito que no debe hacerse condenación especial en costas, por no haberse causado prácticamente.

Con base en las anteriores consideraciones y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 455 del Código Judicial, se resuelve:

Primero. Declárase nulo lo actuado en el presente juicio, desde el auto admisorio de la demanda, que lleva fecha tres de agosto de mil novecientos treinta y siete, inclusive, en adelante.

Segundo. No se hace condenación en costas por no haberse causado.

Tercero. Por el Tribunal *a quo* se remitirá el expediente al Tribunal Administrativo de Medellín, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 454 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Isaías Cepeda—Luis E. García V., Secretario.

Facultades de las corporaciones escrutadoras

Consejero ponente, doctor ISAIAS CEPEDA

La corporación electoral que quiera declarar una nulidad debe expresar claramente la causa o motivo por el cual la declara —que únicamente puede ser uno de los determinados por el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932— y la manera como aparecen probados los hechos respectivos, a fin de que las autoridades contencioso-administrativas puedan, llegado el caso, apreciar directamente si la declaratoria de nulidad se ajustó o nó a las prescripciones legales.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y ocho.

El señor doctor Dionisio Rincones Ponce, por escrito presentado el veintinueve de abril del año próximo pasado, solicitó al Tribunal Administrativo de Santa Marta que decretara la "revisión o rectificación de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral de este Departamento los días 23 y 24 de los corrientes, con motivo de las elecciones ejecutadas el día 4 de los mismos para elegir Diputados a la Asamblea Departamental y Representantes al Congreso de la República."

El actor fundó su demanda especialmente "en el hecho de haber declarado el Consejo mencionado, indebida y definitivamente nulos algunos registros municipales, como el del Distrito de Pivijay, cuyo registro no se tuvo en cuenta por dicho Consejo al hacer el escrutinio aludido," y pidió que se ordene computar el registro de votos formado por el Jurado Electoral del Municipio de Pivijay, al verificar la rectificación solicitada.

Como hechos de la demanda expresó los siguientes:

"1º El Consejo Electoral del Departamento del Magdalena verificó los escrutinios de los votos emitidos el día 4 de los corrientes para elegir Diputados a la Asamblea y Representantes al Congreso, hecho llevado a cabo en los días 23 y 24 del presente mes.

"2º A pesar de que el registro de Pivijay no adolece de irregularidad alguna que pueda invalidarlo, el Consejo Electoral, por medio de una proposición dictatorial, ayuna de fundamento básico, resolvió no tenerlo en cuenta al hacer el escrutinio."

El Tribunal *a quo* admitió la demanda y dio al juicio la tramitación propia de la primera instancia.

Durante el curso de la actuación se hicieron partes en el juicio, como impugnadores de la demanda, por tener interés en ello, los señores Pedro Castro Trespalacios, Calixto Maestre y José Ramón Lanao Loaiza. El doctor Dolcey J. Rosales confirió poder al doctor Victor M. Royero para que lo representara en el juicio, pero ni él ni su apoderado solicitaron que se le tuviera como parte, ni se ordenó tenerlo como tal por el Tribunal. No obstante, se decretaron pruebas pedidas por aquél.

El Tribunal *a quo* falló el negocio por sentencia del nueve de octubre último, así:

"Rectifíquese el escrutinio llevado a cabo por el Consejo Electoral del Departamento los días 23 y 24 de abril del corriente año, con motivo de las elecciones efectuadas el día 4 de abril citado, para elegir Diputados y Representantes al Congreso Nacional, para computar el registro del Jurado Electoral del Municipio de Pivijay, en lo referente a la elección de Representantes. No es el caso de computar dicho registro en lo tocante a los votos para Diputados a la Asamblea Departamental. Oportunamente se señalará fecha para el acto ordenado."

De esta sentencia apelaron los señores Carlos Pacheco García, apoderado del señor Pedro Castro Trespalacios y Víctor M. Royero, apoderado de los señores Calixto Maestre y Dolcey J. Rosales. Atrás se vio que éste no fue oportunamente reconocido como parte en el juicio.

Concedido el recurso y venidos los autos a esta Superioridad, se dio al negocio la tramitación que le es propia y ha llegado la oportunidad legal de decidirlo en definitiva, a lo cual se procede.

En la segunda instancia se hizo parte en el juicio, como impugnador de la demanda, el señor Pedro M. Dávila B., quien confirió poder para que lo representara al señor doctor Humberto Gómez Naranjo.

Para resolver se considera:

El Consejo Electoral del Departamento del Magdalena, en su sesión del día 23 de abril de 1937, verificada con el objeto de llevar a cabo el escrutinio de los votos emitidos en las elecciones del 4 del propio mes, para Diputados a la Asamblea del Departamento y Representantes al Congreso, aprobó la siguiente proposición:

"El Consejo Electoral del Departamento, teniendo en cuenta que en la Secretaría de la corporación existen documentos comprobatorios de la ilegalidad con que se efectuaron las votaciones y registros electorales de Pivijay, resuelve: Anúlanse las elecciones del mencionado Municipio de Pivijay."

Como se ve, el Consejo Electoral no expresó en qué consistía la ilegalidad de que adolecían "las votaciones y registros electorales de Pivijay"; no expresó si se trataba de causas de hecho o de derecho, capaces de viciar de nulidad las votaciones o el registro del escrutinio verificado por el Jurado Electoral de Pivijay, ni indicó las pruebas en que apoyaba su decisión, pues sólo dijo "que en la Secretaría de la corporación existen documentos comprobatorios."

Conforme al artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, "las corporaciones escrutadoras no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, las cuales corresponden, privativamente, a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado. En consecuencia, aquéllas sólo pueden declarar nulidades referentes a exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió: a errores aritméticos y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos."

De modo que según este artículo, las corporaciones escrutadoras únicamente pueden declarar nulidades por cuatro causas o motivos, que desde luégo deben aparecer plenamente probados ante ellas, a saber: exceso en las votaciones, consistente en que sufrague un número de ciudadanos superior al que arroje el respectivo censo electoral, que hoy debe estar formado por los nombres y números de las cédulas de todos los ciudadanos provistos de su respectiva cédula de ciudadanía; cuando los registros electorales hayan sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los haya expedido; cuando se establezca que ha habido errores aritméticos, y cuando hayan de tenerse en cuenta registros que "evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos."

Como una consecuencia de lo dicho, es claro que la corporación electoral que quiera declarar una nulidad debe expresar claramente la causa o motivo por el cual declara la nulidad y la manera como parecen probados los hechos respectivos, a fin de que las autoridades contencioso-administrativas puedan, llegado el caso, apreciar directamente si la declaratoria de nulidad se ajustó o nó a las prescripciones legales.

En el caso en estudio, el Consejo Electoral del Magdalena no indicó en qué causas o motivos se fundaba para declarar nulas "las elecciones del Municipio de Pivijay," y sólo dijo que porque "en la Secretaría de la corporación existen documentos comprobatorios de la ilegalidad con que se efectuaron las votaciones y registros electorales de Pivijay." No se hicieron constar, por tanto, en la misma proposición, las razones que tuvo en cuenta el Consejo Electoral para hacer la citada declaratoria de nulidad, y es preciso acudir a las pruebas que se trajeron al expediente sobre el particular, o sea a la copia de los documentos comprobatorios que según lo indicado por el referido Consejo existían en poder de la Secretaría de la corporación.

Según copias que obran en autos, expedidas por el Secretario del Consejo Electoral, parece que éste tuvo en cuenta, para declarar nulas las elecciones de Pivijay, las peticiones hechas por los señores Luis E. Plata y Andrés E. Caballero.

El primero de dichos señores presentó un certificado de la Gobernación del Departamento, conforme al cual el número de ciudadanos cedulados en el Municipio de Pivijay hasta el 31 de diciembre de 1936 ascendía a 1.733, y pidió que como en las elecciones del 4 de abril habían sufragado 1.496 electores, debían declararse nulas las elecciones, por exceso de votos, teniendo en cuenta que en Pivijay existen 400 conservadores, que según el peticionario no votaron, y que, además, debía haber algunos ciudadanos ausentes de Pivijay el día de las elecciones. Basta enunciar esta solicitud y los hechos en que se apoya, para demostrar que es absurda, porque mal puede haber exceso en las votaciones, en relación con el censo electoral, desde que el número de sufragantes fue inferior, en 237, al de los ciudadanos provistos de cédula. No podía, por tanto, por esta causa, declarar el Consejo Electoral nulas las elecciones de Pivijay, y su declaración es contraria a la ley.

El señor Caballero pidió también al Consejo Electoral que declarara nulas las elecciones de Pivijay "porque aparezcan votando allí electores como Carlos Julio Bornacelli Pérez, Manuel María Varela y Augusto Bornacelli Pérez, quienes el día de dichas elecciones se encontraban en este Distrito." (El Piñón).

El señor Caballero presentó las declaraciones recibidas extrajuicio de los señores Juan de la Hoz P., Tomás Barranco y José Antonio Orozco, quienes dijeron que el señor Manuel María Varela se encontraba el día 4 de abril en el Corregimiento de Sabanas, en donde lo vieron ese día, y que por la noche se fue para Pivijay; y las de los señores Luis Francisco de la Cruz, Federico González y Francisco de la Hoz Palmera, quienes aseguraron que el señor Francisco Bornacelli Pérez se encontraba el 4 de abril en el Corregimiento de Tiogollo, en donde lo vieron, y que por la tarde de ese día se fue para Pivijay.

Cabe observar, ante todo, que estos hechos, aun suponiéndolos plenamente probados con las declaraciones citadas, no constituyen ninguna de las causas por las cuales podía el Consejo Electoral declarar nulas las elecciones de Pivijay, de acuerdo con lo que atrás se vio, al analizar lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, porque esta clase de nulidades sólo pueden decretarse por las autoridades contencioso-administrativas.

Pero tales hechos no pueden admitirse como plenamente probados con las referidas declaraciones, porque en las copias de las listas de los ciudadanos que votaron en Pivijay aparece evidentemente que el

señor Manuel María Varela votó en el Jurado de Votación número 1, de Pivijay, con el número de orden 263, provisto de la cédula número 497520, a la cual le corresponde el número 20 del respectivo censo electoral, y al pie de la lista indicada se encuentra el certificado puesto allí por las miembros del Jurado de Votación, que dice:

"Pivijay, abril 4 de 1937—Los infrascritos, miembros del Jurado de Votación número 1, certifican: que en este registro se hallan los nombres de los *ciudadanos que hoy han votado* en las elecciones para Representantes al Congreso Nacional y Diputados a la Asamblea Departamental."

Las mismas consideraciones pueden hacerse acerca del señor Augusto Bornacelli Pérez, quien aparece que votó, según el correspondiente certificado, en el Jurado de Votación número 2, bajo el número 21 de orden, con la cédula número 1157500, a la cual le corresponde el número 1546 del censo electoral.

No es posible aceptar que las certificaciones de los Jurados de Votación, de que se habla, que constituyen documentos públicos, puedan desconocerse con declaraciones recibidas extrajuicio, que aseguran, no que aquellas certificaciones sean falsas, sino que vieron a los sufragantes en otros sitios.

De conformidad con lo que resulta de autos, tales fueron los motivos y las pruebas en que se fundó el Consejo Electoral para declarar nulas las elecciones de Pivijay, y, como se ha visto, esa declaratoria no puede aceptarse como legal.

El doctor Dolcey J. Rosales alegó, además, que Monterrubio no es Corregimiento de Pivijay, y que, en consecuencia, el Jurado Electoral de dicho Municipio no ha debido ordenar que allí se pusiera mesa de votación, pero que, como se puso, son nulos los votos emitidos, conforme al artículo 8º de la Ley 70 de 1917.

Conviene advertir que si los hechos alegados fueran evidentes, sólo serían nulos, o anulables, de acuerdo con el artículo citado, los votos emitidos en la mesa de votación que funcionó en Monterrubio, no todos los emitidos en el Distrito de Pivijay; pero sucede que, como se dijo atrás, el doctor Rosales no pidió, ni lo pidió su apoderado, que se le tenga como parte en el juicio, ni aparece en el expediente auto alguno en que se le reconozca ese carácter. Por consiguiente, las pruebas presentadas o pedidas por él no pueden apreciarse legalmente.

Pero hay más: de un lado, el Consejo Electoral no se fundó, para declarar nulas las elecciones de Pivijay, en que Monterrubio no es Corregimiento de Pivijay, sino, como atrás se dijo, en otras causas; de otro, las pruebas presentadas por el doctor Rosales, si pudieran admitirse, no establecen que Monterrubio no sea Corregimiento de Pivijay, sino que no lo es de Tenerife. Por último, la decisión del Jurado Electoral de Pivijay, que ordenó colocar una mesa de votación en Monterrubio, está amparada por la presunción de que ese caserío tiene la categoría legal de Corregimiento de Pivijay.

El actor trajo a los autos un acuerdo municipal de Pivijay en el que aparece que a Monterrubio se le da, por el Concejo de Pivijay, la denominación de Corregimiento; pero el Consejo se abstiene de apreciarlo como prueba, porque no fue presentado en tiempo oportuno (artículo 597 del Código Judicial).

El Tribunal *a quo* negó las peticiones de la demanda, en lo relativo a la elección de Diputados a la Asamblea Departamental, y como el actor no apeló de la sentencia, ésta no puede ser revisada por el Consejo en esa parte (artículo 494 del Código Judicial).

Bastan las consideraciones anteriores para concluir que la sentencia apelada es jurídica y debe confirmarse, como lo pide el señor Fiscal en su concepto de fondo.

En mérito de lo dicho, 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, de que se ha venido hablando, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 25 de 1928, por el mismo Consejo de Estado se rectificará el escrutinio llevado a cabo por el Consejo Electoral del Departamento del Magdalena en los días 23 y 24 de abril de 1937, con motivo de las elecciones verificadas el día 4 del propio mes, a fin de computar el registro del escrutinio efectuado por el Jurado Electoral del Municipio de Pivijay, pero únicamente en lo relativo a la elección de Representantes al Congreso Nacional.

Con tal objeto se pedirá al Consejo Electoral del Departamento del Magdalena todos los documentos, actas, registros y demás elementos necesarios al efecto, inclusive los correspondientes al Municipio de Pivijay, que deben computarse.

Oportunamente se señalará día y hora para la rectificación del escrutinio.

Hecha la rectificación, se expedirán las credenciales a que hubiere lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese a quienes corresponda y devuélvase el expediente en la debida oportunidad.

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—El Conjuez, *Jesús Perilla V.—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Admisión de la demanda

Consejero, doctor
ISAIAS CEPEDA

El auto que niega la admisión de la demanda por cuestiones de forma, es un auto interlocutorio que debe dictar el Magistrado ponente, por sí solo, y no el Tribunal en pleno, conforme a los artículos 466 —ordinal 2°— del Código Judicial y 49 de la Ley 130 de 1913.

Otra cosa sucede cuando no se admite la demanda por razones de fondo, porque en esos casos el auto que no admite la demanda es interlocutorio, pero con fuerza de sentencia definitiva, al tenor del artículo 467 del Código Judicial, y como entonces el auto pone término a la instancia y hace imposible la continuación del juicio, debe dictarse por el Tribunal en pleno.

Consejo de Estado—Bogotá, tres de junio de mil novecientos treinta y ocho.

El doctor Ernesto Leongómez, obrando como apoderado del señor Luis María Riveros, ocurrió al Tribunal Administrativo de esta ciudad, en escrito presentado el doce de noviembre último, solicitando que se declare nulo y sin ningún valor un acto de la Gobernación de Cundinamarca, que el citado Riveros estima lesivo de sus derechos civiles.

El Tribunal, en Sala Plena, contra lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 130 de 1913, negó la admisión de la demanda, por auto del diez y nueve del citado noviembre, porque a su juicio estaba incompleta.

Posteriormente, el veinticinco del propio mes, el apoderado del señor Riveros presentó los documentos que estimó pertinentes y un nuevo memorial en que dijo: "Solicito la reposición de dicho auto (el que negó la admisión de la demanda), y en subsidio apelo."

El Tribunal, otra vez en pleno, por auto del nueve de diciembre, negó la reposición pedida, pero admitió la demanda y no obstante concedió la apelación interpuesta en subsidio.

Difícilmente puede darse un asunto en que se haya procedido con mayor desconocimiento de las disposiciones legales pertinentes.

En efecto, el auto que niega la admisión de la demanda, por cuestiones de forma, o sea porque no está redactada en términos legales, o porque le falta alguno de los requisitos que la ley establece al respecto, o porque no se presentan con ella los documentos que deben acompañarse, es un auto interlocutorio que debe dictar el Magistrado ponente, por sí solo, y no el Tribunal en pleno, conforme a los artículos 466 —ordinal 2º— del Código Judicial, y 49 de la Ley 130 de 1913. Otra cosa sucede cuando no se admite la demanda por razones de fondo, como cuando no es competente el Tribunal para conocer del juicio, o cuando la acción es extemporánea o está prescrita, porque en esos casos el auto que no admite la demanda es interlocutorio pero con fuerza de sentencia definitiva, al tenor del artículo 467 del Código Judicial, y como entonces el auto pone término a la instancia y hace imposible la continuación del juicio, debe dictarse por el Tribunal en pleno.

A su vez, el señor apoderado del demandante ha debido limitarse a presentar los documentos que faltaban a su demanda y pedir que, completada en esa forma, se le admitiera, de acuerdo con la ley, sin necesidad de solicitar reposición del primitivo auto.

Por desgracia no termina aquí el error jurídico de que se viene tratando, el cual llega a su máxima expresión en el auto de fecha nueve de diciembre, dictado también por el Tribunal en pleno.

Por dicho auto se niega la reposición pedida, pero al mismo tiempo se admite la demanda, que es el fin que perseguía el actor, y no obstante se le concede a éste la apelación que había interpuesto en subsidio, es decir, para el caso en que no se le aceptara la demanda.

Es evidente que el señor apoderado del actor no ha debido pedir reposición del auto de fecha diez y nueve de noviembre, sino solicitar que en virtud de los documentos que presentaba, se le admitiera ahora sí la demanda, por hallarse ajustada a la ley; pero no es menos evidente que el Tribunal ha debido, si encontraba ya la demanda en forma legal, aceptarla, que era lo que en el fondo pedía el señor apoderado del actor, sin entrar a resolver si negaba o concedía la reposición; y es también evidente que admitida la demanda no había para qué conceder la apelación subsidiaria, que no tenía, ni podía tener otro objeto que el de conseguir que a la demanda se le diera el curso legal.

Venidos los autos a esta Superioridad, corresponde al Consejo resolver lo que fuere pertinente en derecho, y a ello se procede, en Sala singular, al tenor de lo establecido en los artículos 502 y 503 del Código Judicial, únicos aplicables al caso, por virtud de lo dispuesto en el 104 de la Ley 130 de 1913.

Ahora bien: el auto apelado, si bien pudo considerarse fundado en el fondo, cuando se pronunció, como no fue dictado por quien legalmente tiene esa atribución, es decir, por el Magistrado sustanciador, sino por el Tribunal en pleno, que no está autorizado por la ley para ello, es posible que haya quedado viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción.

La misma observación cabe respecto del auto de fecha nueve de diciembre, por el cual se admitió la demanda, que fue dictado también, como ya se vio, por el Tribunal en pleno, contra lo que expresamente prescribe la ley.

Pero sucede que el Consejo nada debe decidir al respecto, porque en cuanto al auto apelado no es competente para conocer de la apelación intentada, por las razones que adelante se expresarán; y en lo relativo al auto de fecha nueve de diciembre, no está al conocimiento del Consejo, por ningún aspecto. Corresponde, pues, al inferior, por conducto del Magistrado sustanciador, resolver lo que fuere conducente (artículos 448 y 455 del Código Judicial).

Se ha dicho que el Consejo no es competente para conocer de la apelación intentada, porque el auto apelado ha debido dictarlo, como se ha visto, el Magistrado sustanciador, y entonces sólo procedía contra él el recurso de súplica, conforme al artículo 51 de la Ley 130 de 1913, en relación con el 511 del Código Judicial, y en ningún caso apelación ante el Consejo de Estado, recurso que no existe para esa clase de autos. Dictado por el Tribunal en pleno tampoco es apelable para ante el Consejo, porque se trata de un auto simplemente interlocutorio, y únicamente son apelables para ante esta Superioridad las sentencias definitivas y los autos interlocutorios con fuerza de sentencia definitiva, es decir, las providencias que ponen fin a la primera instancia.

De consiguiente, el Consejo es incompetente para conocer, en el fondo, del recurso intentado.

El señor Fiscal del Consejo, en su concepto, dice:

"Sin entrar a discutir la curiosa tesis del doctor Leongómez, es lo cierto que el Tribunal dictó el inexplicable auto del 9 de diciembre; en efecto, no accedió a la reposición del auto porque no se pueden tener en cuenta documentos agregados con posterioridad a la fecha del auto reclamado. Concedió la apelación interpuesta en subsidio y a renglón seguido y en atención a la prueba o certificación expedida por el Director de Educación Pública de Cundinamarca, admitió la demanda y ordenó darle curso de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo. Semejante contradicción no es fácilmente explicable. Si el actor reclama porque no se le admite la demanda y por ello apela, ¿qué objeto tiene conceder la apelación si se admite la demanda? Decididamente el Tribunal olvidó el Código Judicial.

"No creo que sea pertinente aquí entrar a estudiar si es el caso de admitir o nó la demanda en vista del certificado que se acompañó y de las razones que se alegaron. Pero admitida la demanda por auto del 9 de diciembre, y no habiendo apelado de él el Agente del Ministerio Público, el Consejo de Estado nada tiene qué resolver en el presente caso, sino es llamar la atención al Tribunal por el poquísimo cuidado que puso en la tramitación de este negocio."

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, en Sala singular y de acuerdo en parte con el señor Fiscal, se inhibe de conocer de la apelación intentada, de que se ha venido tratando.

Se hace uso de papel común por autorización del artículo 351 del Código Judicial, con la prevención en dicho artículo establecida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Isaías Cepeda—Luis E. García V., Secretario.

Presentación de la demanda

Consejero ponente, doctor ISAIAS CEPEDA

No puede alegarse que una demanda fue introducida durante el tiempo que señala el artículo 81 de la Ley 130 de 1913, reformado por el 4° de la Ley 71 de 1931, cuando no se ha presentado ajustándola a los requisitos legales, porque el Consejo de Estado ha sostenido, en numerosos fallos, que no es suficiente presentar la demanda de cualquiera manera, dentro del término fijado, sino que es necesario que ella esté ajustada a la ley para ser admitida.

Consejo de Estado—Bogotá, catorce de junio de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Helio Fabio Echeverri, en escrito presentado el nueve de mayo último, solicitó del Consejo que se declarara la nulidad de las Resoluciones números 448, del 14 de diciembre de 1937, y 23, del 19 de enero del presente año, expedidas por el Ministerio de Educación Nacional, por la primera de las cuales se le separó del cargo de Maestro ambulante, para el que había sido nombrado por Decreto número 1579 de 1936, y la segunda, que modificó la primera "en el sentido de que ella surtirá sus efectos el primero de enero en curso."

Solicitó, además, que como consecuencia de la nulidad se le restituyera al cargo de que se le privó y se le reconocieran los sueldos desde el día en que a virtud de las providencias demandadas quedó separado de su empleo.

El doce del citado mes se dispuso no dar curso a la demanda y se ordenó devolver al interesado ésta y los documentos que acompañó, por las razones expresadas en auto de la fecha aludida.

El señor Echeverri corrigió la demanda en la forma indicada en el auto que negó su admisión y presentó copias auténticas de los documentos demandados y del *Diario Oficial* en que corre publicado el escalafón definitivo de maestros.

Para resolver se considera:

El artículo 81 de la Ley 130 de 1913, reformado por el 4º de la Ley 77 de 1931, concede noventa días para demandar, en forma legal, la nulidad de los actos del Gobierno, tiempo que empieza a contarse desde la publicación de la respectiva providencia en el *Diario Oficial* o, en defecto de la publicación, desde que se comunica o notifica al interesado.

En el caso contemplado aparece que la primera de las nombradas Resoluciones le fue notificada al señor Echeverri el día quince de diciembre de mil novecientos treinta y siete, y la segunda el quince de enero del año en curso. De esta manera se ve que el interesado dejó correr con exceso el tiempo que concede la ley para ocurrir al Consejo, puesto que desde el veintiuno de enero del presente año, día en que terminaron las vacaciones judiciales, hasta la fecha de la presentación de la demanda, veinticinco de mayo, han pasado ciento un (101) días hábiles, y la ley sólo concede noventa (90).

No puede alegarse que la demanda fue introducida durante el tiempo señalado, primitivamente, el nueve de mayo, cuando aún no habían transcurrido los noventa días hábiles de que trata la ley, porque esta entidad ha sostenido, en numerosos fallos, que no es suficiente presentar la demanda de cualquiera manera, dentro del término fijado, sino que es necesario que ella esté ajustada a la ley para que pueda ser admitida. Para corroborar lo dicho, se transcribe a continuación lo expresado por el Consejo en sentencia del 17 de febrero de 1936. Dice así:

"En efecto, el Decreto acusado fue publicado en el *Diario Oficial* número 22817, correspondiente al día 21 de febrero de 1935, y la demanda sólo pudo admitirse y reconocerse al doctor Cárdenas Pinto como apoderado del Municipio de Fusagasugá, por haber llenado los requisitos legales, el 10 de septiembre de dicho año, fecha a la cual habían vencido, con exceso, los noventa días hábiles que concede el artículo 81 de la Ley 130 de 1913, para acusar los actos del Gobierno.

"Pero se dirá: el artículo 81 habla de 'ocurrir ante el Consejo de Estado,' y el artículo 53 de la Ley 130 de 1913, aplicable al caso por analogía, dice que 'la demanda debe introducirse dentro del término de noventa días,' no que la demanda debe admitirse, y como es evidente que el doctor Cárdenas Pinto ocurrió ante el Consejo e introdujo la demanda dentro de los noventa días respectivos, no puede sostenerse que la acción quedara iniciada fuera de tiempo. Este argumento se contesta diciendo que se debe ocurrir, no de cualquiera manera, sino con arreglo a derecho y en forma legal, y que la demanda debe introducirse por persona legítima y con todos los requisitos previstos en la ley, para que pueda ser admitida, y que, mientras esas dos condiciones no se reúnan, no puede evitarse que venza el término de noventa días de que hablan los dos artículos citados."

Es suficiente lo dicho para concluir que la demanda no puede ser admitida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado no admite la demanda de que se ha venido tratando, por ser extemporánea, y ordena devolverla al interesado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Autorizaciones al Gobierno para contratar

Consejero ponente, doctor ISAIAS CEPEDA

Según lo dispuesto en el artículo 37 del Código Fiscal, sustituído por el 3° de la Ley 13 de 1935, el Consejo de Estado debe revisar "los contratos que celebre el Gobierno en virtud de autorizaciones legales **y cuyo valor sea o exceda de $ 5.000," con el objeto de decidir "si están o nó ajustados a tales autorizaciones." De modo que el Gobierno necesita siempre un precepto legal, de carácter especial, que lo faculte para celebrar el respectivo contrato. Esta es asímismo la doctrina constitucional que el Consejo ha sostenido en jurisprudencia constante, basada en lo prescrito en los ordinales 8° y 13 del artículo 69 y 14 del 115 de la Carta. Según tales preceptos, el Gobierno debe ajustarse, en la celebración de contratos, a la respectiva ley de autorizaciones, y si no existe, o el Gobierno excede los límites fijados en ella, el contrato debe ser sometido a la aprobación del Congreso.**

Consejo de Estado—Bogotá, veintiuno de junio de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Ministro de Guerra envió al Consejo, con la nota número 3653, para su revisión, la promesa de contrato celebrada por dicho funcionario y por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, el siete de abril del corriente año, con los señores Alberto Uribe G. H. y Hernando Bayón, Presidente de la Junta General de Beneficencia y Síndico General de los Establecimientos de Beneficencia de Cundinamarca, respectivamente, sobre compra de un terreno para construir un aeródromo en las inmediaciones de Bogotá, sobre arrendamiento del mismo terreno, y otras estipulaciones.

El contrato, que es bastante extenso, se desarrolla en diez y seis cláusulas, de las cuales se analizan las principales, en cuanto sea necesario para fundamentar el presente estudio.

La Beneficencia promete vender al Gobierno y éste se obliga a comprarle, "un globo de terreno, con una extensión superficiaria de cuatrocientas setenta (470) fanegadas, o sean 4.700.000 varas cuadradas, con destino a aeródromo oficial, ubicado en este Municipio, que forma parte de la finca denominada *El Salitre,"* cuya situación y linderos se especifican claramente. El precio convenido es la cantidad de $ 235.000, o sea a razón de $ 500 la fanegada. Este precio se acordó "teniendo en cuenta el avalúo dado a dicho globo de terreno por los avaluadores nombrados por la Gobernación de Cundinamarca, por la Contraloria General del Departamento y por la Junta General de Beneficencia, señores Jorge Merchán, Luis Camacho Matiz y Justino Ortega, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ordenanza número 37 de 1937."

De acuerdo con la cláusula *séptima,* el término para el perfeccionamiento del contrato prometido será de once meses, "contados desde la

fecha en que este contrato fuere definitivamente aprobado por el Consejo de Estado," y el precio se pagará en la forma de que adelante se hablará.

Según la cláusula *novena,* durante el término de once meses de que trata la cláusula séptima, el Gobierno toma en arrendamiento a la Beneficencia, a razón de $ 500 mensuales, el terreno prometido en venta, con las condiciones indicadas en dicha cláusula *novena,* entre las cuales se encuentran las siguientes:

"Los daños que por razón de las obras que ejecute el Gobierno, se llegaren a causar en los predios colindantes de propiedad de la Beneficencia, los indemnizará el Gobierno de acuerdo con las reglas comunes. En caso de que por causa de las mismas obras sea necesario retirar alguna o algunas de las chozas existentes en el globo arrendado, el Gobierno las reemplazará por otras iguales en los sitios de *El Salitre* que indique la Beneficencia, o pagará su valor, a elección de la Junta. Estos traslados, en caso necesario, los hará el Gobierno sin privar a los ocupantes de habitación durante el traslado."

Por ser de extraordinaria importancia para el estudio sobre legalidad del contrato que se revisa, se reproducen a continuación las cláusulas *sexta, octava, décima* y *décimacuarta.*

Dicen así:

"*Sexta.* En el caso de que el Gobierno Nacional no diere cumplimiento a la promesa de venta pactada por este contrato, en la forma y términos consignados en el mismo, las partes contratantes convienen en que todas las mejoras, obras, reparaciones y construcciones en general, que se hubieren ejecutado en este terreno prometido en venta, quedarán a favor de la Beneficencia a título de indemnización de perjuicios, por el no cumplimiento de esta promesa. De igual manera, si la venta no pudiere perfeccionarse legalmente por culpa de la Beneficencia, ésta pagará al Gobierno Nacional, en calidad de sanción pecuniaria, la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000) moneda corriente."

"*Octava.* El Gobierno se obliga a construir a su costa la variante del camino de Engativá, que atraviesa una parte del globo prometido en venta, antes de que se verifiquen los cerramientos de dicho globo. Como este camino es departamental, el Gobierno Nacional se entenderá con la Gobernación del Departamento, con el fin de obtener los permisos que sean necesarios para la ejecución de esta obra."

"*Décima.* La promesa de venta se entiende hecha bajo las siguientes condiciones, que se elevarán a escritura pública, en su oportunidad: a) El Gobierno construirá por su cuenta una vía de circunvalación del aeródromo, por el contorno del mismo, con el fin de dar libre tránsito por ella a los particulares y para comunicación de los predios colindantes, de propiedad de la Beneficencia. Esta vía tendrá un ancho no menor de veinte metros (20 mts.), en toda su extensión, se construirá, como queda dicho, fuera del perímetro del aeródromo, para lo cual la Beneficencia dará al Gobierno Nacional la zona necesaria para ella, quedando esta vía de circunvalación, de propiedad exclusiva de la Beneficencia. Las condiciones técnicas de dicha vía se fijarán de acuerdo entre la Sección Técnica de Aviación del Ministerio de Guerra y la Sección de Arquitectura de la Beneficencia, con las indicaciones que presente la Secretaria de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca. b) Las chozas que existieren en el globo prometido en venta, al tiempo de firmarse la correspondiente escritura, serán reemplazadas o sustituidas por otras, en sitios que designe la Beneficencia, en la finca de *El Salitre,* o se pagará su valor a opción de la Beneficencia. c) Los alcantarillados o colectores que el Gobierno construya en el globo vendido, quedan sujetos a recibir desagües de los predios colindantes de

propiedad de la Beneficencia, si la naturaleza o inclinación del terreno lo permitieren y en cuanto la capacidad de dichos colectores o alcantarillados construidos en el globo vendido, sea suficiente para recibir tales desagües, pues en caso contrario, la ampliación de dichos colectores o la construcción de nuevos, no serán costeados por el Gobierno, el cual únicamente se obliga en tal caso a permitir la hechura de las obras, siempre que la Beneficencia indemnice los daños que tales trabajos puedan causar y en cuanto éstos no impliquen una perturbación grave para las actividades del aeródromo. De igual manera y en las mismas condiciones tendrá derecho el Gobierno a las facilidades aquí pactadas en favor de los predios colindantes de la Beneficencia, en cuanto ello fuere absolutamente necesario para la construcción y conservación del aeródromo. d) Los alcantarillados o colectores que resuelva construir el Gobierno para su servicio, en la zona colindante de la Beneficencia, los costeará íntegramente el Gobierno, sin que la Beneficencia quede obligada por ningún concepto a contribuir al pago de cuota alguna de los mismos. Unicamente en el caso de que la capacidad de dichos colectores o alcantarillados fuere insuficiente para contener las aguas que reciban de los predios colindantes de la Beneficencia, esta entidad quedará obligada a hacer por su cuenta lás obras que sean necesarias para su ampliación. El Gobierno no quedará obligado a pagar a la Beneficencia suma alguna, en ningún tiempo, por la servidumbre que pueda implicar la construcción de dichos colectores o alcantarillados en la zona colindante, y por su parte, tampoco la Beneficencia queda obligada a pagar al Gobierno Nacional, suma alguna, en ningún tiempo, por razón de las servidumbres que se establecen a su favor sobre el globo vendido. e) El Gobierno se obliga a canalizar los desagües que atraviesen los predios inferiores, vecinos de la Beneficencia, y que procedan del globo prometido en venta, en toda la extensión en que ello fuere necesario, para buscar su desagüe apropiado, sobre los predios inferiores, de acuerdo con las respectivas disposiciones de la Higiene Pública, para lo cual la Beneficencia dará los permisos del caso, sin que el Gobierno esté obligado a pagar a la Beneficencia suma alguna, en ningún tiempo, por esta servidumbre. Si por razón de la naturaleza y colocación del predio o globo vendido, que adquiere el Gobierno, fuere necesario a la Beneficencia llevar desagües a éste, los costeará la Beneficencia, y el Gobierno Nacional concederá los permisos del caso, sin que la Beneficencia tenga que pagar suma alguna por esta servidumbre. f) El Gobierno no interrumpirá el curso de las aguas, que por sus cauces naturales se dirijan a regar los predios colindantes, de propiedad de la Beneficencia, pero en el caso de que por razones técnicas del servicio del aeródromo fuere necesario desviar el curso de dichas aguas, el Gobierno las devolverá aproximadamente en la misma cantidad, una vez recogidas, para que rieguen los predios inferiores colindantes, de propiedad de la Beneficencia, para lo cual el Gobierno ejecutará por su cuenta todas las obras que para ese fin fueren necesarias, de acuerdo con la Sección de Arquitectura de la Beneficencia, pero en todo caso, con subordinación al sistema de avenamiento adoptado por el aeródromo. Esta obligación se entiende adquirida por la Beneficencia, en favor del globo del Gobierno. g) Si por razón de las construcciones o desagües que se adelanten en el globo vendido, se causare perjuicio a las propiedades colindantes o interrupción en los trabajos agrícolas, en los lotes contiguos, de propiedad de la Beneficencia, el Gobierno queda obligado a indemnizar plenamente los perjuicios que de ello resultaren. Pero es entendido que no habrá lugar a estas prestaciones ni a ninguna otra, con motivo del movimiento de tierras o colocación temporal de materiales y elementos de construcción en los terrenos limítrofes de la Beneficencia, pues ésta concede desde ahora al Gobierno el permiso gratuito que fuere necesario para tales efectos, procurando causar

la menor perturbación posible. Esta misma obligación contrae la Beneficencia en favor del Gobierno, la cual a su vez concede el mismo permiso que le otorga la Beneficencia. h) El predio vendido queda sujeto a la servidumbre de acueducto para la conducción de aguas que fueren necesarias para riego de plantaciones, pastos o para cualquier otro fin conveniente al cultivo o pastoreo de los predios colindantes de propiedad de la Beneficencia, o para los servicios domésticos en las urbanizaciones o granjas que la Beneficencia pueda construir en lo futuro en los terrenos colindantes, servidumbre que se ejercitará en la forma y términos indicados en el artículo 923 del Código Civil, sin que la Beneficencia esté obligada a pagar al Gobierno suma alguna por razón de dicha servidumbre, en ningún tiempo, pero es entendido que las obras que deben construírse por tal concepto, serán de cargo de la Beneficencia y (estarán sometidas a las especificaciones de la técnica de la aviación). Igual servidumbre queda establecida sobre los terrenos colindantes de la Beneficencia y en favor de los terrenos del Gobierno, en cuanto ello fuere absolutamente indispensable para la construcción o conservación del aeródromo. i) El predio vendido queda sujeto a las servidumbres necesarias permitidas por la ley y por la técnica de la aviación para la instalación o colocación de postes telefónicos o de energía eléctrica, que fueren indispensables para llevar estos servicios a los predios y construcciones de los terrenos colindantes, sin que la Beneficencia deba pagar en ningún tiempo suma alguna por esta servidumbre. A esta misma servidumbre quedan sujetos en los términos estipulados, los terrenos colindantes de la Beneficencia, en favor de los terrenos del Gobierno. j) Por lo dicho, las servidumbres que por esta cláusula once se estipulan en favor de la Beneficencia, se consideran también válidas sobre los terrenos colindantes de la Beneficencia y en favor de los terrenos que va a comprar el Gobierno, en los mismos términos estipulados y en cuanto ello fuere absolutamente necesario para la construcción y conservación del aeródromo."

"*Décimacuarta.* El Gobierno Nacional pagará a los arrendatarios de la Beneficencia del globo de terreno a que se refiere este contrato, señores Luis A. Peña y Manuel A. Lozano, las indemnizaciones a que haya lugar por razón de la terminación del arrendamiento celebrado con la Beneficencia antes del vencimiento del término estipulado. Estas indemnizaciones se convendrán en acta separada y se cubrirán antes de iniciarse los trabajos de construcción en el globo referido."

Por último, se observa que la cláusula *décimasexta* está completa en uno de los tres ejemplares del contrato (el triplicado), que se remitieron al Consejo, e incompleta en los otros dos.

De lo dicho y transcrito hasta aquí se deduce que el documento que se estudia comprende tres clases de estipulaciones:

Primera. Una promesa para comprar el Gobierno un lote de terreno para construír un aeródromo, por un precio determinado, que no se va a pagar durante la vigencia en curso;

Segunda. Una serie de compromisos que contrae el Gobierno, independientes del contrato de compraventa, o no inherentes a él; y

Tercera. Un contrato de arrendamiento del mismo lote de terreno que se va a comprar.

Es preciso, por tanto, examinar si existen disposiciones legales que faculten expresamente al Gobierno para aceptar esas tres clases de estipulaciones.

En el texto del documento que se estudia no se mencionan las disposiciones legales en que se apoyó el Gobierno.

Tampoco se citan en el concepto que rindió la Asesoría Jurídica del Ministerio de Guerra, en el cual sólo se dijo:

"Considera esta Asesoría que este contrato, tal como está redactado, se ajusta a las disposiciones del Código Fiscal, del Decreto-ley número 911 de 1932 y demás disposiciones adicionales y reformatorias."

El señor Abogado Consultor de la Presidencia de la República, dice:

"Los funcionarios nacionales suscribieron el contrato en virtud de la autorización general que el artículo 20 del Código Fiscal concede al Gobierno para la adquisición de bienes y también en cumplimiento de las disposiciones legales, que ordenan la construcción de bases aéreas, entre otras, el artículo 1º de la Ley 53 de 1935."

Como la Ley 53 de 1935, "sobre construcción de cuarteles," ordena al Gobierno proceder a construir y terminar los edificios para cuarteles que en la misma Ley se señalan, y no contiene precepto alguno relacionado con la construcción de aeródromos, ni de bases aéreas, es clarísimo que no puede el Gobierno fundarse en ella para celebrar el contrato que se analiza, ni se explica el Consejo cómo se indica esa Ley para sustentarlo.

Se dice también que el Gobierno se apoya en la autorización general que contiene el artículo 20 del Código Fiscal.

Dicho artículo establece:

"Si el Gobierno considera de urgente necesidad la adquisición de un bien para el Estado, y no se ha votado en el Presupuesto la partida correspondiente, puede adquirir el bien por compra, apropiando al efecto la partida por medio de la apertura de un crédito extraordinario o suplemental, dentro de los límites trazados en este Código.

"Si la partida necesaria se halla votada en el Presupuesto, pero el Gobierno halla más conveniente la adquisición del bien a título de permuta, puede verificarla dando en cambio del bien de que se trata otro u otros de aquellos a que se refiere el artículo 12, previo avalúo hecho por tres peritos nombrados por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, o por la autoridad a quien éste comisione al efecto.

"Si la diferencia de precio resulta favorable para el Estado, debe ella ser consignada en dinero en la oficina de manejo respectiva, y si fuere desfavorable, no puede perfeccionarse el contrato sin la existencia o la apropiación de la partida correspondiente en el Presupuesto."

Para fijar con exactitud el sentido de este artículo, es forzoso formular dos observaciones: primera: que no implica una autorización sustantiva, sino adjetiva, es decir, que no faculta al Gobierno para adquirir bienes, sino que reglamenta la manera como aquél debe proceder cuando considere "de urgente necesidad la adquisición de un bien para el Estado," siempre que exista, de antemano, facultad expresa al respecto, y no se haya votado la partida correspondiente en el Presupuesto. El Gobierno puede entonces adquirir el bien por compra, apropiando al efecto el crédito respectivo, o a título de permuta, con el lleno de las formalidades establecidas en ese artículo; y segunda: que, indudablemente, el precepto indicado contempla el caso de adquirir y pagar el bien de que se trata durante la vigencia en curso, pero no autoriza la celebración de contratos que han de realizarse y pagarse en vigencias venideras.

Estas dos observaciones proceden también respecto de los artículos 9º y 10 del Decreto número 911 de 1932, en los cuales se ha creído que puede apoyarse el Gobierno para celebrar el contrato. El artículo 9º aclara aún más este pensamiento, porque supone la existencia de ley sustantiva que autorice la celebración de los contratos, pues dice:

"Aunque se ciñan a las leyes vigentes, serán requisitos indispensables previos en la celebración de cualquier contrato u otra forma de compromiso..... etc."

Ahora bien: la cláusula *décimatercera* del contrato dice:

"La entrega del precio a que se obliga el Gobierno Nacional, al elevarse este contrato a escritura pública, en lo relativo a la promesa de venta, queda subordinada a las apropiaciones de los Presupuestos Nacionales y a la reserva de la Contraloría General de la República, de conformidad con el Decreto-ley 911 de 1932 y en los términos pactados en la cláusula duodécima."

Y el artículo 10 del Decreto número 911 de 1932 establece:

"Con sujeción a los mismos requisitos previos establecidos en el artículo anterior, podrán celebrarse contratos, pagaderos con fondos de ingresos comunes, cuya ejecución se extienda a más de la vigencia del año fiscal, con tal que en la Ley de Apropiaciones del año respectivo exista una partida disponible cuyo saldo no comprometido, sea suficiente para atender al costo de la parte del contrato que haya de ejecutarse en ese año. Los contratos de esta naturaleza requerirán en la Ley de Apropiaciones de cada año, la partida suficiente para cubrir el costo de la parte de la obra o trabajo que haya de ejecutarse durante el correspondiente año fiscal hasta su terminación.

"En todo contrato se estipulará precisamente que la entrega de las sumas de dinero a que la Nación queda obligada se subordina a las apropiaciones que de tales sumas se hagan en los respectivos Presupuestos."

Aparte de la idea expresada atrás, de que este artículo no entraña autorización sustantiva para contratar, sino reglas adjetivas que deben observarse en la celebración de contratos previamente autorizados por leyes especiales, considera el Consejo que dicho artículo 10 se refiere a contratos de alguna duración, como los relativos a la ejecución de obras o a la prestación de servicios, pues se contempla el caso de que la ejecución se extienda a más de la vigencia del año fiscal y de que en la Ley de Apropiaciones haya saldo no comprometido, que sea suficiente para atender al costo de la parte del contrato que haya de ejecutarse en ese año; pero de ninguna manera puede sostenerse que lo dispuesto en él sea aplicable a un contrato de compraventa, cuyo valor debe pagarse al tiempo de la celebración. De todos modos el artículo supone que por lo menos una parte del contrato, la que va a ejecutarse en la vigencia respectiva, debe pagarse durante ella, y, por lo mismo, supone también que en el Presupuesto existe partida destinada al efecto. Interpretar el artículo en otro sentido, sería dejar a voluntad del Gobierno disponer de los Presupuestos futuros, o la facultad de contraer compromisos que no podrían cumplirse, si el Congreso no incluye partida en las Leyes de Apropiaciones venideras, lo cual desacreditaría la palabra oficial.

Según lo dispuesto en el artículo 37 del Código Fiscal, sustituido por el 3º de la Ley 13 de 1935, el Consejo de Estado debe revisar "los contratos que celebre el Gobierno *en virtud de autorizaciones legales* y cuyo valor sea o exceda de $ 5.000," con el objeto de decidir "si están o nó ajustados a tales autorizaciones." De modo que el Gobierno necesita siempre un precepto legal, de carácter especial, que lo faculte para celebrar el respectivo contrato.

Esta es asimismo la doctrina constitucional que el Consejo ha sostenido en jurisprudencia constante, basada en lo prescrito en los ordinales 8º y 13 del artículo 69 y 14 del 115 de la Carta. Según tales preceptos, el Gobierno debe ajustarse, en la celebración de contratos, a la respectiva ley de autorizaciones, y si no existe, o el Gobierno excede los límites fijados en ella, el contrato debe ser sometido a la aprobación del Congreso.

Ya se ha visto que no puede aceptarse que en el artículo 20 del Código Fiscal, ni en el primero de la Ley 53 de 1935, ni en el Decreto número 911 de 1932, se encuentre la autorización que el Gobierno necesita para celebrar el contrato de que se viene hablando.

Existía, en cambio, cuando se firmó la promesa de contrato, la Ley 8ª de 1929, derogada expresamente por el artículo 88 de la Ley 89 de 1938, que no se menciona en el contrato ni en los conceptos jurídicos de que se ha hablado, cuyos tres primeros artículos decían:

"Artículo 1º La Nación procederá a adquirir en todas las ciudades capitales de los Departamentos y en los demás lugares en que lo estime conveniente, los terrenos adecuados para la construcción de campos de aterrizaje para el servicio de aeroplanos, en cuanto lo permitan las circunstancias del Tesoro Nacional."

"Artículo 2º El campo de aterrizaje que la Nación posee en el Municipio de Madrid será ampliado a fin de que sirva para aeroplanos de mayor capacidad que los existentes en la actualidad."

"Artículo 3º En la Ley de Apropiaciones de las vigencias económicas venideras se incluirán las partidas necesarias para dar cumplimiento a lo ordenado en esta ley."

Claramente se ve que la autorización concedida en el artículo 1º era pura y simple, con el objeto de adquirir "los terrenos adecuados para la construcción de campos de aterrizaje," en todas las ciudades capitales de los Departamentos, y no puede sostenerse que el Gobierno se hallaba autorizado para adquirir los graves y valiosos compromisos que le imponen las cláusulas *sexta, octava, décima* y *décimacuarta,* que atrás quedaron transcritas y sobre las cuales habrá de hacerse algún otro comentario más adelante. De otro lado, parece que la intención del legislador fue excluir la compra de terreno para construir otro aeródromo en Bogotá, porque no se mencionó especialmente la capital de la República, y porque, en cambio, el artículo 2º copiado ordenaba expresamente ampliar "el campo de aterrizaje que la Nación posee en el Municipio de Madrid." Por último, conforme al artículo 3º de la indicada ley, para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 1º era necesario que previamente se hubiera incluido la partida correspondiente en la Ley de Apropiaciones; de todo lo cual se deduce que tampoco puede considerarse suficiente, en este caso, la autorización contenida en el artículo 1º de la Ley 8ª de 1929.

Se ha dicho y se repite que las cláusulas *sexta, octava, décima* y *décimacuarta* imponen al Gobierno obligaciones que implicarán cuantiosos gastos, varias de las cuales no se justifican, porque van en provecho exclusivo de la Beneficencia, no obstante que se promete pagarle los terrenos a precio bastante superior al corriente, tales como las consignadas en las cláusulas *décima,* ordinales a) y b), y *décimacuarta.* Por esta última cláusula el Gobierno se compromete a pagar a los señores Luis A. Peña y Manuel A. Lozano "las indemnizaciones a que haya lugar por razón de la terminación del arrendamiento celebrado con la Beneficencia antes del vencimiento del término estipulado," obligación ésta que debe corresponder a la Beneficencia, quien, por vender los terrenos, deja de cumplir el contrato que tiene con los señores Peña y Lozano, y no al Gobierno, quien ningún contrato ha celebrado con ellos.

Estima el Consejo que el Gobierno necesita autorizaciones legales expresas para adquirir los compromisos que le imponen las cláusulas citadas, que se copiaron al principio de este estudio y que no se analizan detenidamente en gracia de la brevedad, y no encuentra los preceptos legales en que el Gobierno pueda apoyarse al respecto.

Por la cláusula *quinta* del contrato se pacta el establecimiento de una servidumbre a cargo de los terrenos que quedan de propiedad de la Beneficencia, en condiciones diferentes de las establecidas en el artículo 15 del Decreto número 1254, del 2 de junio de 1936, Decreto vigente cuando se celebró el contrato y derogado luégo por la Ley 89 de 1938, cuyo artículo 68 reemplazó el 15 de que se habla.

Por último, no deja de ser grave inconveniente para la celebración del contrato el que se acepte como precio de los terrenos el que fijaron los peritos en cuya designación no intervino para nada el Gobierno, los cuales aparecen nombrados por tres entidades departamentales, o sea, en el fondo, por una sola de las partes contratantes.

Tampoco tiene, en concepto del Consejo, justificación legal el contrato de arrendamiento que se celebra, de los mismos terrenos prometidos en venta, y menos en presencia de la obligación que contrae el Gobierno de indemnizar a los señores Peña y Lozano por la cesación de un contrato, lo cual equivale, en el fondo, a pagar doble arrendamiento de unos terrenos que se compran, lo que no deja de parecer excesivo.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Consejo de Estado decida, como en efecto decide, que el contrato a que se endereza el presente estudio, no se ajusta a las autorizaciones legales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Isaías Cepeda—Pedro Martín Quiñones. Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Efectos de la suspensión provisional

Consejero, doctor
RAMON MIRANDA

Los efectos del auto de suspensión provisional, decretada por el Consejo de Estado, siguen produciéndose a pesar del fallo que profiera el Tribunal Administrativo de primera instancia declarando la validez del acto suspendido o absteniéndose de declarar su nulidad contra las peticiones de la demanda, mientras no quede ejecutoriada la providencia definitiva, ora sea la del inferior, si ésta no fuere apelada, ora la del superior, en el caso de concederse el recurso de apelación.

En el procedimiento administrativo la sentencia definitiva es apelable en el efecto devolutivo, por regla general, pero no se cumple —o no es obligatoria— según el artículo 93 de la Ley 130 de 1913, sino cuando está ejecutoriada, o lo que es lo mismo cuando no puede hacerse valer contra ella recurso de ninguna clase.

INFORME

que el honorable Consejero doctor Ramón Miranda rinde a la corporación, referente a la consulta del Ministerio de Gobierno sobre los efectos de la suspensión provisional de un acto administrativo decretada por el Consejo de Estado, en tanto que el Tribunal de primera instancia ha fallado el mismo negocio, declarando la validez de aquél.

El señor Ministro de Gobierno ha formulado al Consejo de Estado la siguiente consulta, en nota número 9.151 de la Sección Primera:

"Qué norma debe observarse cuando dentro de un juicio administrativo, promovido ante un Tribunal Contencioso, el Consejo de Estado ha decretado la suspensión provisional del acto acusado, en tanto que el Tribunal de primera instancia ha fallado el mismo negocio, declarando la validez del acto suspendido por el Consejo, o absteniéndose de declarar su nulidad contra las peticiones de la demanda."

La suspensión provisional del acto sometido al recurso contencioso-administrativo está establecida en el artículo 59, ordinal d) de la Ley 130 de 1913, en relación con el 2º de la Ley 80 de 1935, y encuentra sus antecedentes inmediatos en la Constitución Nacional (artículos 191 y 197 de la Codificación Constitucional).

Por su naturaleza, es una medida de carácter provisorio que tiene por objeto la protección de la sociedad y del ciudadano contra los actos de la Administración; y de ella hacen uso los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo para evitar un perjuicio notoriamente grave en los intereses de la una o del otro. Sus efectos jurídicos inmediatos son los de dejar sin aplicación el acto administrativo acusado de nulidad, mientras llegue el fallo de fondo a pronunciar ésta con fuerza de verdad legal o a reconocer su plena validez.

Enseña el artículo 2º de la Ley 80 de 1935 que los Tribunales Seccionales de lo Contencioso resolverán en Sala Plena sobre las solicitudes de suspensión provisional; y que cuando se trate de asuntos de que conocen dichos Tribunales en primera instancia, el auto correspondiente podrá apelarse para ante el Consejo de Estado, y la orden de suspensión se comunicará y cumplirá, si fuere el caso, sólo cuando la decisión del Consejo quedare ejecutoriada. Tal recurso no suspende la tramitación del juicio ante el Tribunal.

Para mayor claridad precisa observar la índole *sui generis* con que la ley ha querido distinguir los autos de suspensión provisional.

Sobre el particular es suficiente la transcripción de la siguiente jurisprudencia de esta Superioridad, de fecha 11 de junio de 1937:

"No puede estimarse como que tal regla indique que la apelación para ante el superior deba concederse en el efecto suspensivo, pues la misma disposición en cita añade que dicho recurso no suspende la tramitación del juicio ante el Tribunal, lo que por este aspecto hace aparecer a aquél como simplemente devolutivo. Una y otra razón encájan dentro de la noción que de los diferentes aspectos y consecuencias del recurso señala el Código Judicial en sus artículos 499, 500 y 501. En este orden de ideas no debe perderse de vista que el artículo 2º de la Ley 28 de 1922 disponía que el auto de suspensión provisional era apelable en el *efecto suspensivo;* mas como esta disposición fue sustituída por la Ley 80 de 1935 (artículo 2º citado), que cambió el trámite del recurso y guardó silencio sobre el efecto en que debe concederse es jurídico concluir que si bien las consecuencias de la disposición vigente sobre apelación de los autos de que se trata son en parte las indicadas por el Código de Procedimiento Civil como inherentes al carácter de la apelación en lo suspensivo, no puede decirse con propiedad que evidentemente lo sean, pues carecen de otras peculiaridades técnicas propias de dicho carácter, entre ellas —como ya se expresó— la muy importante de no privar de jurisdicción al Tribunal que concede el recurso para seguir conociendo del juicio. Ante estas razones, el Consejo no duda en afirmar que se trata, simplemente, de un recurso de apelación de efecto *sui generis,* de creación y de naturaleza esencialmente administrativas, que sobrepasa el sistema propio del procedimiento judicial y que no se conforma con la clásica denominación que de los efectos del recurso hace aquél."

Ahora bien: ¿cuáles son los efectos de la suspensión provisional acordada por el Consejo de Estado frente a una sentencia de primer grado, en la cual se reconoce la validez del acto suspendido, o se abstiene el Tribunal de declarar la nulidad pedida en la demanda?

Para resolver la cuestión es preciso considerar que contra las sentencias de primera instancia, dictadas por los Tribunales de lo Contencioso, cabe a las partes el recurso de apelación y que, por expreso mandato del artículo 65 de la Ley 130 de 1913, tal apelación debe otorgarse en el efecto devolutivo.

Entraña la apelación concedida en tal efecto —de conformidad con las reglas de los artículos 499 y 500 del Código Judicial— que el fallo debe cumplirse mientras el superior (el Consejo de Estado en los juicios administrativos), resuelve definitivamente en última instancia.

No se presenta, pues, ninguna dificultad cuando la sentencia de primera instancia se pronuncia en el sentido de declarar la validez del acto administrativo acusado, pues si esta sentencia no se apela por parte legítima, la suspensión provisional previamente decretada por el Tribunal o por el Consejo de Estado queda sin efecto alguno y debe, por tanto, dársele el debido cumplimiento al fallo definitivo. Esto, porque la suspensión, como recurso esencialmente transitorio, deja de tener

eficacia jurídica y pierde su razón misma de ser una vez que el juicio se ha surtido en su plenitud y sobre él ha recaído un pronunciamiento de fondo.

Mas surge, ciertamente, la dificultad cuandoquiera que contra la sentencia definitiva se interpone oportunamente el recurso de apelación, ya que, como atrás quedó expuesto, debe aquélla cumplirse mientras se surte la instancia ante el superior, como consecuencia del efecto devolutivo del recurso establecido en el artículo 65 citado.

Mediante la aplicación estricta de este precepto y de sus concordantes del Código de Procedimiento Civil (artículos 499 y 500), las cosas se presentarían de la siguiente manera: aplicación de acto acusado y extinción de los efectos de la suspensión provisoria, por una parte; y por otra, trámite del recurso de apelación del fallo, con la posibilidad de que el Consejo de Estado revoque la decisión del inferior y se pronuncie por la nulidad del acto. Esto conduciría al absurdo de que tal acto, inicialmente suspendido por el Consejo y luégo declarado nulo en forma definitiva, surtiría efectos jurídicos en el lapso intermedio entre la sentencia de primero y segundo grado.

Empero, estima el suscrito Consejero que tal conflicto es apenas aparente y que se soluciona fácilmente por medio de la interpretación armónica de los artículos 65 y 93 de la citada Ley 130 de 1913. En efecto, establece esta última disposición que las sentencias *definitivas ejecutoriadas* de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión, por parte de la justicia ordinaria. Lo que entraña, en cierto modo, una modalidad especial dentro del sistema que rige las apelaciones en lo judicial, desde luégo que, como se ha visto por los artículos citados del Código de Procedimiento Civil la providencia sujeta al recurso de apelación en lo devolutivo debe cumplirse mientras el Superior resuelve. Por el contrario, en el procedimiento administrativo las cosas ocurren de muy distinta manera: la sentencia definitiva es apelable en el efecto devolutivo, por regla general, pero no se cumple —o no es obligatoria— según el citado texto del artículo 93 de la Ley 130— sino cuando está ejecutoriada, o lo que es lo mismo, cuando no puede hacerse valer contra ella recurso de ninguna clase.

Estima el Consejero informante que esta interpretación es la más jurídica y la que mejor se acomoda a la necesidad de la firmeza en los fallos proferidos por la justicia administrativa. Por otra parte, dentro de la lógica procesal no sería admisible que mientras los autos interlocutorios están sujetos al recurso de apelación en lo suspensivo (artículos 51 del Código Contencioso, en relación con el 491 del Código Judicial; 2º de la Ley 28 de 1922, y 2º de la Ley 80 de 1935), tienen la misma fuerza que los de igual denominación en lo judicial, en cambio la sentencia definitiva sólo sea susceptible de apelación en el efecto devolutivo. No es aceptable suponer que el legislador de 1913 hubiera querido que providencias de menor importancia como son los autos interlocutorios —que tanto en lo judicial como en lo administrativo sólo deciden cuestiones incidentales dentro de la causa— tengan que aguardar la resolución del superior para ser cumplidas, en tanto que las sentencias definitivas de primera instancia estén sujetas a cumplimiento inmediato, aun siendo objeto de apelación, pues de tal criterio surgiría una serie de conflictos suscitados con ocasión del efecto de la apelación, si como ocurre frecuentemente el superior revoca la decisión del fallador de primer grado.

No contradice la tesis que viene desenvolviéndose la regla de los artículos 64 y 74 de la Ley 130, según los cuales una vez dictada la sentencia debe comunicarse a las autoridades allí indicadas; porque tal comunicación no obliga al cumplimiento por parte de éstas, ya que

tales disposiciones deben entenderse en el sentido de dar oportunidad a tales autoridades para que hagan uso de los recursos legales a su alcance para la defensa de los intereses públicos que representan.

De ordinario se ha entendido por los Tribunales de lo Contencioso que las sentencias por ellos pronunciadas, aunque sujetas a apelación deben ser cumplidas mientras el Consejo resuelve sobre la alzada; y de otro lado, los organismos y funcionarios del orden administrativo han aceptado esta doctrina errónea, que surge como consecuencia de la interpretación aislada del tántas veces mencionado artículo 65 de la Ley 130. Pero la seguridad en los fallos, la garantía de los derechos de las partes y la eficacia del control jurisdiccional de los actos de la Administración exigen una solución distinta, que no puede ser otra que la que aparece de la interpretación armónica de los artículos 65 y 93, ya mencionados, en la forma que atrás quedó expuesta.

En consecuencia, vuestra comisión os propone:

"Dígase al señor Ministro de Gobierno que en concepto de esta corporación los efectos del auto de suspensión provisional decretada por el Consejo de Estado siguen produciéndose a pesar del fallo que profiera el Tribunal de primera instancia hasta que quede ejecutoriada la decisión definitiva de esta Superioridad."

Cópiese y devuélvase al Despacho de origen.

Vuestra comisión,

Ramón Miranda

El anterior informe fue aprobado por unanimidad, y el Gobierno autorizó para publicarlo y transcribir su texto a los Tribunales Seccionales Administrativos.

El Secretario, *Luis E. García V.*

Bogotá, marzo treinta de mil novecientos treinta y ocho.

Recursos contra el auto de suspensión

Consejero ponente, doctor RAMON MIRANDA

En los negocios en que los Tribunales de lo Contencioso conocen en única instancia, el auto de suspensión debe ser dictado por el sustanciador con recurso de súplica —y no de apelación— para ante el resto de los Magistrados.

En los negocios en que el Consejo de Estado conoce en única instancia, el auto que otorga o deniega la suspensión provisional es suplicable y no apelable para ante el resto de la Sala.

El recurso de súplica excluye el de reposición y, por consiguiente, es impropio impetrar el primero como subsidiario del segundo.

El recurso de súplica debe promoverse ante los Magistrados restantes de la Sala y no ante el autor del auto recurrido.

Consejo de Estado—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos treinta y ocho.

En la demanda de nulidad de los Decretos ejecutivos 1044, de 31 de mayo, y 1228, de 20 de junio de 1936, reglamentarios de la Ley 198 del mismo año, el sustanciador, doctor Carlos Lozano y Lozano, decretó la suspensión provisional de algunos artículos de aquellos decretos.

El señor Agente del Ministerio Público en extenso y detenido memorial solicitó la reposición del auto de suspensión provisoria, el cual lleva fecha 29 de octubre de 1937; y subsidiariamente interpuso el recurso de apelación o el de súplica, según sea de ley.

El 15 de noviembre anterior, el mismo sustanciador profirió un nuevo auto, por medio del cual accedió a reponer su providencia anterior en lo que se refiere al artículo 43 del Decreto 1044, cuya suspensión levantó; confirmó el recurrido en todas sus otras disposiciones; y concedió el recurso de apelación, ordenando pasar el expediente a la Sala Plena por conducto del Consejero de turno. Esta última decisión la apoyó el sustanciador en el artículo 2º de la Ley 28 de 1922.

Antes de resolver en el fondo el recurso intentado por el señor Fiscal del Consejo se hacen las consideraciones que siguen:

El artículo citado (2º de la Ley 28 de 22), dispone que el auto que resuelva la suspensión provisional en el caso del inciso d) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913 es apelable en el efecto suspensivo, y que la Sala de apelación tendrá un término perentorio de diez dias para resolver sobre él. El Consejo, en diversos fallos, ha aplicado esta disposición en los negocios en que conoce en una sola instancia. En tales casos, el recurso de apelación concedido por el Consejero sustanciador, ha sido resuelto por el resto de los Consejeros constituidos en Sala de Decisión. Contra tal doctrina se pronuncia el actor en el presente juicio, quien pide que como consecuencia de las observaciones que formula, se de-

clare que esta entidad carece de jurisdicción para conocer del recurso interpuesto por el señor Agente del Ministerio Público contra la providencia interlocutoria de que se trata.

Tal solicitud obliga al Consejo a estudiar nuevamente la cuestión debatida, o sea la de establecer si contra los autos de suspensión provisional dictados por uno de sus miembros cabe o nó apelación y, en caso afirmativo, cómo debe tramitarse y decidirse el recurso. El asunto presenta excepcional interés, pues la falta de una norma uniforme al respecto es continuo motivo de dudas para los litigantes en esta clase de juicios.

La ley orgánica de lo contencioso-administrativo, en su artículo 51 estableció que los autos dictados por el sustanciador son apelables para ante los Magistrados restantes, constituídos en Sala de Decisión, *en los casos y dentro de los términos señalados en las leyes sobre procedimiento civil.* Esta disposición, lo mismo que la aludida antes (artículo 2º de la Ley 28 de 1922), armonizaban muy bien con el sistema del antiguo procedimiento judicial, que, como se sabe, tenía establecido el recurso de apelación para los autos de simple sustanciación y para los interlocutorios. Pero el nuevo Código de Procedimiento, varió por completo el sistema, y al efecto estatuyó:

"Artículo 484. Contra las providencias judiciales existen los siguientes recursos: 1º El de reposición, para que se revoquen, reformen o aclaren; 2º El de apelación ante el superior; 3º El de súplica para ante los Magistrados restantes de una Sala, a intento de que enmienden el agravio que la parte crea se le ha inferido por el ponente; 4º....."

Dispone, además, dicho Código que el recurso de reposición procede contra los autos de sustanciación y los interlocutorios, y regla lo relativo a él en los artículos 487 a 489. De la apelación tratan los artículos 490 a 507 y son susceptibles de tal recurso, según puede verse en los textos respectivos, las sentencias definitivas y los autos interlocutorios.

En relación con estos últimos, enseña el artículo 502 la manera como el superior debe sustanciar el recurso; y el artículo siguiente de modo expreso ordena:

"Si el superior es un Tribunal, entiende en la apelación por medio del Magistrado a quien le toque en el reparto, salvo las excepciones especiales establecidas en este Código."

De donde aparece, a la luz de estas disposiciones, que dentro de un mismo Tribunal, no es posible la apelación de las providencias de que se trata, tanto porque no hay inferior ante quién interponerlo ni superior que lo decida, cuanto porque la misma ley, expresamente, ha establecido un recurso distinto (el de súplica) para los proveídos de carácter interlocutorio dictados por un Magistrado en su calidad de ponente.

Por lo demás, no hay razón ninguna para que los autos interlocutorios en general, dictados por un Consejero tengan solamente el recurso de súplica, siguiendo así el sistema fijado en el actual Código Judicial; en tanto que a los autos de suspensión provisional, cuya naturaleza interlocutoria es indiscutible, se les someta a reglas procesales distintas haciéndolos susceptibles de apelación y no de súplica. Nada justifica esta práctica, tratándose de providencias de igual índole y que, por lo mismo, requieren idénticos remedios, además de que debe ser preocupación constante de los organismos encargados de administrar justicia la armonización y simplificación de los trámites procesales.

Se ha defendido esta actuación de excepción diciendo que ella está consagrada en el artículo 2º de la Ley 28 de 1922, el cual contiene una regla especial aplicable únicamente a los autos de suspensión provisional. Empero, contra tal tesis obran los siguientes argumentos:

1º Aquella norma fue implícitamente modificada por la Ley 105 de 1931, que terminó con el recurso de apelación dentro de una misma corporación, precisando con más propiedad científica los diversos grados de la jurisdicción; y estableciendo al efecto, el recurso de súplica contra los autos interlocutorios del ponente en lugar del de apelación permitido por el antiguo Código. La Comisión Revisora, al comentar el nuevo recurso, se expresa con toda autoridad en la forma siguiente:

"Es el único recurso que se da contra los autos interlocutorios ue dicte un Magistrado en calidad de ponente, esto es, cuando no procede como Juez *ad quem*, lo que quiere decir que respecto de estas providencias, en vez de pedir que sean reformadas o revocadas por su mismo autor, se dirige la solicitud a los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, para que sean ellos los que la reconsideren, que es el medio más adecuado para que se enmienden el agravio o el error, si lo ha habido. No hay otra diferencia que ésta entre el recurso de que se trata y el de reposición.

"Es antijurídico decir, como dice la ley vigente, que tales autos son apelables para ante el resto de la Sala, porque la apelación supone un segundo grado de jurisdicción, el que no se concibe dentro de un mismo cuerpo y con relación a un mismo asunto."

2º El artículo 51 de la Ley 130 de 1913 al disponer que los autos del sustanciador fueran apelables para ante la Sala de Decisión, no quiso separar en esta materia la actuación administrativa de la ordinaria o común, sino que, por el contrario, sometió aquélla a ésta cuando expresamente estatuyó *"en los casos y dentro de los términos señalados en las leyes sobre procedimiento civil."*

El artículo citado (2º de la Ley 28 de 1922), no constituyó en manera alguna excepción a la regla anterior, sino que desarrolló el mismo principio al disponer la manera de decidir la apelación, cuando este recurso era procedente según los preceptos judiciales entonces vigentes. Pero es obvio que si éstos se modificaban, como en efecto fueron modificados por el cuerpo de disposiciones contenidas en la Ley 105 de 1931, aquella disposición (la Ley 28 de 1922), dejó de tener aplicación para los autos interlocutorios proferidos por un Consejero, por haber quedado extinguida la apelación como recurso dentro de un organismo plural (Consejo de Estado o Tribunal). Cobra mayor fuerza este argumento si se observa que la disposición de que se trata, sufrió además la modificación que le imprimió el artículo 2º de la Ley 80 de 1935, en cuanto dispuso que en los Tribunales de lo Contencioso el auto de suspensión provisional fuera dictado por la totalidad de sus miembros y no por el sustanciador, como antes ocurría; y que, en tratándose de negocios con primera instancia en los Tribunales la apelación se surtiera ante el Consejo de Estado en Sala Plena, como organismo de segunda instancia.

De esta suerte el trámite y decisión de la suspensión provisoria quedó mejor ceñido al sistema procesal común, aunque con la especialidad de que la alzada se resuelve por el Consejo de Estado en pleno.

No sobra agregar que, dentro de este orden de ideas, interpretando lógicamente dicho artículo es concluyente que en los negocios en que los Tribunales de lo Contencioso conocen en única instancia, el auto de suspensión debe ser dictado por el sustanciador con recurso de súplica —y no de apelación— para ante el resto de los Magistrados.

3º No existe en el procedimiento administrativo regla especial alguna para tramitar la apelación de los autos interlocutorios, por lo que hay que ocurrir, de conformidad con los artículos 51 y 104 de la Ley 130 de 1913, a los correspondientes del Código Judicial. Enseña éste, en el artículo 502 la manera de tramitar la apelación por el superior respectivo; es decir, se refiere a aquellos negocios para los cuales la ley ha señalado dos instancias o grados. No es, pues, aplicable tal norma al

caso que aquí se controvierte, que sólo tiene única instancia ante el Consejo. Menos puede ser aplicable la disposición siguiente, porque ésta preceptúa que si el superior es un Tribunal, entiende en la apelación por medio del Magistrado a quien le toque en reparto. Igualmente se contrae este precepto a los juicios que tienen dos instancias, en los cuales el Tribunal o el Consejo de Estado ejerce la jurisdicción superior, caso en el cual la apelación la decide un Magistrado y no la Sala Plena.

De todo lo cual surge la conclusión de que el recurso de apelación dentro de una misma entidad constituida en forma plural no existe dentro de las normas judiciales vigentes y de que, por tanto, no hay trámite señalado al respecto.

De aceptarse, entonces, con criterio de excepción, la apelación que estableció el tántas veces mencionado artículo 2º de la Ley 28 de 1922, surgiría la dificultad insalvable de que no hay tramitación fijada para dicho recurso, según se acaba de ver, sin que pueda el Consejo resolver de plano, porque ello sólo le está permitido cuando conoce en segunda instancia de la suspensión o no suspensión promovida por los Tribunales (artículo 2º de la Ley 80 de 1935).

Estas mismas razones están expuestas en los autos de fecha 19 de octubre de 1935 y 16 del mismo, originarios de la Sala singular del honorable Consejero doctor Isaías Cepeda, las cuales se acogen en la presente decisión.

Ahora bien: no siendo pertinente el recurso de apelación concedido por el sustanciador, no es la Sala competente para conocer de él y debe abstenerse, por tanto, de fallarlo.

Otro tanto ocurre con el recurso de súplica interpuesto por el señor Fiscal en su referido memorial del 29 de octubre del año pasado.

El actor en el juicio, doctor Julio Navarro T., sostiene que igualmente es inconducente la súplica intentada por aquel funcionario, y al efecto se expresa así:

"El recurso de súplica, sólo está establecido para 'los autos interlocutorios que dicte un Magistrado cuando procede como Juez *ad quem*,' lo que quiere decir que cuando el Magistrado actúa como Juez *ad quem*, ni como Juez *a quo*, sino como Juez de única instancia, contra el auto interlocutorio, no hay más recurso que el de reposición, pues el artículo 511 del Código Judicial dice: 'De los autos interlocutorios que dicte un Magistrado cuando procede como Juez *ad quem*, sólo se concede el recurso de súplica para ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión.' Esta disposición nos enseña que cuando el Magistrado no procede como Juez *ad quem*, no existe el recurso de súplica, y como no se estableció el de apelación que existía en la legislación anterior para los autos que dictara el Magistrado sustanciador en los asuntos de única instancia, hay que convenir que esta clase de autos no son apelables."

Para resolver lo que fuere de lugar, se observa:

El artículo 511 del Código Judicial trae un texto evidentemente distinto al transcrito por el demandante, quien sobre la base de una transcripción equivocada deduce conclusiones que el Consejo no comparte en forma alguna. Reza literalmente el mencionado artículo:

"511. De los autos interlocutorios que dicte un Magistrado cuando no procede como Juez *ad quem*, sólo se concede el recurso de súplica para ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión."

De la expresión literal de este texto, así como de su armonía con el conjunto de disposiciones que rigen la materia de los recursos dentro de la técnica del Código, no es difícil fijar el alcance de aquella norma.

En efecto, cuando un Magistrado —o un Consejero de Estado, o un Magistrado de Tribunal— procede con carácter distinto del de Juez *ad*

quem, los autos interlocutorios que dicte sólo son susceptibles del recurso de súplica para ante la Sala de Decisión; los que dicte con aquel carácter (Juez *ad quem)* no son suplicables, pues el recurso propio es el de reposición, al tenor del artículo 484 del Código Judicial, en relación con el 511 citado. ¿Cuándo procede un Magistrado como Juez *ad quem*, se preguntaría entonces? Pues precisamente en el caso en que decide por sí solo la apelación interpuesta ante el inferior (Juez *a quo)*, como se contempla en el artículo 503 ibidem, ya examinado. En tal evento, sus providencias de índole interlocutoria no son suplicables, porque de serlo el auto materia del recurso vendría a quedar sujeto a un tercer grado de jurisdicción, lo que sería inconcebible. La súplica, pues, no tiene cabida sino cuando el Magistrado actúa en condición distinta a la de Juez *ad quem*, o lo que es lo mismo, cuando su carácter es el de ponente. Entonces el único recurso que la ley otorga contra sus autos interlocutorios es el de súplica para ante los Magistrados restantes a intento de que éstos tengan oportunidad de enmendar el agravio que haya podido causarse a las partes. Surgen de lo dicho las siguientes consecuencias:

1ª El recurso de súplica excluye el de apelación, tanto por lo expuesto en otro lugar de este proveído, cuanto porque la ley al consagrarlo expresa que es el *único recurso* que cabe contra los autos interlocutorios dictados por un Magistrado cuando no procede como Juez *ad quem;*

2ª Por las mismas razones excluye el de reposición, y, por tanto, es impropio impetrar la súplica como subsidiaria de aquél. Esto es muy fundado, desde luégo que la súplica que tiene el mismo régimen de la reposición y es en sus efectos equivalente a este último, sólo se diferencia de él en la manera como se decide;

3º El recurso de súplica debe promoverse ante los Magistrados restantes de la Sala y no ante el autor del auto recurrido, pues claramente lo enseña así la disposición que lo reglamenta.

En el negocio *sub judice* observa el Consejo que el señor Fiscal solicitó como remedio principal contra el proveído de fecha 21 de octubre del año pasado, la reposición ante él sustanciador y como subsidiario la súplica, procedimiento no autorizado según lo dicho atrás. Si el Consejo entrara ahora a conocer de la súplica entrañaría ello una doble reposición que, lejos de estar autorizada en la ley, quedó expresamente prohibida por ella (artículo 489 del Código Judicial).

Tampoco fue instaurado dicho recurso (el de súplica) como lo ordena el artículo 511 de la misma obra, o sea para ante el resto de la Sala; y, finalmente, no habiéndose otorgado, lógico es que menos por este aspecto, la Sala haya adquirido la jurisdicción necesaria para resolverlo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de Decisión, resuelve que no tiene competencia para conocer ni decidir sobre la apelación interpuesta por el señor Fiscal de la corporación y que, por tanto, los autos deben ser devueltos a la Sala de origen para que siga el curso legal.

Notifíquese. Cúmplase.

Pedro Martín Quiñones—Ramón Miranda—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Juicio de cuentas

Consejero ponente, doctor RAMON MIRANDA

Aunque de conformidad con las disposiciones del Acuerdo número 1º de 1926, dictado por el Consejo de Estado en ejercicio de la facultad que le confirió la Ley 109 de 1923, en esta etapa del juicio de cuentas —articulación posterior a la sentencia— la función de la Sala sólo debe contraerse al examen y calificación de las pruebas aducidas con posterioridad al fallo que confirmó el alcance, para resolver si éstas contienen o nó elementos de convicción suficientes para desvirtuar los fundamentos le ales y jurídicos del pronunciamiento anterior, la importancia innegable del presente juicio —tanto por la cuantía pecuniaria como por las circunstancias especiales que lo rodean— exige un detenido estudio de conjunto, en relación con todas las probanzas que conformaron el alcance.

Consejo de Estado—Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos treinta y ocho.

En fallo de fecha doce de noviembre de mil novecientos veintiocho el Consejo de Estado, en Sala Plena, decidió la apelación interpuesta contra el auto número 1485, expedido por la Contraloría General de la República el 30 de noviembre de 1927, relacionado con el desfalco ocurrido en la Tesorería General durante los años inmediatamente anteriores a 1925, y del cual se hizo responsable al señor Tomás Fernández, en su carácter de Contador en la Sección de Caja de aquella oficina nacional.

En la referida sentencia el Consejo de Estado confirmó en todas sus partes la providencia recurrida, por medio de la cual la Contraloría declaró como alcance a cargo del responsable, señor Fernández, hoy sus herederos (la señora Elvira Cualla viuda de Fernández, en su propia representación y en la de sus hijas menores Leonor, Alicia, Inés, Blanca e Isabel Fernández, y señora Elvira de Fernández representada por su esposo Alvaro Delgado), y a favor del Tesoro Nacional la cantidad de ciento cuarenta y nueve mil doscientos sesenta y ocho pesos veintisiete centavos ($ 149.268.27).

A solicitud de los interesados en el juicio, representados por el doctor Ramón Rosales, decidió esta Superioridad, por auto que lleva fecha cinco de agosto de 1931, abrir una articulación para reconsiderar el negocio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Acuerdo número 1º de 1926, dictado por esta corporación en ejercicio de la facultad que le confirió la Ley 109 de 1923. Reza la expresada disposición, así:

"Artículo 22. Aun después de ejecutoriado un auto con alcance contra el responsable, y siempre que el expediente respectivo no se hubiere devuelto a la Contraloría, se admitirá a dicho responsable, a su fiador

o a su representante la presentación de nuevos comprobantes, los que examinados por el Consejo, previo el correspondiente estudio que haga el mismo Consejero sustanciador, pueden dar lugar a un nuevo auto que destruya o modifique los efectos del primero. Este nuevo auto será proferido en Sala Plena, previa la sustanciación del incidente, siguiendo los trámites de una articulación común."

En el mismo proveído por el cual se admitió el pedimento del personero de la sucesión responsable, y a solicitud de éste, se decretó la práctica de una inspección ocular en los libros de cuentas de la Tesorería General de la República, diligencia para cuya realización se comisionó al honorable Tribunal Administrativo de Bogotá, entidad que devolvió el negocio con lo actuado el 15 de julio de 1935.

Cumplido el trámite propio de la articulación, el sustanciador doctor Nicasio Anzola presentó proyecto de fallo que fue discutido en varias sesiones hasta que el 9 de octubre de 1936, la Sala dispuso su circulación. Habiéndose surtido ésta pasa el Consejo a decidir lo que fuere de derecho con base en el proyecto elaborado por el actual ponente en el negocio.

Antecedentes.

En el auto número 1485, de 30 de noviembre de 1927, por el cual la Contraloría General de la República elevó a alcance a cargo del señor Tomás Fernández la expresada cantidad de ciento cuarenta y nueve mil doscientos sesenta y ocho pesos veintisiete centavos ($ 149.268.27), están contenidos los documentos principales que dieron origen a la investigación del alcance sobre el cual versa el presente juicio de cuentas y que sirvieron, además, de fundamento a la providencia de la oficina de control.

Tales documentos son:

1) El acta de visita practicada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por comisión del Excelentísimo señor Presidente de la República, en las oficinas de la Tesorería General, del 18 de diciembre de 1924 al 30 de enero de 1925; y

2) El acta de la junta celebrada en el Despacho de Hacienda el 29 de diciembre del citado año de 1924.

Se transcriben, íntegramente, estas piezas para mejor inteligencia de la cuestión sometida a la definitiva solución del Consejo. Dice así el acta primeramente ameritada:

"En la ciudad de Bogotá, a los diez y ocho días del mes de diciembre de mil novecientos veinticuatro, siendo las cuatro de la tarde, se presentaron a las oficinas de la Tesorería General de la República, con el fin de practicar visita minuciosa en dicha oficina, los señores Thomas R. Lill, Asesor del Gobierno en asuntos de contabilidad, designado por el Excelentísimo señor Presidente de la República, para dirigir la visita, en oficio número 2157, de fecha de hoy, dirigido al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público; el señor Inocencio Ocampo, Primer Recaudador Delegado, comisionado por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, según resolución administrativa de esta misma fecha, y el señor Arturo de Brigard, encargado de la Secretaría del Ministerio ya citado, comisionado por el Ministro, para instalar la comisión visitadora. Además, en el curso de la visita, intervinieron: el señor doctor Jesús M. Marulanda, Ministro de Hacienda y Crédito Público; el señor Raúl Ayarza, hoy Recaudador General de Rentas Nacionales; Régulo Domínguez, Leopoldo C. Diago, Pedro León Torres Durán y Evaristo Reyes, Contadores de la Sección Tercera del Departamento de Contraloría; Manuel Ayala, Examinador de la Sección Sexta del mismo Departamento, y Santiago Alfaro, empleado de la Primera Recaudación Delegada. Presentes en la oficina el doctor Augusto Martínez, Tesorero General de la República; el Contador Interventor de la misma, señor

Ezequiel Martinez; el Cajero, señor Pedro Fernández, y el Contador, Sección de Caja, de la misma, señor Tomás Fernández, pusieron a disposición de la comisión visitadora las cajas, libros, papeles, documentos y comprobantes en las oficinas a su cargo, así como también el demás personal de empleados de la Tesorería.

Después de formar el balance de las cuentas de la Tesorería, en 17 de diciembre de 1924, y practicar el arqueo de caja e inventariar los valores en depósito en la Tesorería, la visita se contrajo a los ramos de que es responsable el señor Tomás Fernández, Contador, Sección de Caja, dando el siguiente resultado:

Documentos de deuda pública.

Vales del Tesoro, emisión de 1922:

Se contó la existencia de estos vales, encontrándose:

6.495 vales. Serie A. Números 163585 a 170000, y 122822 a 122900, de valor de $ 20 cada uno ..... $ 129.900

De esta cantidad aparecen sellados (es decir, emitidos), con fecha 17 de julio de 1922, los siguientes:

100 vales, serie A, de $ 20 cada uno, números 163701 a 163800	$ 2.000
100 vales, serie A, de $ 20 cada uno, números 163801 a 163900	2.000
79 vales, serie A, de $ 20 cada uno, números 122822 a 122900	1.580
100 vales, serie A, de $ 20 cada uno, números 163601 a 163700	2.000
Suma	$ 7.580

Examinada la cuenta que llevaba el señor Fernández, de vales del Tesoro, emisión de 1922, se halló que ésta arrojaba un saldo, que debía existir en poder del señor Fernández, de *$ 135.080.*

En vales *sin emitir*. Lo anterior puede resumirse así:

Existencia que debía tener el señor Fernández en vales del Tesoro —1922— sin emitir	$ 135.080	
Existencia encontrada en vales del Tesoro, emitidos con fecha 17 de julio de 1922	.....	7.580
Existencia encontrada en vales del Tesoro, 1922, sin emitir	.....	122.320
Sumas	$ 135.080	129.900
Diferencia que resulta a cargo del señor Fernández		5.180
Sumas iguales	$ 135.080	135.080

Se encontraron, además, en poder de él, 18 vales por valor de $ 360, que corresponden a una emisión clandestina, y que fueron decomisados, y 1,108 vales también de emisión clandestina, que fueron devueltos por la Policía.

Bonos de deuda interna. Fomento de la agricultura:

Se encontraron 475 bonos de deuda interna, fomento de la agricultura, de valor de $ 10 cada uno, números 7001 a 7100, 9101 a 9175 y 9201 a 9500, por valor nominal de ..... $ 4.750

No ha sido posible encontrar un libro donde el señor Fernández llevara la cuenta de amortización de estos documentos, y, por lo tanto, la comisión visitadora no ha podido precisar aún qué existencia debía tener aquél en estos documentos. La comisión investiga el movimiento que han debido tener estos papeles, para poner en claro la responsabilidad del señor Tomás Fernández en lo relativo a este punto.

Estudio comparativo de la amortización de vales del Tesoro. Emisión de 1922. En el año de 1923.

Para demostrar claramente las diferencias encontradas al examinar la cuenta de amortización de estos vales en el año de 1923, se formó el siguiente cuadro comparativo:

Tesorería General — Comparación — Vales del Tesoro de 6% — 1922.

1923. Cargado a la cuenta de:	Enviado al C. P. según Tesorería.	Recibido por C. P. según relación.	Diferencia.
Capital.			
Enero			
Febrero			
Marzo. Cap. 83 . . . . . $	252.980	$ 252.980	
Abril. Cap. 83.	125.640	125.640	
Mayo 16. Cap. 83	46.520	.....	
Mayo 24. Cap. 83	1.620	.....	
Junio. Doc. de C. P.	365.960	.....	
Julio. Doc. de C. P.	213.220	48.140	
Julio. Doc. de C. P.	.....	213.220	
Agosto. Doc. de C. P.	164.520	164.520	
Septiembre. Doc. de C. P. . . .	130.980	130.980	
Octubre. Doc. de C. P.	299.460	299.460	
Noviembre 4. Doc. de C. P. . . .	180.080	.....	
Noviembre 23. Doc. de C. P. . . .	69.520	546.040	
Diciembre. Doc. de C. P. . . .	108.800	108.800	
$	1.959.300	$ 1.889.780	$ 69.520.00
Intereses.			
Enero			
Febrero			
Marzo . . . . . $	11.229.29	$ 11.229.29	
Abril	5.383.98	5.383.98	
Mayo			
Junio	17.697.71	.....	
Julio	10.710.11	10.710.11	
Agosto	10.550.71	10.550.71	
Septiembre	9.896.66	9.896.66	
Octubre	21.473.40	21.473.40	
Noviembre 1º	13.203.20	.....	
Noviembre 25	5.432.96	30.900.91	
Diciembre	8.438.37	8.438.37	
$	114.016.39	$ 108.583.43	5.432.96
Diferencia . . . . . $			74.952.96

Las diferencias deducidas a cargo de la Tesorería General de la República y cuyos pormenores se explican en el cuadro anterior ascendieron a la suma de $ 74.952.96, así: por amortización, según allí se expresa . . . . . $ 69.520.00

Por intereses 5.432.96

Total . . . . . $ 74.952.96

Por esta cantidad se dio salida en el libro de caja con cargo a la cuenta mencionada, y esta salida se ha hallado sin comprobar, y así se constató en el examen hecho por los señores Lill y Ayarza, a las cuentas enviadas por el Tesorero General al Departamento de Contraloría, en el mes de noviembre de 1923. Por toda comprobación, la Tesorería acompañó a la cuenta una factura suscrita por el señor Ezequiel Martinez, en su carácter de Cajero.

El verdadero comprobante que ha debido acompañarse para justificar esta salida de Caja, ha debido ser un recibo, debidamente expedido por la Oficina de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Mientras este recibo no se presente, debe afirmarse de manera absoluta, que se trata de un desfalco, y que el cargo a la cuenta de vales del Tesoro —1922—, así como el abono a la cuenta de caja son ficticios.

Estudio comparativo de la amortización de bonos colombianos de la deuda interna — 10% — en el año de 1923.

En las mismas condiciones anteriores encontró la comisión visitadora, una salida de caja, descrita con fecha septiembre 1º de 1923, por un total de *$ 31.959.32*. La salida no está comprobada con el recibo de la Sección 3ª del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o sea la Oficina de Crédito Público, a cargo del doctor Jesús M. Henao. No aparece la entrada de esta cantidad, así como tampoco la de los $ 74.952.96 en vales del Tesoro. Se examinaron los comprobantes enviados por la Tesorería al Departamento de Contraloría, y tan sólo se halló, como en el caso anterior, una factura o relación, suscrita por el Cajero de la Tesorería. Como esta salida de caja no se justifica, y como no se ha exhibido el recibo legal, debe afirmarse que la suma de *$ 31.959.32* aumenta los desfalcos a que ya se hizo mención.

Para comprobar lo que aquí se afirma, se formó el cuadro comparativo que se halla en la página siguiente, o sea la quinta de esta diligencia.

Tesorería General — Comparación — Bonos colombianos de deuda interna — 10%.

1923.	Enviado al C. P. según Tesorería.	Recibido por C. P. según relación.	Diferencia.
Capital.			
Enero			
Febrero			
Marzo			
Abril			
Mayo			
Junio			
Julio	$ 1.100	$ 1.100	
Agosto	15.685	15.685	
Septiembre	17.610	17.610	
Octubre	420	420	
Noviembre	1.610	1.610	
Diciembre	9.760	9.760	
	$ 46.185	$ 46.185	

Intereses.

Enero			
Febrero			
Marzo			
Abril			
Mayo ... ... $	.....	$ 61.522.10	
Junio	61.522.10	110.638.29	
Julio	110.638.29	.....	
Agosto	69.978.40	69.978.40	
Septiembre	31.959.32	.....	
Octubre	81.885.23	81.885.23	
Noviembre	53.251.50	53.251.50	
Noviembre	37.627.77	37.627.77	
Diciembre	122.240.99	122.240.99	
$	569.103.60	$ 537.144.28	$ 31.959.32
Diferencia .... $			31.959.32

Libranzas de Aduana:

Este ramo estaba también a cargo del señor Fernández, y al ser examinada la cuenta de "Obligaciones por cobrar" en los libros de la Tesorería, se halló la subcuenta "1.801 libranzas de Aduana", con un cargo de *$ 37.175.99*. Pero las libranzas que representan ese valor, no fueron halladas en la Tesorería, y, por consiguiente, queda a cargo del responsable la ya citada cantidad de *$ 37.175.99*.

Se sabe que hace parte de esa suma el valor de unas libranzas que se cancelaron mediante un cheque girado en descubierto; esas libranzas canceladas así, suman alrededor de $ 19.000, cantidad ésta que fue asegurada por el señor Fernández con una hipoteca.

En resumen, las sumas que aparecen a cargo del señor Tomás Fernández, según queda demostrado, son las siguientes:

Por vales del Tesoro, 1922, sin emitir, que debían encontrarse en caja y que no se hallaron ....$	5.180.00
Por vales del Tesoro, 1922, por salida de caja por una amortización ficticia	74.952.96
Por bonos colombianos de deuda interna —10%, intereses— por salida de caja, por una amortización ficticia..	31.959.32
Por el valor de libranzas de Aduanas que no se hallaron	37.175.99
Total ....$	149.268.27

No puede tenerse en cuenta la cantidad de *$ 4.750*, en bonos de deuda interna —fomento de la agricultura— para deducirlos de este alcance, hasta saber el resultado de la investigación que sobre este punto se adelanta.

En constancia, se firma esta parte de la diligencia de visita, en Bogotá, a los treinta días del mes de enero de mil novecientos veinticinco, por los que en ella han intervenido.

Firmados: *Thomas R. Lill, J. M. Marulanda, Pedro León Torres Durán, Régulo Dominguez, L. C. Diago, E. Ayarza, Evaristo Reyes, F. Santiago Alfaro, Inocencio Ocampo, Pedro Fernández, Augusto Martínez.*

Como en esta acta se hace constar que las relaciones de los vales y cupones que no aparecieron recibidos en la Sección de Crédito Público, por valor de $ 74.959.96 y $ 31.959.32, respectivamente, están firmadas por mí, en la época en que fui Cajero de la Tesorería General, hago constar que el señor Fernández, quien manejaba el ramo de Crédito Público en la Tesorería, hacia las relaciones de los papeles que iba a remesar al Crédito Público y me las pasaba para mi firma, sin que yo viera siquiera los papeles que él decía iba a remesar. Estos envíos no afectaban el ramo de dinero, que era el que yo manejaba, pues las cantidades que el señor Fernández decía iba a remesar, figuraban a la vez como entrada y como salida, de modo que no se afectaba la existencia del dinero que estaba a mi cargo; y las relaciones no adquirían el carácter de comprobantes sino cuando el señor Jefe de la Sección de Crédito Público firmaba el recibo. Ese ramo de Crédito Público, estaba, pues, controlado por el Jefe de esa Sección, doctor Jesús M. Henao, que debía contar las remesas y firmar el recibo, y estaba controlado también por la Sección de Contabilidad de la Tesorería, que para describir los asientos en los libros, debía exigir los recibos del doctor Henao. Ni las dos relaciones por los valores expresados, ni las demás que firmé durante el tiempo en que estuve de Cajero, fueron llevadas por mí a la Sección de Contabilidad. Firmo, pues, la anterior diligencia de visita, haciendo constar lo expresado.

(Fdo.), *Ezequiel Martínez.*"

La relación de la Junta del Ministerio de Hacienda, en conexión con estos hechos, es del tenor siguiente:

"En Bogotá, a veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos veinticuatro (1924), se reunieron en el Despacho del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, a las tres de la tarde y por convocatoria de éste, el expresado funcionario, doctor Jesús M. Marulanda y los señores Augusto Martínez, Tesorero General de la República; Jesús María Henao, Jefe de la Sección Tercera de Crédito Público del Ministerio; Inocencio Ocampo, Primer Recaudador Delegado; Thomas R. Lill, Asesor de la Contraloría General de la República; Eugenio Andrade, Auditor General de la misma, y Raúl Ayarza, Secretario de la Superintendencia Bancaria. Concurrió también el señor Tomás Fernández, Contador de Caja de la Tesorería General de la República, a quien el señor Ministro le manifestó que el objeto de esta reunión era el de que presentara ante esta Junta los descargos y explicaciones acerca de las diferencias halladas en la cuenta de la Tesorería General de la República relativas a la amortización de documentos de deuda pública, ramo que estaba y está a su cargo en la fecha, y que se había hallado como resultado de la visita extraordinaria que se practica actualmente en dicha oficina por orden expresa del Excelentísimo señor Presidente de la República, y en la cual han actuado el Ministro y el señor Lill por designación especial del Presidente, y los señores Campo y Ayarza como comisionados por el doctor Marulanda. Con motivo de informes que éste pidió al señor Fernández y al Tesorero General de la República sobre el funcionamiento de la Oficina de Caja de la Tesorería, declaró el señor Fernández que bajo su exclusiva responsabilidad se manejaba en ella la cuenta de crédito público y la de libranzas de las Aduanas, procedentes de derechos de importación, y que él hacía y pasaba a la firma del Cajero las relaciones de amortización de documentos de deuda pública que debían enviarse a la Sección de Crédito Público del Ministerio.

En seguida se hizo saber las diferencias en cuestión, que representaban saldos a su cargo; eran las siguientes:

Por libranzas de Aduanas que faltaban en caja, treinta y siete mil ciento setenta y cinco pesos noventa y nueve centavos. .		$ 37.175.99
Vales del Tesoro y sus intereses, que aparecen como remesados y no fueron recibidos en la Sección Tercera, así:		
En vales	$ 69.520.00	
Por intereses	5.432.96	74.952.96
Cupones de bonos colombianos de deuda interna, que aparecen como remesados y no fueron recibidos en dicha Sección		$ 31.959.32
Total de las diferencias		$ 144.088.27

En este estado manifestó el señor Fernández que respecto a las libranzas de Aduanas, en la suma de $ 37.175.99 estaba comprendida la de $ 19.000, valor de libranzas que fueron pagadas con un cheque girado en descubierto por el señor Edmundo Paniagua, suma que él tenía ya asegurada ante el señor Tesorero General de la República, por medio de una hipoteca constituida sobre la casa de su propiedad, ubicada en la calle 15, número 42, de esta ciudad, y que respecto del resto, tenía la convicción de que tal diferencia procedía de errores en el libro auxiliar en que se llevaba la cuenta de esos documentos, libro de cuyo examen se están ocupando actualmente el señor Ocampo, como Primer Delegado, y el mismo señor Fernández. Acerca de esto manifestó el doctor Martínez que era verdad lo referente al aseguro de los $ 19.000, y el señor Ocampo lo relativo al examen del libro.

En cuanto a la suma de $ 74.952.96, procedente de vales del Tesoro y sus intereses, expresó el señor Fernández que tal diferencia la originaba, sin duda, algún error en la contabilidad, pues de ordinario no se le expedían en la Sección de Crédito Público los recibos de las remesas que la Tesorería General hacía a dicha Sección. A solicitud del señor Ministro los señores Lill y Ayarza presentaron el balance de la cuenta de la Tesorería, correspondiente al mes de noviembre de 1923 y la relación de los documentos que formaban el total de las amortizaciones que figuraban como operaciones de dicho mes, de los cuales aparece que la Caja de la Tesorería recibió y se descargó de la mencionada suma en vales del Tesoro y sus intereses. En vista de esto el señor Ministro exigió al Jefe de la Sección de Crédito Público, doctor Henao, que dijese si la oficina a su cargo le había expedido a la Tesorería el recibo correspondiente de las remesas que de ella había recibido en documentos amortizados y si existía en su poder alguna cantidad de vales del Tesoro respecto de la cual se hubiera omitido tal formalidad. El doctor Henao contestó que todos los documentos llegados a su oficina procedentes de la Tesorería, había expedido siempre el recibo del caso, y que en su poder no existía cantidad alguna en vales del Tesoro, en el caso indicado. Agregó el señor Fernández que no obstante lo expresado, tenía la seguridad de que mediante un prolijo y detenido estudio de la cuenta de amortización de estos documentos, se llegaría a la evidencia de que la diferencia procedía de errores.

En cuanto a los $ 31.959.32 procedentes de cupones, manifestó el señor Fernández que la causa de tal falta tenía el mismo origen, o sea errores en la cuenta. El señor Ayarza expresó entonces que en la cuenta de septiembre de 1923 figura descargada esta suma en la Caja de la Tesorería, con el único comprobante de una relación suscrita por el Cajero de la Tesorería General, Ezequiel Martínez, en que se expresa que tal cantidad de cupones será remitida a la Sección de Crédito Público, mas no aparece la relación de envío acostumbrado.

En vista de estos hechos, el señor Ministro manifestó al señor Fernández que le exigía el reintegro de la suma de ciento veinticinco mil ochenta y ocho pesos con veintisiete centavos ($ 125.088.27), que constituía la diferencia entre la de $ 144.088.27, total de las diferencias relacionadas y los $ 19.000 asegurados ya, sin perjuicio del derecho que el señor Fernández tiene de que se le devuelvan tales valores, si, como él lo estima, puede demostrarse que tales faltas radican en errores de la contabilidad, y que el Gobierno no tiene inconveniente alguno en concederle un plazo prudencial para que se efectúe el estudio de tales cuentas con todo el detenimiento del caso. A esta exigencia declaró el señor Fernández que carecía de dinero para hacer el reintegro inmediato que se le exigía; que como resultado del aviso que le había dado el señor Tesorero General de la República de la falta procedente de los vales del Tesoro y de sus intereses, había constituido ya garantía estimada en la suma de $ 74.000 con el resto del valor de la casa número 42 de la calle 15, de que se ha hablado, inmueble que tiene además algún gravamen a favor del Banco de Colombia de esta ciudad, por una suma alrededor de $ 2.500, y con la casa de su propiedad situada también en esta ciudad en la carrera 13 número 178, casa de la cual hace parte un lote adyacente que adquirió separadamente por remate. Y que en cuanto al resto, o sea la cantidad de $ 51.088.27, otorgaría en seguida seguridad hipotecando la quinta de *Villa Elvira*, ubicada en el Municipio de Anolaima, Corregimiento de Cachipay, propiedad por la cual ha tenido oferta de $ 20.000, y que en la escritura respectiva declararía que vinculaba a la responsabilidad de que se trata, el mayor valor de las fincas ya hipotecadas, todo lo cual da el siguiente resultado numérico:

Avalúo mínimo en que él estima la casa número 42 de la calle 15		$ 90.000.00
Avalúo de la casa en la carrera 13, número 178		103.000.00
Oferta que ha tenido por la quinta *Villa Elvira*		20.000.00
Suma		$ 213.000.00
Se deduce:		
Gravamen hipotecario de la casa de la calle 15, a favor del Banco de Colombia, aproximadamente ... ... $	2.500.00	
Gravamen sobre la casa de la carrera 13, a favor del Banco Hipotecario de Colombia, aproximadamente	20.000.00	22.500.00
Diferencia		$ 190.500.00

En este estado manifestó el señor Fernández que mañana otorgaría la escritura de hipoteca de la finca *Villa Elvira*, de que se ha hablado. Sin más por el momento, el señor Ministro declaró, por hoy, suspendidas estas diligencias.

En constancia se firma la presente acta por los que en ella intervinieron.

Jesús M. Marulanda, Augusto Martínez, Jesús M. Henao, R. Ayarza, Thomas R. Lill, Eugenio Andrade, Inocencio Ocampo, Tomás Fernández."

Es de advertirse que con anterioridad a los sucesos de que dan cuenta las piezas transcritas, la Contraloría General había encontrado en el examen de las cuentas de la Tesorería, correspondientes al año de 1923, que no habían sido remitidos a la Oficina del Crédito Público, vales del Tesoro —emisión de 1922— por un monto de $ 69.520; es decir, que

el Departamento de Control ya había notado la falta de los mismos papeles, por igual suma, de suerte que la visita cumplida en la Tesorería no hizo sino comprobar las observaciones de la Contraloría en esta parte del alcance.

El oficio número 479, de fecha 20 de junio de 1924, dirigido por el Contralor General al señor Tesorero sobre este particular, es así, según se copia de autos:

"Al hacer la confrontación de la cuenta de amortización de la deuda pública, en lo concerniente a vales del Tesoro, emisión de 1922, correspondiente al año de 1923, se ha encontrado una diferencia de $ 69.520, equivalente de 3,476 vales de $ 20, que fueron amortizados, pero que según los comprobantes las investigaciones privadas hechas sobre el particular por parte de la Sección Tercera de este Departamento, no fueron remitidos a la Oficina de Crédito Público. En cuadro separado que me permito adjuntarle hallará usted el detalle de las amortizaciones efectuadas de dichos documentos durante el año de 1923, y de las consiguientes remesas a la Oficina de Crédito Público. Como la diferencia encontrada impide hacer el corte definitivo de las cuentas de 1923, y está causando demoras en la rendición del informe anual por parte de la Sección Tercera de este Departamento, para el cual se ha fijado un término que expira hoy, encarezco a usted disponer lo conducente, a fin de que se practique un estudio inmediato en la oficina a su cargo sobre lo ocurrido con respecto al renglón de la deuda pública que nos ocupa, y se envíen a este Departamento, antes del 23 de los corrientes, las explicaciones del caso, de manera que puedan fundamentarse los asientos definitivos de contabilidad para el cierre de las cuentas del citado año de 1923."

Son estas pruebas documentales los elementos más importantes que tuvo en cuenta la Contraloría para formular el alcance contenido en el auto señalado con el número 1485, de 30 de noviembre de 1927, el cual confirmó el Consejo de Estado por medio de la providencia de 12 de noviembre de 1927, cuya reposición ahora se decide, según atrás quedó dicho.

Aunque de conformidad con las disposiciones que rigen la materia, en esta etapa del juicio de cuentas la función de la Sala sólo debe contraerse al examen y calificación de las pruebas aducidas con posterioridad al fallo que confirmó el alcance, para resolver si éstas contienen o nó elementos de convicción suficientes para desvirtuar los fundamentos legales y jurídicos del pronunciamiento anterior, la importancia innegable del presente juicio —tanto por su cuantía pecuniaria cuanto por las circunstancias especiales que lo rodean— exige un detenido estudio de conjunto, en relación con todas las probanzas que conformaron el alcance.

Para ello, serán estudiados con la debida separación los diversos capítulos de cargos, sus fundamentos y las pruebas aducidas por los interesados con el objeto de desvirtuarlos.

PRIMER CARGO

Vales del Tesoro — Emisión de 1922.

Se funda el cargo en que habiéndose examinado por los visitadores la cuenta que llevaba el señor Fernández para el movimiento de estos papeles de crédito, se halló que los libros arrojaban un saldo por $ 5.180, que debían estar en poder de él, y no fueron manifestados a los funcionarios que practicaron la visita ni enterados después en ninguna forma al Tesoro Nacional.

En su alegato ante el Consejo, de 3 de enero de 1928, el mandatario de la sucesión Fernández intentó desvirtuar este capítulo del alcance en la forma en que aparece a la página 22 del cuaderno número 6:

"Respecto a esta suma, deducida como alcance, preguntamos: ¿Los papeles de crédito público *no emitidos*, son materia de alcance? Lo son, dice la Contraloría, y sobre este particular tiene establecida jurisprudencia, que confirma al deducir el presente alcance. Si, pues, lo son, todo papel no emitido que apareciere, debe representar el mismo valor efectivo, y, en consecuencia, tenerse en cuenta como tal, o sea como valor efectivo en caja, para abonarlo a la respectiva cuenta.

"De modo, pues, que si por papeles de esta clase *no emitidos* se ha elevado el alcance de $ 5.180, en la página 18 del informe de la visita rendido por el Ministerio de Hacienda al Excelentísimo señor Presidente de la República, figura una suma de papeles de crédito público *sin emitir*, cuya procedencia no pudo averiguarse, o sean, papeles sobrantes, que deben abonarse a la cuenta de Documentos de Crédito Público, y, en consecuencia, abonarse al alcance."

Y en su nueva alegación ante esta Superioridad repite el apoderado de los interesados el argumento:

"Se dedujo un saldo en contra del señor Fernández, de $ 5.180, relativo a *vales sin emitir*. Se refutó: 1º Por cuanto la visita no hizo el estudio de todos los vales *sin emitir*, y resulta que lejos de faltar, en el informe del Ministerio, que corre en autos, auténtico, página 11, aparece que sobraban vales por $ 111.860. Téngase presente que tales faltas y sobrantes son en las cuentas, es decir, en los libros, todos deficientes e incorrectos; que las cuentas estaban mal llevadas, como consta en autos por oficinas y empleados distintos del señor Fernández; que la contabilidad era un caos, como está probado en autos también, y que las cuentas no fueron estudiadas por los visitadores, como consta en autos. Es, pues, atentatorio deducir un alcance por falta de documentos de crédito, cuando aparecen sobrando. Es malévolo."

En el informe a que aquí se alude, se halla el siguiente pasaje, a la página 18, correspondiente al estudio de la cuenta número 14:

"Además, se ha añadido la suma de $ 111.860 en bonos colombianos del 10%, los que se encontraban existentes en la Tesorería General según verificación, y no estaban representados en ninguna forma en los libros."

Como claramente se observa, aparece del informe que los papeles encontrados en la Tesorería General —y no precisamente en la sección o dependencia que manejaba Fernández— son bonos colombianos del 10%, o lo que es lo mismo, se refiere a papeles de crédito distintos a los que causaron el alcance, que se concreta en este punto a vales del Tesoro que debiéndose encontrar en poder de Fernández, según los libros por él mismo llevados, no se encontraron. A idéntica conclusión se llega mediante el examen de las cuentas 9 y 59 del referido informe.

La inconsistencia del argumento queda, además, patente con la lectura de la diligencia de entrega verificada por Fernández a su sucesor en el cargo de la Tesorería, visible al folio 118 del cuaderno 8 del expediente. Resulta de allí que Fernández sólo tenía en su poder —y entregó— vales del Tesoro sin emitir, por la suma de $ 129.900, en tanto que el saldo, según el dato del libro correspondiente, era de $ 135.080. En cambio, no se desprende de tal diligencia que hubiera mantenido bajo su custodia —y por consiguiente hubiera entregado en tal oportunidad— cantidad ninguna de bonos colombianos sin emitir.

Por otra parte, la nueva prueba traída a los autos, con posterioridad a la sentencia materia del recurso no se refiere en forma alguna a los fundamentos de este cargo, que debe permanecer inalterable porque ninguna razón existe para levantarlo o para modificarlo.

SEGUNDO Y TERCER CARGOS

Suman estos dos capítulos del alcance la cantidad de $ 106.912.28, y se contraen a diferencias encontradas en las cuentas de amortización de documentos de deuda pública, así:

Diferencia en la amortización de vales del Tesoro —emisión de 1922— por capital	$ 69.520.00	
En los cupones de intereses de los mismos papeles	5.432.96	74.952.96
Diferencia en la amortización de bonos colombianos de deuda interna del 10% (Cup. de Insts.)		$ 31.959.32
Suman los dos cargos ...		$ 106.912.28

Por esta cantidad se dio salida en el libro de caja de la Tesorería General, salida que se comprobó solamente con una factura suscrita por el propio Tesorero, con la cual se pretendió acreditar la remesa al Ministerio de Hacienda (Oficina de Crédito Público), de los papeles amortizados por la mencionada suma. Mas en los libros de esta Oficina no fueron registrados tales papeles, lo que llevó a afirmar a los visitadores que se trataba de una amortización ficticia y a la Contraloría a elevar el correspondiente alcance, mientras no fuera exhibido el recibo de la Oficina de Crédito Público o se demostrara que esta dependencia había recibido los documentos en cuestión. El señor Fernández primero, y luégo sus herederos, han tratado de explicar el alcance aduciendo como única razón que se trata de errores en la contabilidad y en las cuentas. A este propósito dijo el apoderado de los últimos en su alegato de conclusión (página 3 del cuaderno número 9):

"¿En qué consistía el error de caja, respecto a estos alcances? En que ingresaban sumas confundiendo los distintos papeles y luégo egresaban discriminando los diversos papeles. Naturalmente no coincidían las partidas, aunque sí el total.

"Como estos errores del libro de caja no daban luz, varié el método en el sentido de conocer el resultado de los ingresos y egresos en todo el año, es decir, el total, desde que la ley dispuso que se abriera la cuenta de crédito público, hasta el fin del año; y ahí está el resultado nítido, perfecto. No faltaba nada. La misma Contraloría aceptó en su auto este punto de vista; pero se equivocó, agregándole un saldo que dizque estaba en caja el primero de mayo de 1923, el cual no existía en caja. Como no existía tal saldo en caja, sino en la incompetente imaginación de los visitadores, no hay alcance.

"Además, Fernández, óigase bien, no llevaba el libro de caja. Pero hay más, y esto sí que es estupendo: existen los comprobantes correspondientes a la salida. Están auténticos en autos. ¿Qué más se quiere?"

Son, pues, dos los descargos invocados en el anterior pasaje, a saber:

1º Que el pretendido alcance no existe, porque la Contraloría erró al agregar a la cuenta de documentos de crédito público un saldo que estimó como existente en caja como dinero efectivo en 1º de mayo de 1923;

2º Que los comprobantes justificativos de la salida de los papeles de crédito de que se trata están en los autos.

Antes se dijo que los interesados en sus alegaciones ante la Contraloría hicieron ingentes esfuerzos para demostrar que las diferencias apuntadas se debieron a errores en los libros, y han insistido en poner de presente la desordenada situación de la Tesorería en la época en que ocurrieron los hechos originarios de los cargos formulados contra Fernández. Pero ni ante el Departamento de Control ni ante el Consejo han logrado demostrar la inexistencia del alcance deducido, ni que éste

tuviera su causa en los errores de la contabilidad en la sección que manejaba Fernández o en las demás secciones de la Tesorería General.

En efecto, sobre tan importante aspecto del negocio obran en el proceso las siguientes principales piezas que se examinan en su orden:

a) El señor A. Urdaneta Valenzuela, en su carácter de representante de la sucesión Fernández ante la Contraloría, afirmó en memorial visible a fojas 42, 43 y 44 del cuaderno número 4, que del estudio realizado en la cuenta global de *Documentos de Crédito Público*, en el libro de cuenta y razón de la Tesorería General, correspondiente al año de 1923, aparece que solamente ha debido elevarse el alcance a cargo de Fernández, por concepto de amortización en papeles de crédito público la cantidad de $ 37.139.73, o sea que debe deducirse del total de los cargos formulados la suma de $ 69.772.65, que se hizo figurar de más.

Como se ve, no se solicita aquí que se descargue totalmente a Fernández de responsabilidad, ni se niega la existencia del alcance, sino que se pretende únicamente que se modifique la cuantía del mismo, por errores en su formulación. Para llegar a esta conclusión se razona de la manera que se resume a continuación:

El monto de los ingresos por documentos de deuda pública fueron, del 1º de mayo al 31 de diciembre de 1923	$ 2.560.136.18
El monto de los papeles amortizados y recibidos por la Oficina de Crédito Público, ascendió en el mismo lapso a	2.517.225.81
Saldo que debía existir en estos papeles el 31 de diciembre de 1923	$ 42.910.37
Del saldo anterior deduce $ 5.770.64, representados en documentos falsificados y existentes en poder de la Policía, con lo que resulta una diferencia a cargo de Fernández por la expresada cantidad de	$ 37.139.73

Como consecuencia, establece este comparativo:

Saldo que debió existir en las cuentas, según la visita, y elevado a alcance	$ 106.912.38
Saldo según las anteriores cuentas	37.139.73
Partida que debió deducirse del alcance formulado a Fernández	$ 69.772.65

b) La Contraloría, después de un detenido y concienzudo examen del punto sometido a su consideración, se abstuvo de aceptar estas explicaciones, pues resultó de las nuevas comprobaciones sobre el movimiento de la cuenta general de documentos de crédito público durante el citado año de 1923, que el alcance primitivamente deducido por la amortización de vales del Tesoro y bonos colombianos de deuda interna, era exacto en su cuantía.

La demostración está contenida en el auto número 1485 (cuaderno número 3, página 49 y siguientes), mediante el examen global de la cuenta de documentos de deuda pública, en su movimiento de 1º de enero a 31 de diciembre de 1923. La Contraloría acepta la cifra dada como ingreso total a dicha cuenta por el señor Urdaneta Valenzuela ($ 2.560.136.18), pero cargándole, además, estas partidas:

Por vales del Tesoro indebidamente cargados por la Tesorería a la cuenta de apropiaciones presupuestales	$ 48.140.00
Por libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, comprendidas en la relación de amortización número 802, y que no figuran en los cargos a la cuenta de documentos de crédito público	30.000.00
Intereses de las mismas	2.513.37

Dice la Contraloría:

"La omisión de estas partidas la ha explicado el Cajero en esa época manifestando que permanecieron en caja como dinero efectivo."

De la suma así formada ($ 2.640.789.55), se descarga la mencionada cuenta de la partida de $ 16.651.46, que representa débitos erróneos por varios conceptos. Resulta, entonces, de las anteriores operaciones el saldo deducido ($ 106.912.28):

Débito efectivo de la cuenta de documentos de crédito público, según la anterior relación, en 31 de diciembre de 1923 ... ...$ 2.624.138.09

Crédito de la misma cuenta, por amortizaciones realizadas hasta la misma fecha 2.517.225.81

Diferencia o saldo efectivo para esta cuenta ... ... $ 106.912.28

c) El nuevo apoderado de la sucesión —doctor Ramón Rosales— llega a una conclusión distinta de las dos anteriores. En efecto, del pormenorizado estudio que hizo de la cuenta general de documentos de deuda pública en el curso de 1923, saca la conclusión de que dicha cuenta arroja un saldo de $ 74.398.91, en 31 de diciembre del mencionado año.

Razona así el diligente apoderado:

"Egresado documentos de crédito público hasta esta misma fecha, o sea, hasta el 31 de diciembre de 1923, suma que también acepta la Contraloría (folio 27 id.), por valor de ... ... $ 2.517.225.81

Diferencia 42.910.37

Este saldo en la existencia de documentos de crédito público, lo acepta la Contraloría; pero a él agrega la suma de ....$ 30.000.00

más $ 2.513.37 de intereses, en libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá.

La razón que aduce la Contraloría para hacer esta adición (páginas 27 y 28), es que estas dos partidas, que ascienden a $ 32.513.37, no se habían cargado a la cuenta de documentos de crédito público por haber permanecido en caja como dinero efectivo.

Realmente, estas dos sumas ($ 32.513.37), no fueron cargadas a la cuenta de documentos de crédito público; pero tampoco lo fueron a la de caja ni a ninguna otra. Mas hay la circunstancia de que tampoco fueron abonadas a la cuenta de documentos de crédito público, ni a la de caja, ni a ninguna otra; luego estos papeles, o sea la suma de $ 32.513.37, constituye una partida abonable a la de documentos de crédito público, y, consiguientemente, al alcance deducido contra el señor Fernández en la respectiva cuenta de documentos de crédito público. Tengan presente los honorables Consejeros que de estos documentos, o sea de la suma de $ 32.513.37, hay constancia de haber sido recibida en la Oficina de Crédito Público, según amortización número 802 (página 27 del auto apelado y cuaderno de pruebas número 2).

Pero hay algo más importante todavía. La adición de esta suma, $ 32.513.37, la justifica el auto de alcance diciendo: 'La omisión de estas partidas las ha explicado el Cajero en esa época, manifestando que permanecieron en caja como dinero.'

Pues bien: voy a demostrar que tales sumas no podían existir como dinero en caja o existencia efectiva.

La cuenta de documentos de crédito público fue abierta en 1º de mayo de 1923 (Decreto número 650, *Diario Oficial* números 18924/25 y 26, y folio 25 del auto apelado). El auto apelado dice sobre el particular: 'Y agrega luégo (el señor Urdaneta) que en el mes de mayo de 1923

y en virtud del Decreto 650, publicado en el *Diario Oficial* números 18925/926, se abonó a la cuenta de documentos de crédito público, a la cual se llevó el valor de los existentes en poder de la Tesorería el 1º de mayo, valor que quedó incorporado en la suma de $ 487.486.24, primer cargo global a la expresada cuenta (folios 24 y 25 del auto). En esta fecha, pues, existían papeles como efectivo en la caja de la Tesorería, así, conforme a nuestras cuentas y al auto apelado, que dice, al folio 27: 'Pero según estudio practicado después de obtener el resultado anterior, se ha encontrado que el día 1º de mayo de 1923 se hizo figurar en el estado de caja de la Tesorería, existencia en vales de pensiones, que son los del Tesoro de 1922 ..... $ 46.520.00

Y agrega esta suma a la que en los mismos vales la Tesorería envió a la Policía y a un Juzgado para una investigación 5.791.42

Da un total de ..... $ 52.311.42

De estos papeles, $ 5.791.42 se incorporaron el 1º de mayo a la cuenta de documentos de crédito público; y $ 46.520 fueron cargados, el día 16 de mayo, al capítulo 83 del Presupuesto, como si fueran gastos. (Página 28 del auto y asiento en el libro de caja de la Tesorería, de esta fecha).

Luego, si, como lo afirma la Contraloría, las sumas de $ 30.000 y $ 2.513.37, en libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá figuraban como efectivo en caja el 1º de mayo, afirma un grave error.

Para llevar al ánimo del honorable Consejo la convicción definitiva sobre esta verdad, véase el *Diario Oficial* números 18973 a 76, del 19 de mayo de 1923, en que está publicado el movimiento de caja correspondiente al 1º de mayo de este año, en el cual se discriminan las partidas que formaban el saldo de caja; y ahí aparece la partida de $ 46.520, de que venimos hablando, en vales del Tesoro, y no en libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, suma ésta que corresponde a la que aludimos anteriormente, o sea a la que el 16 de mayo fue cargada al capítulo 83 del Presupuesto. No existiendo, por tanto, como dinero efectivo en caja la suma de $ 30.000, más la de $ 2.513.37, en libranzas del Ferrocarril, a que se refiere el auto, es de toda evidencia que esa suma en libranzas es abonable a la cuenta de documentos de crédito público, y, en consecuencia, al alcance deducido contra el señor Fernández por este renglón.

Para llegar al colmo de la comprobación a este respecto, adjunto los *Diarios Oficiales* de 19 a 30 de mayo de 1923, en que se publicaron los movimientos de caja del 1º al 16 de mayo, y en los cuales aparece como existencia efectiva únicamente la partida de $ 46.520 en vales del Tesoro, hasta que se amortizaron, como ya lo dije, el día 16 de mayo.

Ahora bien: las libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, que la Contraloría dice tan ligeramente que existían como dinero efectivo ($ 32.513.37), se amortizaron el día 30 de mayo por medio de la relación número 802, sobre amortización de las libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá.

Adjunto los *Diarios Oficiales* del 19 de mayo al 12 de junio de 1923, en que consta que, en los saldos de caja respectivos, la suma de que venimos tratando, en libranzas del Ferrocarril, no figuraron jamás como dinero efectivo en la caja de la Tesorería. (La discriminación de la existencia en caja, la señalo con rojo en los respectivos *Diarios Oficiales*, y aclaro que no envío más *Diarios Oficiales* por haber sido abierta la cuenta de documentos de crédito público el 1º de mayo y amortizadas las libranzas el 30 del mismo mes).

De aquí mi afirmación rotunda de que no habiendo sido cargadas ni abonadas estas dos sumas ($ 32.513.37), a la cuenta de documentos de crédito público y existiendo el recibo de esta Oficina, relacionado con estos documentos, tal suma debe abonarse al señor Fernández por constituir un sobrante en papeles de crédito público, como paso a demostrarlo numéricamente:

Dije a la página 27 de este estudio:

Ingresaron documentos de crédito público, en toda clase de papeles		$ 2.560.136.18
Y egresaron		2.517.225.81
Diferencia		$ 42.910.37

Este saldo proviene, como ya se ha visto, de la cuenta global del debe y el haber de la cuenta de documentos de crédito público, aceptada por la Contraloría. De modo, pues, que esta suma debía existir, en poder del señor Fernández ..... $ 42.910.37

A esta suma debe agregarse la que encontró en su estudio el técnico señor Urdaneta, suma que faltaba por cargar en la cuenta de crédito público, y que la Contraloría acepta y a su vez carga. Así explica la Contraloría, en el auto apelado, esta circunstancia: 'Vales del Tesoro cargados directamente a las apropiaciones respectivas del Presupuesto y no a la cuenta de documentos de crédito público, por error en que incurrió la Tesorería, y que el mismo señor Urdaneta hizo notar, amortización que aparece en el mes de junio, relación número 811, por $ 261.360, de capital, y $ 10.710.11 de intereses de dichos vales. El cargo se hizo, como puede verse, al capítulo 83 del Presupuesto y en estas fechas y páginas del libro de cuenta y razón:

16 de mayo de 1923. Página 300	$ 46.520.00	
24 de mayo de 1923. Página 301	1.620.00	48.140.00
Suma		$ 91.050.37

Esta suma de $ 91.050.37 es el balance de la cuenta global de documentos de crédito público (toda clase de papeles) desde el 1º de mayo al 31 de diciembre de 1923. Pero a ella hay que hacerle las deducciones que la misma Contraloría anota en su auto, a las páginas 28 y 29, a saber: Copiamos el texto del auto: 'De este total deben hacerse las siguientes deducciones: en la relación del señor Urdaneta, correspondiente a las amortizaciones del mes de diciembre se omitió incluir los intereses correspondientes a $ 6.554, de bonos de agricultura, que valen $ 881.42

Menos error en la partida de intereses de vales del Tesoro amortizados en junio, que hizo figurar por $ 10.710.71, siendo únicamente $ 10.710.11	0.60	
	$ 880.82	
Valor de la estafa del señor Manuel A. Rubio, de que se hablará más adelante	10.000.00	
Vales falsificados	5.770.64	16.651.46
Diferencia		$ 74.398.91

Esta suma constituye, en definitiva, la diferencia existente en la cuenta global de documentos de crédito público, en 31 de diciembre de 1923.

Ahora bien: los alcances elevados al señor Fernández por concepto de crédito público, tanto en la visita, como el auto de la Contraloría, son los siguientes:

Vales del Tesoro, 1922 ... ...$	74.952.96	
Bonos de deuda interna	31.959.32	106.912.28

Como esta suma no es la exacta en el saldo de documentos de crédito público, sino la que anteriormente demostramos, o sea, la de $ 74.398.91, es claro que ésta debe deducirse de la errada de los alcances ....$ 74.398.91

Diferencia .... $ 32.513.37

Esta diferencia, como queda demostrado con claridad meridiana, corresponde exactamente al valor del sobrante en libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, que según el estudio que anteriormente quedó hecho, no puede cargarse con justicia, ni por exactitud numérica, al señor Fernández. Hay, pues, que abonársela.

Impónese ahora, a fin de dejar absolutamente establecida la verdad de lo expuesto, hacer, si se quiere, una mayor explicación del estudio de este capitulo en lo relativo a la cuenta de crédito público. Los señores de la visita procedieron —y ya vimos de qué manera procedieron— a hacer la cuenta, por separado, de cada documento o papel, para concluir en el alcance, asi:

Vales del Tesoro (1922) ... ...$	69.520.00	
Intereses id...	5.432.96	74.952.96
Intereses bonos colombianos de deuda interna ... ..$		31.959.32
	$	106.912.28

Los señores de la visita tuvieron a la vista —y eso fragmentaria y deficientemente— sólo el libro de caja. Vimos que el libro de caja estaba errado, y hemos probado con testimonios de la mayor excepción que la contabilidad, en general, era en Colombia un galimatías sin sentido. Por tanto, imponiase buscar otro método para dar con la exactitud de las cuentas, y así se hizo; pero a fin de estudiarlas bien, no a la ligera y neciamente, como lo hicieron los firmantes de la visita, como lo ha hecho la Contraloría.

El alcance, según la visita, que es el mismo deducido por la Contraloría, referente a documentos de crédito público, asciende, como lo dice el auto apelado, a $ 106.912.28.

Es claro que esta diferencia debía coincidir, en una contabilidad bien llevada, con la cuenta global del documento de crédito público, desde que dicha cuenta se abrió, en 1º de mayo de 1923, hasta el 31 de diciembre del mismo año, pero luégo de estudiar todos los egresos e ingresos durante tal lapso. Pues bien: ni los señores de la visita ni la Contraloría se tomaron el trabajo de hacer este estudio. En cambio nosotros si. De esta verificación hecha por nosotros resultó, como quedó expuesto en las páginas anteriores, lo que sigue:

Ingresos totales en documentos de crédito público..$	2.560.136.18
Egresos id., id., id...	2.517.225.81
Diferencia .... $	42.910.37

De modo que según la visita y la Contraloría, la existencia en documentos de crédito público que debía hallarse el 31 de diciembre de 1923, por la cual se dedujo el alcance, era de $ 106.912.28, y que según nuestro estudio, que aceptó la Contraloría en el auto apelado, página 27, la existencia en dichos documentos apenas llegaba, en 31 de diciembre, a la suma de $ 42.910.37.

Salta, pues, a los ojos, el error de la visita y de la Contraloría y confunde la inseguridad y deficiencia de los estudios hechos por aquéllos y por ésta.

Pero el error crece, y a riesgo de que se tome por una repetición, vamos a insistir en la demostración del supremo error de los señores de la visita y de la Contraloría.

Al saldo de la cuenta global de documentos de crédito público hecha por nosotros, agregó la Contraloría las partidas de $ 32.513.37 por capital e intereses de las libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, alegando que esta partida figuraba como dinero efectivo en caja. Ya demostramos que esto no era cierto.

Pero luégo agrega la Contraloría a la diferencia en documentos de crédito público otra partida, la de $ 48.140, que nosotros hallamos y que no había sido cargada a la cuenta de documentos de crédito público. Tales son, honorables Consejeros, los expertos de hoy en la Contraloría General de la República.

De modo que podemos hacer este resumen, medio explicado, a saber:

Diferencia en documentos de crédito público, en 31 de diciembre de 1923, hallada por nosotros y aceptada por la Contraloría $	42.910.37
Suma en vales del Tesoro hallada por nosotros y aceptada por la Contraloría, que no se había cargado a la cuenta de documentos de crédito público	48.140.00
Suma .... $	91.050.37
Pero de esta suma deben restarse las deducciones hechas por la Contraloría, por ser perfectamente claras, que ya se anotaron al folio 31 de este trabajo	16.651.46
Suma .... $	74.398.91

Esta partida debió ser la que, en definitiva, podía haberse elevado como alcance al señor Fernández por la cuenta de documentos de crédito público sin emitir."

Como se ve, el saldo que se deduce del detallado estudio que se deja transcrito ($ 74.398.91), no corresponde al pretendido por el señor Urdaneta Valenzuela, quien lo estimó en sólo $ 37.139.73, por un error que se apresuró a rectificar la Contraloría, según se vio en su lugar. Pero igualmente difieren las cuentas de esta oficina con las formuladas por el doctor Rosales.

Consiste la diferencia en que aquella entidad sostiene que las libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, amortizadas durante el año de que se habla (1923) —representativa de un valor de $ 32.513.37— estuvieron figurando en caja como dinero efectivo y que, por consiguiente, deben acrecentar los cargos a la cuenta de documentos de deuda pública, en la cual fue englobado desde el 1º de mayo de 1932 todo el giro de papeles de crédito público. Al mismo tiempo el doctor Rosales estima que la cifra representativa de aquellos valores no figuró cargada a la cuenta de caja ni a ninguna otra, y que, por tanto, representa un excedente en documentos de deuda pública, que debe deducirse del alcance formulado a Fernández.

d) Los peritos que actuaron en la diligencia de inspección ocular —señores doctor Ignacio Mariño Ariza, doctor Norberto Díaz y Antonio Pérez Rincón— establecen la conclusión de que el saldo efectivo de la tántas veces referida cuenta de documentos de deuda pública, en el periodo de que se trata, es el de $ 74.398.91, o sea una cantidad exactamente igual a la afirmada por el doctor Rosales en su alegación.

Dicen así los peritos como conclusión de su estudio, correspondiente al punto 111 del memorándum sometido a su consideración por el representante de los interesados:

"Analizada en debida forma —como lo acabamos de coinprobar— la cuenta de 'Documentos de Crédito Público', y teniendo en cuenta, además, los factores de aumento y disminución, en lo referente a las partidas que la Tesorería General contabilizó erradamente por cargos indebidos al Presupuesto y a las que deben deducirse, en la forma y términos como lo anota la Contraloría General, en el auto materia del alcance, en lo cual estamos completamente de acuerdo, los suscritos llegamos a la conclusión definitiva y absoluta de que la cantidad de $ 74.398.91 es el saldo o existencia real, en 31 de diciembre de 1923, en toda clase de papeles que por su naturaleza debían imputarse a la citada cuenta de 'Documentos de Crédito Público.'"

De acuerdo con la demostración pericial, cuya fuerza probatoria se estudiará en seguida, aparece manifiesta una diferencia de $ 32.513.37 entre el cargo imputado por la Contraloría en contra de Fernández, por concepto de papeles de deuda pública ($ 106.912.28) y el saldo que como verdadero le deducen los peritos ($ 74.398.91).

¿Será entonces el caso de restar esa diferencia del alcance total elevado al responsable, señor Fernández o, más claramente, exonerar a la sucesión de toda responsabilidad respecto a la expresada cantidad de $ 32.513.37?

De conformidad con los artículos 721 y siguientes del Código Judicial, el dictamen pericial hace plena prueba cuando se trata de avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica, siempre que sea uniforme, explicado y debidamente fundamentado. También hace plena prueba la diligencia pericial sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan los peritos según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de tales hechos.

La prueba que se ha traído a los autos, si bien en algunos de sus puntos es producto de un estudio concienzudo que revela capacidad y conocimiento en el personal que lo llevó a cabo, en cambio, por otros aspectos, resulta completamente ineficaz, en cuanto aparece que la pericia no se concreta a la comprobación de hechos —única función que le compete, de acuerdo con los principios reguladores de este medio de prueba— sino que dilucida y resuelve cuestiones de derecho, que corresponden al juzgador. No es, por estas elementales razones, el caso de tener en cuenta dicho dictamen en lo que hace relación a cuáles sean las disposiciones legales aplicables a determinados aspectos del juicio, ni la interpretación que la pericia da a esta ley, o la fuerza demostrativa que atribuye a aquella probanza, pues no son tales cuestiones materia de prueba ni función del perito. Por tanto, se desestimará en tales extremos la diligencia de que viene tratándose, pero se apreciará en cambio su valor legal en todo lo demás.

En lo que concierne al saldo efectivo de la mencionada cuenta de documentos de crédito público, aparece que los peritos sacaron sus conclusiones, o sea la cifra exacta del saldo de aquella cuenta, mediante el estudio técnico que hubieron de realizar, tomando como base los datos que arroja el libro de caja de la Tesorería General.

En cuanto a la afirmación de la Contraloría de la República respecto a que hubiera figurado como dinero en caja el monto de las libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, la diligencia pericial niega rotundamente que ello hubiera ocurrido, como se lee en su respuesta al punto II del interrogatorio, la cual corre a los folios 10 y 11 del citado cuaderno número 11:

"Por útlimo —afirman los peritos— creemos necesario aclarar que la cantidad de $ 32.513.37, valor de las libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá y sus respectivos intereses, a que se refiere esta parte del alcance liquidado por la Contraloria, no fue contabilizada en forma alguna en los libros de la Tesorería General, es decir, ya con cargo y abono a la cuenta de caja o a la de documentos de crédito público, o a cualesquiera otra cuenta, según la revisión prolija y minuciosa que hicimos de todos los libros que al efecto se llevaban en la Tesorería, tanto principales como auxiliares. La única constancia en relación con la existencia de estos documentos es la que aparece consignada antes, o sea que se amortizaron y fueron recibidos por la oficina correspondiente de Crédito Público, en la forma y términos como atrás lo expresamos, todo lo cual nos lleva a la certidumbre de que estos papeles constituyen un sobrante en documentos de deuda pública. En consecuencia, y como complemento de todo lo anteriormente expuesto, los suscritos no vacilamos en afirmar de manera rotunda que la Contraloría General de la República se equivocó al afirmar que el valor de las libranzas en referencia, o sea la suma de $ 32.513.37, había permanecido en caja como dinero efectivo, puesto que ya vimos que esta suma no figuró en ningún tiempo formando parte del saldo de la cuenta de caja."

e) De otro lado, se halla al folio 2 del cuaderno número 4 la relación del movimiento de vales del Tesoro —emisión de 1922— y de allí se desprende la evidencia de que durante el año de 1923 fueron enviados por la Tesorería al Crédito Público papeles amortizados de esta especie por la cantidad de $ 1.959.300, en tanto que sólo fue recibida por esta Oficina y registrada en sus libros la cantidad de $ 1.889.780, lo que representa una diferencia de $ 69.520 —cifra que se eleva a $ 74.952.96 con la imputación de los intereses respectivos— y que es exactamente igual a la observada por los visitadores y elevada a alcance por la Contraloría en el auto en recurso ante el Consejo de Estado.

También en el folio 45 del dicho cuaderno número 4 figura original el oficio número 220, de 2 de junio de 1927, dirigido por el Jefe de la Sección 5ª de la Contraloría a la Jefatura de la Sección 6ª del mismo Departamento Administrativo, el cual dice en lo pertinente:

"..... ....

"De acuerdo con la solicitud hecha en su atento oficio número 1064, de fecha de ayer, procedente de la División 3ª, tengo el gusto de acompañarle con la presente la relación certificada y detallada de las amortizaciones verificadas durante el año de 1923, en la Tesorería General de la República, por documentos de deuda interna recibidos en la Sección a mi cargo y procedentes de la extinguida Sección de Crédito Público del Ministerio del Tesoro.

"..... ....

"La relación que adjunto se refiere a *todos los documentos de crédito público de deuda interna que recibió esta Sección en el año de 1924, correspondientes a los redimidos y pagados en 1923;* y se ha formado agrupando en cada especie de papeles la cantidad recibida, el número de la relación que los detalla, la fecha correspondiente, el valor de los documentos y los intereses pagados en aquellos que los devengaron." (El subrayado es del Consejo).

Y en el certificado a que alude la anterior comunicación, certificado que comprende todos los papeles recibidos por la Contraloría (Sección 5ª) de la extinguida Oficina de Crédito Público, referentes al año de 1923, como puede verse a foja 47, sólo aparece como amortizada y recibida allí la cantidad de $ 1.889.780, en vales del Tesoro —emisión de 1922.— No aparece como recibida en la Oficina del Crédito Público ni se encuentra en la Sección correspondiente de la Contraloría General la cantidad de $ 74.952.96, que, según los asientos de contabilidad de la Tesorería, fue amortizada y enviada a la mencionada Oficina el día 23 de noviembre de 1923.

Esto en lo que respecta a vales del Tesoro; pues en lo que hace relación a los papeles denominados "Bonos Colombianos de Deuda Interna", tampoco se encuentra en la referida certificación que hubieran sido redimidos y recibidos por la Oficina de Crédito Público, papeles de esta clase por la suma de $ 31.959.32, o lo que es lo mismo, el documento en referencia corrobora el contenido de la visita y de la actuación de la Contraloría, pues demuestra plenamente que no ingresaron a la Oficina de Crédito Público, aunque en los libros de la Tesorería se les hiciera aparecer como salidos con tal destino.

De lo hasta aquí expuesto, mediante el examen de las diversas piezas que obran en el expediente, se llega a la conclusión de que el movimiento de la cuenta general en la cual se englobaron desde el 1º de mayo de 1923 los diversos papeles de crédito y el saldo o existencia efectiva de dicha cuenta no corresponde al curso de las cuentas particularizadas de vales del Tesoro —emisión de 1922— y bonos colombianos de deuda interna; o, más claramente, hay una diferencia que corresponde al valor de las libranzas del Ferrocarril Central Tolima-Huila-Caquetá, que fueron amortizadas en dicho año, y sobre las cuales manifestó el Cajero de la Tesorería —según las palabras del auto en recurso— que habían figurado en caja como dinero efectivo, en tanto que el dictamen pericial, con fundamento en el estudio de la cuenta de caja, afirma categóricamente que no se hizo figurar allí.

No es explicable esta diferencia en una contabilidad ordenada y, por tal aspecto, los alegatos de los interesados hacen surgir la duda de si tal diferencia representa un sobrante en la cuenta general de documentos de crédito público que deba ser rebajada del alcance a cargo de Fernández o si, por el contrario, es el caso de mantener la integridad del cargo con base y apoyo en el giro de las cuentas parciales en las cuales se registró el movimiento de los papeles tántas veces mencionados.

El Consejo se inclina por la última solución, ya que los fundamentos del auto recurrido permanecen en pie; o sea porque no aparecen recibidos por el Crédito Público los valores que, según la contabilidad de la Tesorería se enviaron a esa Oficina, lo que llevó a afirmar naturalmente a los visitadores y a la Contraloría que se les había dado salida mediante un asiento ficticio de amortización.

La demostración de que en la cuenta de documentos de crédito público no aparezca incorporada la partida correspondiente a las libranzas, habiéndose cumplido la redención de éstas como efectivamente se cumplió; y el hecho de que la cuenta de caja tampoco se hubiera afectado por tal amortización, pues no hubo imputaciones por esta operación ni al débito ni al crédito de ella, no implica necesariamente un exceso o sobrante que deba ser abonado al alcance. El Cajero manifestó —como se ha visto— que los valores respectivos *habían figurado en caja como dinero*, y no en la cuenta de caja, cosa enteramente distinta, como es obvio. De haberse contabilizado en esta última cuenta forzosamente se afectaría el saldo de la cuenta general de que se trata, y habría, por consiguiente, lugar a verificar el descargo. Pero ya se ha visto como

de la misma diligencia practicada a solicitud de los interesados no se encuentra en el movimiento de caja relación ninguna sobre esta operación.

—

Otra de las razones que justificaron el alcance fue la de que el asiento de salida en los libros de la Tesorería se comprobó con una factura suscrita por el propio Tesorero y no con el recibo otorgado por la Sección de Crédito Público, la cual niega que se le hubieran entregado los papeles en cuestión y en cuyas cuentas —como quedó establecido— no hay constancia de que hubieran sido recibidos.

Mas los interesados sostienen que los comprobantes justificativos requeridos se encuentran en los autos. Veámoslo. Ya dijeron los visitadores en la relación escrita de su diligencia y ratificó la Contraloría en el auto apelado ante el Consejo que el único comprobante aceptable para acreditar la veracidad del asiento es el recibo autorizado por la Oficina de Crédito Público, y que el documento suscrito por el Cajero —único que existe— es inidóneo para tales efectos. A este último documento es al que se refieren los recurrentes cuando afirman que existe en el expediente la justificación del egreso de caja.

La actuación pericial no añade nada sobre tal extremo del asunto. En efecto, se desprende de ella que después de una minuciosa búsqueda en los archivos, sólo hallaron los peritos dos relaciones firmadas por el Tesorero con fechas 1º de septiembre de 1923 y 23 de noviembre del mismo año, referente la primera a la amortización de los cupones de bonos colombianos de deuda interna por $ 31.959.32 y a la de vales del Tesoro —emisión de 22— por $ 74.952.96; es decir, que se trata de los mismos comprobantes que con anterioridad habían sido estimados insuficientes para demostrar la realidad del egreso y exonerar de responsabilidad a Fernández.

La pericia examina, además, las disposiciones fiscales que regulaban en aquella época la comprobación de los asientos en la contabilidad de la Tesorería para derivar la conclusión, mediante la interpretación de aquellos textos, que no hay deficiencia en la manera como se comprobaron las salidas que dieron lugar al alcance cargado a Fernández. Ninguna fuerza probatoria tiene esta interpretación de los peritos y su actuación, en este particular, deberá desestimarse por las elementales razones expuestas en otro lugar de este proveído, no sin que sea inoportuno destacar que el perito tercero —señor Antonio Pérez Rincón— se aparta de aquel dictamen y concluye sosteniendo los mismos puntos de vista de la Contraloría respecto a la manera como debió comprobarse la salida.

El Decreto número 650, de 29 de abril de 1923, dispuso abrir una cuenta especial a los documentos de crédito público en curso en la Tesorería General de la República, y al efecto dijo, en su artículo 2º:

"Los pagos que en el curso de cada mes haga la Tesorería General de la República, de cupones, bonos colombianos de deuda interna, de los mismos bonos sorteados, de los vales del Tesoro sorteados y sus intereses, así como el valor de los demás documentos de deuda pública interna que la Oficina citada acepte en pago de conformidad con las leyes respectivas, los imputará a una cuenta denominada *documentos de crédito público,* mientras la Oficina nombrada efectúa en los primeros días del mes siguiente la *remesa de tales documentos* debidamente clasificados a la Sección de Crédito Público y describe en sus libros los asientos definitivos comprobados con la relación de cada clase de documentos."

Por manera que según la transcrita disposición la contabilidad de los documentos de crédito público debía hacerse, mediante imputación pro-

visional día a día de las operaciones respectivas, y definitivamente en los primeros días de cada mes para el giro de la anterior mensualidad, debiendo comprobarse los asientos de los libros con las relaciones de cada clase de documentos.

Expresa el artículo 3º del mencionado decreto que "la comprobación en las cuentas de la Tesorería General de los asientos que origine lo dispuesto en los artículos precedentes con cargo o abono a las tres cuentas expresadas se hará por medio de atestaciones suscritas por el Cajero Jefe de la misma, en las cuales se dejará constancia de la suma total de cada asiento, totales cuyos detalles figurarán en los libros auxiliares respectivos que lleva la Oficina de Caja."

Sin duda, pues, la comprobación de los asientos de contabilidad se hace con la atestación del Cajero. Pero la salida efectiva de los valores se regla entonces por una disposición distinta, el Decreto 1036 de 1904, cuyo artículo 204 estableció que del valor de toda remesa de fondos es responsable el empleado que la hace hasta que llegue a su destino, y que se descarga de responsabilidad de varias maneras que allí se señalan, entre ellas: "1º Con el recibo de la oficina a la cual se hizo la remesa."

Es elemental que la armonía de estas disposiciones se impone dentro de un sistema fiscal organizado, pues no sería lógico aceptar que los empleados de manejo pudieran comprobar sus actividades y descargarse de toda responsabilidad con su propia afirmación, contenida en las relaciones que suscriben y que sólo sirven, como arriba se dijo, para verificar la descripción en los libros, pero no para acreditar la evidencia del egreso, o sea la remesa de fondos, que sólo se comprueba y justifica con la certificación de la oficina destinataria.

Aceptado como fue por Fernández que era él quien preparaba las relaciones para la contabilidad de los documentos de crédito público y las llevaba a la firma del Cajero; y siendo aquél quien tuvo a su cargo el manejo de todos los papeles de esta clase existentes en la Tesorería General, y quien, por tanto, verificaba las remesas, no hay lugar a exonerarlo del alcance que se le formuló, por no haber demostrado —como lo afirmó en la visita y en otros documentos— que se trataba de simples errores en las cuentas.

Es cierto que en la época de estos sucesos la desorganización de la Oficina de la Tesorería era completa; que la contabilidad se llevaba con notorio descuido y extraordinario desgreño. Así aparece de las diversas piezas que el Consejo ha tenido a la vista. Pero el hecho evidente, incuestionable, es que el 1º de septiembre de 1923 y el 23 de noviembre del mismo año existían en la Sección de la Tesorería que manejaba Fernández papeles de deuda pública, de las denominaciones ya conocidas, por un valor de $ 106.912.28, a los cuales se les dio salida en los libros por amortización y consiguiente remesa al Crédito Público, pero que no llegaron a su destino, ni se ha demostrado por los obligados a ello el rumbo que tomaron, a pesar de los grandes esfuerzos realizados durante la actuación en la oficina de control y en el Consejo de Estado.

Libranzas de Aduana.

Como sobre el cargo de $ 37.175.99, que se dedujo a Fernández por no haberse encontrado en la oficina de su manejo papeles de esta clase, en ninguna cantidad, en tanto que los libros por él llevados arrojaron un saldo por la indicada suma, y no hay nueva prueba que pueda dar ocasión a modificar lo resuelto por esta Superioridad en su anterior providencia, es el caso de estarse a ella sin lugar a insistir en los fundamentos del alcance, que permanecen intactos.

Conclusiones.

No han sido en forma alguna destruidas las razones de los cargos formulados contra el señor Fernández y deben, por tanto, permanecer en todo su vigor. La prueba de diligencia de inspección ocular, cumplida con el concurso de peritos y apreciada por el Consejo en lo pertinente, no desvirtúa ni altera los fundamentos del auto en recurso. Por el contrario, del estudio de otros elementos de prueba actuantes en el proceso surge la evidencia de que los visitadores del Ministerio de Hacienda y la Contraloría de la República no cometieron una injusticia ni extralimitaron el ejercicio de sus deberes legales —como se afirma por los acuciosos representantes de la sucesión Fernández— al formular los alcances que han venido estudiándose. Véase, en efecto, la indagatoria rendida por Fernández con motivo de estos acontecimientos y se llegará a la nítida conclusión de que las explicaciones allí contenidas no pueden jamás justificar su pretendida irresponsabilidad en el manejo de los caudales públicos que le fueron confiados.

En fuerza de las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de reponer, y no repone, su anterior providencia de fecha doce de noviembre de mil novecientos veintiocho, por la cual se confirma a cargo del señor Tomás Fernández, hoy sus herederos, el alcance por la cantidad de $ 149.268.27, que le dedujo la Contraloría General de la República por medio del auto número 1485, del 30 de noviembre de 1927.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda—Con salvamento de voto, *Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Salvamento de voto

Consejero, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Solamente en el punto relativo a las libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá, estoy en desacuerdo con el precedente fallo..... Demostrado que el valor de aquellas libranzas no afectó la cuenta de caja ni figuró durante el mes de la cuenta como dinero, sino que representa un sobrante en dicha cuenta, no puede constituír cargo alguno para el responsable ya que tales documentos estaban amortizados.

Solamente en el punto relativo a las libranzas del Ferrocarril Tolima-Huila-Caquetá estoy en completo desacuerdo con el precedente fallo. Con efecto: dichas libranzas comprendidas en la relación de amortización número 802 no figuran en los cargos a la cuenta de documentos de crédito público y esta omisión la explica el Cajero manifestando que permanecieron en caja como dinero efectivo.

Pero tales papeles fueron contabilizados por la Contraloría como dinero a cargo del señor Fernández en el compendio del fenecimiento que suma por documentos de crédito público $ 123.563.74, de cuyo total hace varias deducciones hasta obtener la suma o saldo definitivo a cargo del responsable por un total de ....$ 106.912.28

Y a esta suma agrega las siguientes:

Por vales del Tesoro sin emitir —1922— que no se hallaron en caja	5.180.00
Libranzas de Aduana tampoco halladas en caja	37.175.99
Suma total .... $	149.268.27

Por esta cantidad fue exonerado el Tesorero General de la República, doctor Augusto Martinez.

Del estudio practicado por los señores peritos se deduce que la cuenta de caja no fue afectada en forma alguna por los $ 32.523.37, valor de tales libranzas. Y ya se dijo que está totalmente desprovista de verdad la afirmación del auto recurrido acerca de que esta suma hubiera permanecido en caja como dinero en el mes de mayo de 1923. Véase lo que a folios 11 y 12 dicen los expertos en contabilidad designados para el caso.

La cuenta de documentos de crédito público arroja un saldo definitivo de $ 74.398.91, existencia real deducida tanto por los peritos como por el apelante y el fallo. Esta suma agregada a la de $ 32.513.37, valor de las dichas libranzas da un producto de $ 106.513.28, equivalente precisamente a los cargos segundo y tercero del fenecimiento, foja 44 del cuaderno número 3.

Ahora bien: demostrado que el valor de aquellas libranzas no afectó la cuenta de caja ni figuró durante el mes de la cuenta como dinero,

sino que representa un sobrante en dicha cuenta, no puede constituir cargo alguno para el responsable ya que tales documentos estaban amortizados. La crítica al valor probatorio del dictamen pericial circunscrita a la incursión que hicieran a cuestiones de derecho, en verdad extrañas a su labor de tales, en nada deforma su trabajo, porque el cuestionario que los guía fue el promotor de tales incursiones, que deben contemplarse y estimarse por separado.

Esa labor, en mi concepto y relativamente al punto dilucidado en este salvamento, debe aceptarse como elemento de prueba convincente, y, por tanto, el cargo relacionado debe levantarse, reformando en esta parte el fenecimiento materia de tan dilatado y meritorio estudio.

Muchas otras razones hube de exponer en los debates para sustentar esta creencia mía, que expongo con el respeto tradicional por el criterio siempre acertado de mis colegas.

Pedro Martín Quiñones—Luis E. García V., Secretario.

Elección de Representantes por el Chocó

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

Se ha sostenido que el artículo 6" del Decreto número 450 de 1937 no puede ser aplicado por contrario al artículo 1° de la Ley 25 de 1928. Para que esa tesis tuviera consistencia jurídica, sería necesario haber demostrado primero —y ello es indemostrable— que el artículo 1° de la Ley 25 de 1928 rige la jurisdicción contencioso-administrativa en litigios que versen sobre elecciones de Representantes a la Cámara.

La Ley 187 de 1936, al instituír que dentro de ciertas condiciones las Intendencias y Comisarías formen Circunscripciones Electorales independientes, y al encargar al Gobierno de darle cumplimiento a la norma, autorizándolo para fijar el sistema de voto, las entidades electorales y demás requisitos, no hizo otra cosa que "atribuír una competencia" especial al Ejecutivo, extendiendo su acción reglamentaria ordinaria, señalada en el artículo 115 de la Constitución.

De la teoría contemporánea de la "atribución o determinación de competencia," surgen las siguientes consecuencias: la función legislativa permanece intacta en el órgano al cual la Constitución la ha atribuído; esta función no es en ningún caso delegable, pero el Congreso tiene la facultad, en cierta medida, de dotar al Gobierno de la competencia necesaria para expedir reglamentos sobre materias ordinariamente reservadas a la ley, con la condición de que este discernimiento de competencia sea especial y determinado; y —lo que es más importante aún— que el reglamento o decreto dictado mediante autorización, aunque verse sobre una materia legislativa, conserve su carácter propio de acto administrativo, aunque en sentido material sea susceptible de que se le considere como acto legislativo.

Las razones que militan en apoyo tanto de la legalidad cuanto de la constitucionalidad del artículo 6° del Decreto número 450 de 1937, son suficientes, a juicio de la mayoría del Consejo de Estado, para desatar en sentido afirmativo la cuestión previa de la competencia del fallador de primera instancia.

Consejo de Estado—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y ocho.

El Tribunal Administrativo de Medellín, en sentencia de 30 de septiembre de 1937, decidió de las demandas acumuladas propuestas por los señores Diego Luis Córdoba y Marino Abadía Valencia, contra el

acto de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Chocó en los días 12, 13 y 14 de mayo del mismo año, con motivo de las elecciones para Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Chocó.

Contra el fallo de primera instancia interpuso recurso de apelación para ante el Consejo de Estado el personero del doctor Adán Arriaga Andrade, quien había sido admitido por el Tribunal como parte en el juicio.

Llegado el proceso a esta Superioridad se ordenó darle el trámite que le corresponde, de conformidad con las leyes sobre la materia; y así se encuentran en la actuación los alegatos del Agente del Ministerio Público, los de los actores, los de los opositores Arriaga Andrade y Sergio Abadía Arango, tenido este último como parte por auto de fecha 8 de noviembre anterior y, además, las actas de la audiencia pública cumplida en los días 8, 9, 10, 11, 14 y 15 de febrero del corriente año, así como los resúmenes orales de los interesados que intervinieron en tal acto.

En cuaderno aparte figura un memorial del doctor Sergio Abadía Arango, por medio del cual presenta recusación contra el honorable Consejero doctor Elías Abad Mesa, con fundamento en las causales señaladas en los apartes 14 y 15, artículo 435 del Código Judicial. No prosperó este incidente, porque apenas iniciado su trámite, de conformidad con las prescripciones de la obra citada (artículo 444 y siguientes), el interesado desistió expresamente de él, en los términos del escrito que en seguida se copia:

"Hablo en el juicio de nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral de Quibdó, que se halla al estudio de esa Superioridad, para manifestar a ustedes que desisto voluntaria e incondicionalmente del incidente de recusación que propuse contra el Magistrado Elías Abad Mesa.

"No tengo ningún inconveniente en declarar que jamás puse en duda la integridad moral, ni la rectitud jurídica del Magistrado Abad Mesa, recusado por mí, y que sólo me propuse con el incidente llevar a conocimiento del Consejo de Estado la manera poco seria, tal comedida y discreta, como el demandante Diego Luis Córdoba, tal vez para alentar a sus correligionarios, ha avanzado conceptos y ha hecho pronósticos sobre los resultados del juicio.

"Hago este desistimiento con apoyo en el artículo 461 del Código Judicial."

Encontrándose el juicio en estado de fallo definitivo, se va a dictar el que corresponde conforme a derecho, para lo cual se resolverá previamente lo que hace relación a la competencia del sentenciador de primer grado, problema que suscitaron en esta segunda instancia los opositores, y sobre el cual han expuesto las partes sus respectivos puntos de vista.

Competencia del Tribunal fallador.

Sostienen los impugnadores en el juicio, señores Abadía Arango y Arriaga Andrade, que el Tribunal Administrativo de Medellín carece de jurisdicción para conocer del presente negocio, y que, por tanto, no puede el Consejo de Estado revisar el fondo de la sentencia materia de la alzada, ya que habiendo sido pronunciado por un Tribunal incompetente es obligación del superior declarar la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda.

La incompetencia en el fallador de Medellín se sustenta en los argumentos cuya síntesis puede hacerse así:

1º El artículo 6º del Decreto número 450, expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las autorizaciones contenidas en la Ley 187

de 1936, es inaplicable, porque pugna abiertamente con el artículo 1º de la Ley 25 de 1928, que fijó en el Tribunal Administrativo de Cali la competencia para conocer del negocio de que aquí se trata; y

2º Dicho Decreto —en su artículo 6º— es inconstitucional por carecer el Gobierno de facultad para dictarlo.

A su vez, tanto el actor doctor Diego Luis Córdoba, como el señor Fiscal del Consejo de Estado sostienen que existe la competencia en el Tribunal de Medellín, tanto por ser de forzosa aplicación el citado Decreto 450, que tiene carácter legislativo, cuanto porque está vigente el artículo 13 de la Ley 25 de 1928, que se la confirió.

Para resolver el punto controvertido hace esta Superioridad las consideraciones que se verán en seguida:

El artículo 23 de la ley orgánica de lo contencioso-administrativo (130 de 1913) estableció ocho Tribunales en todo el territorio del país; y, en virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible aquella disposición, se dictó en el año de 1928 la Ley 25, cuyo artículo 1º señaló una nueva división territorial contencioso-administrativa, en esta forma:

"Artículo 1º Los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo son catorce, cuyas denominaciones, *territorios de su jurisdicción* y lugar de su residencia se expresan en seguida:

"..... ....

"d) *Tribunal Administrativo de Cali,* con residencia en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en el Departamento del Valle *y la Intendencia del Chocó;*

"i) Tribunal Administrativo de Medellín, con residencia en la ciudad del mismo nombre y jurisdicción en el Departamento de Antioquia.

"..... ...."

De otro lado, el artículo 13 de la misma ley dispuso que de los juicios de nulidad de las elecciones de Representantes al Congreso conocería *el Tribunal de la capital del Distrito Electoral correspondiente.*

De esta manera, la regla general sobre competencia territorial fijada en el artículo 1º vino a sufrir una excepción, en cuanto por la última disposición citada (el artículo 13), la materia relativa a las acciones que pudiera originar la elección de miembros de la Cámara quedó adscrita a una distinta competencia. En otros términos, al mismo tiempo que el artículo 1º señaló la competencia por razón del territorio, el 13 la fijó en atención a la materia *(ratione materiae).* La nombrada ley contiene, pues, en este último artículo una regla especial de competencia por razón de la materia particular que gobierna, regla inspirada en el propósito de hacer coincidir la división electoral del país con la división contencioso-administrativa.

Sentado lo anterior, no puede haber vacilación en afirmar que el *Tribunal de Cali,* por ministerio del artículo 1º, en su ordinal d) atrás inserto, tiene jurisdicción para conocer de todos los negocios sujetos al recurso contencioso-administrativo que se susciten en el territorio del Departamento del Valle y de la Intendencia del Chocó, a excepción de aquellos expresamente sustraídos de su conocimiento por una disposición especial como ocurre con los juicios que provoque la elección de Representantes a la Cámara. En efecto, de acuerdo con el explícito mandato del artículo 13, los pleitos electorales relativos a estas elecciones surgidos en la Intendencia del Chocó caían bajo la jurisdicción del Tribunal de Medellín, ya que el Departamento de Antioquia junto con aquel territorio nacional formaban una sola Circunscripción Electoral para la designación de Representantes al Congreso, de acuerdo con la división establecida por la Ley 93 de 1922, cuyo artículo 2º tiene el siguiente texto:

"Distrito Electoral de Medellín, compuesto por el Departamento de Antioquia y la Intendencia del Chocó, que elegirá 18 Representantes."

Si lo dicho hasta aquí sobre competencia en el Tribunal de Medellín fue evidente bajo el imperio de la ley en cita —93 de 1922— continuó siéndolo hasta 1937, no obstante que posteriores normas sobre división electoral sustituyeron aquella ley, pues todas conservaron intacta la dependencia del Chocó respecto de la Circunscripción de Antioquia, hasta que entró a regir el cuestionado Decreto 450 de aquel año. En efecto, el Acto legislativo número 1º de 1930 prescribió en el parágrafo del artículo 5º: "Cada Departamento constituirá una Circunscripción para la elección de Representantes." Y en cuanto a los Territorios Nacionales el artículo 4º del mismo acto dispuso: "La ley agregará a las Circunscripciones Electorales el territorio de las Intendencias y Comisarías."

Estimada incierta la situación electoral de estas entidades por los preceptos constitucionales que acaban de mencionarse, el Gobierno Nacional elevó consulta al Consejo de Estado sobre el particular, el cual se expresó con tal motivo en los siguientes términos:

"Pero el Consejo de Estado sostiene que no habiendo ley posterior al acto legislativo que haya dado cumplimiento al artículo 4º transcrito, las Intendencias y Comisarías no pueden hacer parte integrante de las Circunscripciones, porque de otro lado la Ley 93 de 1922 está derogada implícitamente por el citado acto."

En oposición a esta tesis, expidió el Gobierno el Decreto número 713, de fecha 20 de abril de 1931, por medio del cual señaló al Distrito Electoral de Medellín una composición idéntica a la fijada por la Ley 93 de 1922. Demandado este acto ante el Consejo de Estado, declaró éste su completa legalidad, en fallo de 17 de abril de 1936, rectificando así los anteriores conceptos emitidos a propósito de la consulta de que acaba de hablarse.

De suerte, pues, que por imperio del mencionado Decreto 713 siguió formando la Intendencia del Chocó parte de la Circunscripción Electoral de Antioquia, en lo concerniente a Representantes al Congreso; y, de otro lado, el Tribunal Administrativo de Medellín mantuvo la competencia en los litigios que pudieran presentarse en el Chocó con motivo de tales elecciones. De otro modo: las nuevas disposiciones —Acto legislativo 1º de 1930 y Decreto 713 de 1931— no alteraron ni modificaron las reglas de la Ley 25 de 1928 sobre división territorial y competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Medellín.

Sostiene el doctor Abadía Arango en su alegato de conclusión que el referido artículo 13 de la Ley 25, "transitorio y de excepción, fue derogado, primero, por el Acto legislativo número 1º de 1930, y después por el artículo 11 de la Ley 187 de 1936."

No comparte el Consejo esta opinión, porque no existe razón ninguna —su autor no la da ni la enuncia siquiera— que lleve a afirmar el carácter de transitorio que pueda tener aquella disposición. No aparece tal carácter del texto legal del cual forma parte, ni de su contenido, ni mucho menos de la índole de las situaciones jurídicas que está destinado a regir, las cuales son, por su esencia misma, permanentes.

Por lo demás, quedó expuesto hasta la evidencia que la enmienda constitucional de 1930 no solamente no derogó, sino que no entraña modificación alguna explícita ni implícita del citado artículo 13. Una y otra norma regulan actos y funciones innegablemente distintos, aunque relacionados entre sí: aquélla se endereza a modificar los términos electorales existentes antes de su expedición; ésta atribuye una competencia especial a los organismos jurisdiccionales correspondientes, conforme a la división electoral establecida. Y, por tal aspecto, ambas disposiciones —la constitucional y la legal— se complementan en su contenido,

alcance y aplicación. Tan asi es, que basta la sola consideración de que, durante la vigencia de la reforma y dentro de la organización territorial que instituyó, continuó operando el artículo 13 tántas veces citado, al menos en lo que al Chocó respecta, pues al haber seguido como siguió la Intendencia formando parte de la Circunscripción de Medellin, obligadamente el Tribunal del mismo nombre retuvo la competencia en lo referente a las querellas sobre elecciones de Representantes, por no haber sido adscrita la jurisdicción a un Tribunal distinto.

Resta sólo examinar lo que se roza con los efectos de la Ley 187 de 1936, en cuanto al problema que en esta parte del fallo ha venido dilucidándose. El ordenamiento legal de que ahora se habla encuentra su antecedente inmediato en el artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1936 (5º de la Codificación Constitucional), el cual contiene en lo pertinente los siguientes apartes:

"Las Intendencias y Comisarías quedan bajo la inmediata administración del Gobierno, y corresponde al legislador proveer a la organización y a la división administrativa de ellas.

"La ley puede crear y suprimir Intendencias y Comisarías, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativa."

En desarrollo de este mandato constitucional, fue incorporado en la Ley 187 del mismo año el artículo 11, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Cuando una Intendencia o Comisaría tenga más de cincuenta mil habitantes, de conformidad con el censo de población vigente, formará una Circunscripción Electoral independiente, con los organismos legales adecuados, para la elección de Representantes.

"Para el cumplimiento de este mandato queda autorizado el Gobierno para señalar las corporaciones electorales, el sistema de voto y demás requisitos que deban llenarse."

Para el juzgador del presente litigio el sentido de este artículo —no obstante los defectos de su redacción y la impropiedad de sus términos— es muy claro, y guarda completa armonía con el contenido del precepto superior que le sirve de fundamento. Por medio de él hace presente el legislador su voluntad de que determinadas porciones del territorio nacional, antes sujetas a una relación de dependencia administrativa y política con respecto a otras secciones de superior jerarquía, tengan en adelante una organización electoral autónoma. Para ello fija las condiciones o supuestos que deben concurrir con el objeto de que aquella transformación se realice; y al mismo tiempo atribuye al Organo Ejecutivo del Poder Público la competencia necesaria para que haga el señalamiento de las corporaciones electorales, del sistema de voto y de los demás requisitos particulares que deben llenarse para el cumplimiento de los fines previstos.

Dentro de esta interpretación puede igualmente estimarse que la expresada Ley 187 tampoco produjo —por sí sola— el efecto jurídico de cambiar la competencia del Tribunal encargado de conocer de las controversias electorales del Chocó, en lo que concierne a la elección de Representantes a la Cámara. Basta observar que no se trata de una ley especial para el Chocó sino que tiene carácter general y se refiere, por tanto, en su aplicación a todas las Intendencias y Comisarías que reúnan determinadas condiciones, o sea que tengan cierta masa de población.

Además de esto, la norma legislativa no confiere por sí misma a los territorios intendenciales o comisariales de más de cincuenta mil habitantes la calidad de Circunscripción Electoral independiente, sino que sólo limitase a señalar esta condición particular para que pueda ser creada la respectiva entidad, confiriendo al Gobierno el encargo de for-

marla, cumplido el supuesto fijado en la misma ley. Esta, pues, apenas otorga la capacidad, y es el Gobierno por medio del señalamiento del sistema de voto, régimen de los funcionarios electorales, etc.. el que debe realizar en la práctica el pensamiento del legislador.

Así no hay exactitud ninguna en sostener que la norma en referencia hubiera modificado el ordenamiento de la Ley 25 de 1928 en su artículo 13; y la conclusión jurídica de lo hasta aquí expuesto es la siguiente: hasta la época de la expedición de la mencionada Ley 187 la jurisdicción que se controvierte permaneció intacta en el Tribunal Administrativo de Medellín o, más claramente hablando, hasta entonces dicho Tribunal debía conocer de las demandas de Representantes del Círculo Electoral de Antioquia, formado por el Departamento de este nombre y la Intendencia Nacional del Chocó. Esta situación sólo desapareció cuando la región chocoana fue erigida en Círculo Electoral independiente, fenómeno que vino a realizar el decreto del Ejecutivo dictado en desarrollo de aquel precepto legal.

En forma alguna puede hacerse seriamente el argumento de que constituida autónomamente la Circunscripción Electoral del Chocó, con cabecera en la ciudad de Quibdó, deba aplicarse a los litigios de Representantes por la Intendencia el artículo 1º de la Ley 25 de 1928, o lo que es lo mismo que la competencia se traslada al Tribunal de Cali, pues ya se ha visto que la jurisdicción territorial por tal mandato establecida es distinta de la competencia especial por razón de la materia señalada en otras disposiciones de la misma ley, con las cuales se quiso hacer coincidir la jurisdicción de los Tribunales, en lo que a los juicios sobre elección de Representantes respecta, con la cabecera de la correspondiente Circunscripción Electoral, abstracción hecha del elemento territorio.

La última etapa de este proceso la marca el acto del Gobierno que produjo la desintegración del Círculo Electoral de Antioquia, con la consecuencia de hacer inoperante para el Chocó el tántas veces mencionado artículo 13 de la Ley 25 de 1928. Es muy claro, que erigida la comarca chocoana en Circunscripción Electoral autónoma y organizado su régimen y sistema de voto por los cinco primeros artículos del Decreto 450, promulgado por el Ejecutivo el 25 de febrero de 1937, automáticamente perdió el Tribunal de Medellín la jurisdicción que hasta entonces había conservado para los conflictos ocasionados por la elección de Representantes, pues aquella ciudad dejó de ser la cabecera del Círculo Electoral compuesto por Antioquia y el Chocó. Carece, desde luégo, de fundamento la aseveración del señor Fiscal y del actor Córdoba, en cuanto sostienen que el Tribunal de Medellín continuó manteniendo la competencia después del nuevo estatuto electoral del Chocó, por ministerio del artículo 13 de la Ley 25.

Como consecuencia del nuevo estado de cosas, el artículo 6º del memorado Decreto 450 proveyó al señalamiento del régimen jurisdiccional administrativo, conforme había provisto a su composición electoral independiente. Esta manifestación de voluntad del Ejecutivo encuentra su justificación en los mandatos de la ley y en otras prescripciones del decreto, desde luégo que la abstención del Gobierno en tal sentido hubiera producido fatalmente el efecto de dejar sin el debido control jurisdiccional actos de tan singular importancia y extraordinaria gravedad como son todos los que se relacionan con la función del sufragio. Así dijo tal artículo:

"El Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Medellín continuará conociendo de los negocios electorales suscitados con motivo de la elección de Representantes al Congreso."

Por tanto, es por fuerza de esta disposición que el Tribunal de que se trata tiene la competencia suficiente para conocer del litigio promovido por los señores Córdoba y Abadía Valencia.

Ahora bien: se sostiene por los impugnadores que el decreto en mención no puede ser aplicado en su artículo 6º por contrario al primero de la Ley 25 de 1928. Empero, de acuerdo con las consideraciones largamente expuestas atrás, es ineludible concluir que no hay incompatibilidad de ningún género entre la disposición gubernativa y aquella ley. Para que el argumento en contrario tuviera consistencia jurídica necesario sería haber demostrado primero —y ello es indemostrable— que aquel artículo de la Ley 25 rige la jurisdicción contencioso-administrativa en litigios que versen sobre elecciones de Representantes a la Cámara. Entonces, y sólo entonces, sería incompatible tal disposición con la proferida por el Gobierno, cuyo alcance ha quedado nítidamente fijado, a juicio del Consejo.

Finalmente, no queda fuera de lugar hacer la observación de que tampoco es exacto el argumento de que el decreto cuestionado hubiera *creado una jurisdicción nueva.* Por ningún aspecto que se le examine tiene el acto del Ejecutivo este alcance, pues en primer término, la materia electoral en general está sometida a la competencia de los organismos contencioso-administrativos; y, en último lugar, al instituir que el Tribunal de Medellín continúe conociendo de las controversias suscitadas con ocasión de la nueva organización electoral del Chocó, tan sólo proveyó a la necesidad administrativa de dotar al juez natural de la querella de la competencia necesaria para resolver en derecho los conflictos a que diera lugar la aplicación del vigente estatuto.

Hablando Hauriou del recurso de ilegalidad por vía de excepción contra los reglamentos, dice que sería procedente a propósito de la organización de jurisdicciones, lo que ciertamente interesa a la libertad, y, por tanto, no podía ser obra de un simple reglamento. Pero que, de otro lado, *las extensiones de competencias de jurisdicciones existentes* pueden resultar de ciertas organizaciones del servicio.

Una interpretación distinta de los textos conduciría a suponer en el legislador la intención manifiesta de dejar sin la necesaria protección jurídica los actos políticos que se cumplieran en obedecimiento a sus expresos mandatos. No habiendo, pues, como se deja demostrado, incongruencia ninguna entre las dos disposiciones mencionadas, las de la ley y el decreto, los preceptos del último deben aplicarse, por no ser procedente contra él la excepción de ilegalidad. Todo ello sin perjuicio de las razones que adelante se exponen sobre la naturaleza misma del acto generador de la jurisdicción.

—

El segundo y último fundamento de la excepción propuesta, o sea el relativo a la inconstitucionalidad del artículo 6º del Decreto 450 quedó definido inapelablemente en la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 17 de los corrientes, por medio de la cual se denegó la acusación de inexequibilidad promovida contra la disposición mencionada.

Pertenecen a este fallo los apartes que se insertan en seguida por la indiscutible importancia de su contenido doctrinario:

"Elementos esenciales de toda jurisdicción, como función de soberanía, son, de una parte, la delimitación territorial dentro de la cual le corresponde actuar al respectivo juez o funcionario, y, de otra parte, la competencia, tomando el vocablo en su acepción técnica, esto es, en cuanto significa la facultad que tiene el órgano jurisdiccional del Poder Público para conocer y decidir, con autoridad plena, en determinado negocio.

"De consiguiente, ambos elementos, como integrantes de la jurisdicción, no pueden ser tratados y desarrollados en normas legislativas sino por el Congreso. Es decir, que en el Congreso reside la potestad privativa de dictar normas destinadas a regular todo lo relativo a la jurisdicción y competencia de los organismos electorales, judiciales y contencioso-

administrativos de Intendencias y Comisarías, y que estas dos materias, por su índole y naturaleza sustantivas, están sustraídas de la esfera de acción propiamente gubernativa.

"Empero, por excepción, el Gobierno puede tener la facultad de dar dentro de la órbita constitucional, normas obligatorias de carácter sustantivo, y, por consiguiente, de expedir estatutos reguladores de la jurisdicción, por delegación expresa del Congreso. En tal caso, el Gobierno, a su ordinaria función administrativa y reglamentaria, aúna la de establecer reglas de derecho o determinar la organización encargada del cumplimiento de la norma, según sea la expresión de la delegación y de la materia u objeto a que se refiera y esté dentro del pensamiento del legislador.

"Por el artículo 11 de la Ley 187 de 1936 el legislador dispuso que cuando una Intendencia o Comisaría tenga más de cincuenta mil habitantes, debe formar una Circunscripción Electoral independiente, con los *organismos legales adecuados,* para la elección de Representantes; y delegó en el Gobierno la facultad de dictar normas tendientes a darle cumplimiento a ese mandato, señalando las corporaciones electorales, el sistema de voto y demás requisitos necesarios.

"Por tal mandato el Congreso, pues, estatuyó una norma general, y para desarrollarla y darle vida en el terreno de la práctica, delegó en el Gobierno la función legislativa encaminada a crear los organismos legales adecuados para obtener su cumplida ejecución. Esta delegación de contenido preciso y determinado, entraña por sí misma todas las facultades indispensables para poner en movimiento el mecanismo electoral en la Intendencia del Chocó en la elección de Representantes, dentro de los principios jurídicos y ordenaciones legales que regulan en todo el país el régimen del sufragio; por consiguiente, comprende, o tiene que comprender, desde la organización de las corporaciones encargadas de la percepción y vigilancia del voto hasta la potestad de subsanar los vacíos y oscuridades de la ley en lo relativo a la jurisdicción y competencia de los Tribunales a cuyo conocimiento corresponde decidir las contiendas electorales, sin los cuales, o sin su definida intervención en los pleitos que puedan suscitarse, queda desamparada de garantías la etapa culminante y definitiva de cualquiera elección popular."

Para el Consejo de Estado la autorización contenida en la Ley 187 de 1936 no implica una delegación en el Gobierno de la función legislativa, pues sería ello contrario a los preceptos de la Constitución Nacional que señalan y delimitan el ejercicio del Poder Público entre los diversos Organos que lo componen. Estos Organos son limitados y tienen funciones separadas; el Organo Legislativo es el Congreso y la potestad de hacer leyes reside en él. Son las normas de los artículos 52, 53 y 54 de la Carta vigente.

En el campo de la doctrina, la teoría de la *delegación* ha sido desechada con toda razón ya que se funda en la inexacta concepción de que el Parlamento ejercita sus funciones legislativas a título propio y originario. No siendo esto así, sino, por el contrario, admitido por los maestros del derecho público que la facultad de hacer leyes la deriva el Congreso de una atribución que la Constitución le confiere, no es jurídicamente sostenible un pretendido derecho a delegarla en un Organo distinto del Poder. "El Parlamento posee así —dice Bonnard— no un derecho del cual pueda disponer, sino una competencia que la Constitución le obliga a ejercer por sí mismo." Y otro conocido autor añade, en refutación de la teoría de la delegación, admitida por el derecho administrativo clásico: "Un gran principio domina todo nuestro derecho público: el de que al Parlamento, y sólo al Parlamento, pertenece el Poder Legislativo."

La concepción de la delegación de funciones legislativas realizada por el Congreso en favor del Organo Ejecutivo dominó en el campo del dere-

cho público hasta la época en la cual esta rama del derecho no había sistematizado sus reglas y emancipado sus principios de las teorías del derecho civil. Concebido entonces el administrativo como un conjunto de excepciones a las reglas del derecho privado, supone un poder propio en el mandante transmitido al mandatario, y, por consiguiente, se acepta que el acto realizado por el delegatario tiene la misma fuerza que si hubiera sido realizado por el delegante; o, lo que es igual, los decretos del Ejecutivo promulgados en ejercicio de una delegación del legislador, quedan revestidos del carácter de leyes y con verdadera fuerza de leyes, formal y materialmente. Así decía Laferriere:

"La delegación legislativa que provoca un reglamento de administración pública tiene siempre el carácter de un mandato dado por el legislador, que comunica a su mandatario una parte del poder legislativo. Tan cierto es esto que el Jefe del Estado puede, en virtud de un mandato especial, promulgar disposiciones que excedan su poder reglamentario, particularmente disposiciones penales."

Más tarde, esta similación contraria a la realidad jurídica, entre la delegación de derecho público y el mandato de derecho civil es destruída por la crítica científica, que endereza contra la pretendida equivalencia dos objeciones fundamentales: la de la naturaleza distinta de los dos fenómenos jurídicos y la del carácter de las relaciones que se establecen entre la autoridad delegante y la delegataria. En efecto, en el mandato el concurso de voluntades es elemento esencial para la formación del contrato. En la delegación de funciones públicas, por el contrario, falta siempre este elemento o, no existe por lo menos, por parte del delegatario, pues aun contra su voluntad la delegación se produce. De ahí que no sea posible ver en ésta un acuerdo de voluntades, ni, por consiguiente, un acto de naturaleza contractual. Por otros aspectos, la aparente semejanza desaparece en tanto se considere que la delegación no produce relación ni vínculo alguno entre el órgano delegante y el órgano delegatario, a diferencia de lo que ocurre entre las partes ligadas entre sí por las cláusulas de un contrato de mandato civil.

Afirmando vigorosamente el carácter autónomo del derecho público, Esmein y Barthelemy niegan de manera rotunda que el poder pueda delegarse y reaccionan contra la concepción civilista de la delegación. "Ella parece imposible —dice el primero de estos autores— allí donde existen Constituciones del tipo francés y americano, que son dictadas en nombre de la Nación soberana y representan leyes fundamentales superiores a las leyes ordinarias; y sería, al contrario, posible en derecho allí donde el Poder Legislativo puede libre y soberanamente estatuír sobre todas las materias." "Por lo mismo que la Constitución —añade— ha establecido poderes diversos y distintos, y repartido entre las diversas autoridades los atributos de la soberanía, ella prohibe implícita y necesariamente que uno de los poderes pueda descargarse sobre otro de su trabajo y función; de la misma manera que uno de los poderes no podría conspirar contra otro, no podría tampoco, ni aun momentáneamente, abdicar en favor de otro."

Sobre el particular, Hauriou se expresa así: "Es preciso considerar como falsa la teoría según la cual el poder reglamentario consiste en una delegación del Poder Legislativo; es falsa porque el poder reglamentario es espontáneo e históricamente anterior al poder legislativo; y además porque en un país de Constitución escrita y de separación de poderes el Poder Legislativo no se delega nunca."

El abandono de la antigua teoría de la delegación de funciones en la doctrina y en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, al permitir el recurso por exceso de poder, que antes denegaba sistemáticamente, contra los decretos expedidos en ejercicio de una autorización legislativa dio lugar a la formulación de la teoría actualmente dominante: la de la *atribución o determinación de competencia,* que el profesor

Duguit explica diciendo que el Parlamento no delega un derecho que no tiene y que, por consiguiente, no puede delegar, sino que determina una competencia, extendiendo la competencia ordinaria del Presidente de la República.

Igualmente, Bonnard, en su obra de Derecho Público, al referirse a los decretos dictados por el Gobierno mediante una autorización del Congreso, enseña que por virtud de ella se permite al Presidente de la República extender su facultad reglamentaria, ejerciéndola más allá de su dominio normal y de las restricciones que este ejercicio comporta ordinariamente. Explica este autor la necesidad jurídico-social de la formación y la naturaleza de las normas de derecho que las conforman, con las siguientes palabras: "Estas habilitaciones excepcionales así dadas por el Parlamento, *no deben interpretarse como que constituyen delegaciones de funciones legislativas.* Ellas obran simplemente en el sentido de ensanchar *el dominio de competencia del poder reglamentario.* En presencia de la creciente complejidad de la obra legislativa y en la necesidad en que se encuentra a menudo el Parlamento de legislar rápidamente, este procedimiento de extender el poder reglamentario tiende a convertirse en un uso frecuente y a ser llevado a veces demasiado lejos. Así se ve al Parlamento limitarse a votar los principios generales de una reforma legislativa dada y conferir al Gobierno la autorización de dictar las medidas necesarias para la realización de aquellos principios, dejándole la escogencia de esas medidas. Este procedimiento ha sido empleado especialmente por el Ministro Blum en 1936 para realizar inmediatamente a su llegada al Poder las leyes sociales reclamadas por su mayoría electoral (Roger Bonnard, *Précis de Droit Public.* 1938).

De la teoría contemporánea, así expuesta, surgen las siguientes consecuencias: la función legislativa permanece intacta en el órgano al cual la Constitución la ha atribuído; esta función no es en ningún caso delegable, pero el Congreso tiene la facultad, en cierta medida, de dotar al Gobierno de la competencia necesaria para expedir reglamentos sobre materias ordinariamente reservadas a la ley, bajo la condición de que este discernimiento de competencia sea especial y determinado; y —lo que es más importante aún— que el reglamento o decreto dictado mediante autorización, aunque verse sobre una materia legislativa, conserva su carácter propio de acto administrativo, aunque su sentido material sea susceptible de que se le considere como acto legislativo.

Según Mme. Pichat, efecto igualmente interesante de la teoría de atribución de competencia es el de que los que reglamentos dictados mediante autorización legislativa, en los límites señalados por las autorizaciones y en el dominio en que ellas se producen, pueden modificar las disposiciones legales que anteriormente hubieren reglado ese mismo dominio. Para este autor la situación se presenta teóricamente así: en las condiciones estrictas de limitación previstas para su validez, los decretos en materia legislativa, aunque permanecen como actos de naturaleza reglamentaria, reciben de la ley un poder igual al suyo, y este poder los habilita, eficazmente, para hacer lo que haría la ley en el mismo caso, y aun para modificar un texto de ley preexistente.

De acuerdo con estas nociones, no hay dificultad ninguna en comprender que la Ley 187, al instituir que dentro de ciertas condiciones las Intendencias y Comisarías formen Circunscripciones Electorales independientes, con los organismos adecuados, para la designación de sus representantes, y al encargar al Gobierno de darle cumplimiento a la norma, autorizándolo al efecto para fijar el sistema de voto, las entidades electorales y demás requisitos, no hizo otra cosa que atribuír una competencia especial al Ejecutivo, extendiendo su acción reglamentaria ordinaria, señalada en el artículo 115 de la Constitución.

La fijación del sistema de voto, así como la determinación de las corporaciones electorales encargadas de realizar la actividad administrativa querida por el legislador —todo ello verificado por el Decreto 450 en desarrollo de las autorizaciones—, no ha sido motivo de controversia, no obstante que estas materias son incuestionablemente de índole legislativa, lo que quiere decir que generalmente se regla por medio de una ley lo que a ellas se refiere. Sin embargo, la constitucionalidad del decreto, por tales extremos, no ha sido impugnada ni discutida siquiera. Las mismas razones concurren, por tanto, en favor del artículo 6º, pues si bien es verdad que la asignación de jurisdicción se la reserva casi siempre el legislador para sí no quiere ello decir que el procedimiento adoptado en este caso —que tan amplio respaldo encuentra en la moderna doctrina de la determinación de competencia— sea contrario a los preceptos positivos del derecho público colombiano, ya que no existe texto constitucional ninguno que imponga la obligación de conferir la jurisdicción por el único medio de la ley.

Debe advertirse además, para concluir el primer capítulo de este fallo, que aun en el caso de que las consideraciones expuestas con anterioridad no fueran bastante para fijar un criterio suficientemente claro sobre el particular, habría sin embargo un argumento de extraordinario valor que decidiría por sí solo la cuestión, y que para uno de los Magistrados firmantes —el doctor Carlos Lozano y Lozano— constituye la verdadera razón del voto favorable emitido respecto de esta sentencia:

La tesis que informa la base fundamental y la estructura misma del derecho contemporáneo, o, para decirlo mejor, del derecho posterior a la obra monumental de Francois Geny, de quien son discípulos todos los grandes maestros de ciencia jurídica en el siglo XX; o sea la tesis de que por no poder el legislador estar presente en la universalidad de las relaciones humanas, y por ser esas relaciones profundamente mudables y cambiantes, dentro de una recta inteligencia de la función de administrar justicia, deben los jueces, remediar los vacíos e imperfecciones de la ley escrita, acudiendo a otra fuente del derecho, o sea a la fuente real, que resulta de la combinación de un elemento experimental y un elemento racional, descubierto por el intérprete a virtud de la libre investigación científica.

Semejante doctrina ha sido felizmente consagrada en la legislación colombiana de una manera expresa, en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que revela una admirable comprensión de las necesidades de la vida social y una sorprendente anticipación científica al criterio de sus redactores.

Dicho artículo dice así:

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho."

Siendo un principio general e incontestable del derecho universal que toda controversia debe tener un juez y que no puede existir entre los ciudadanos la odiosa desigualdad consistente en que dentro de paridad de circunstancias los unos puedan disfrutar de los beneficios de una jurisdicción que decida de sus litigios mientras que los otros no lo logren, resulta claro que si hubiera ausencia de ley positiva aplicable al caso, como ocurriría si el Decreto 450 fuera ilegal o inconstitucional, o ambas cosas a la vez, bien podría el Consejo de Estado, supliendo el vacío correspondiente, acudir a los principios generales del derecho a fin de reconocer la jurisdicción que debiera desatar la litis.

A juicio de la mayoría del Consejo, las razones consignadas, tanto en lo que respecta a la aplicación cuanto a la constitucionalidad del Decreto 450, en su artículo 6º, son suficientes para desatar la cuestión previa que se ha estudiado, en el sentido de reconocer la competencia en el fallador de primera instancia.

El acto del Consejo Electoral del Chocó.

El Consejo Electoral de la Intendencia dejó de escrutar los votos emitidos en la comarca a favor de la nómina de candidatos encabezada por el doctor Diego Luis Córdoba, conocida de autos con el nombre de "Lista Democrática." De las razones que tuviera aquella entidad para proceder de esta manera dan cuenta los siguientes pasajes principales del acta de escrutinios, que en copia auténtica vino al proceso en la debida oportunidad, junto con otras piezas documentales que se apreciarán en su hora. Se lee en aquel documento oficial lo que a continuación se transcribe:

"XIV..... Terminada la lectura del acta de escrutinios del Jurado Electoral del Municipio de Istmina, el C. Peñate propone: 'Nº 13. Antes de computar los votos del Jurado de Votación Nº 1 de Istmina, que se está revisando, sométanse a consideración del Consejo los memoriales del doctor Diego Luis Córdoba y del señor Jorge E. Díaz, sobre inscripción de listas de candidatos, para resolver lo que sea del caso.' Puesta en consideración fue aprobada.

"Terminada la lectura de los memoriales en cuestión, el Presidente hizo presente al Consejo que, como se trata de dos solicitudes contradictorias en que se pide —en la una— se escruten los votos emitidos en favor de la lista democrática por no corresponder al Consejo los asuntos que se hallen fuera del alcance del artículo 14 de la Ley 7ª de 1932; y se solicita —en la otra— no se escruten los votos emitidos a favor de tal lista por no haber sido inscrita con el lleno de las formalidades legales, deja a la consideración del Consejo la determinación de estas cuestiones. Sometido el caso a votación nominal, se decidió así: el H. C. Peñate, respondió 'nó', por lo cual se decidió no escrutar los votos dados en favor de la lista democrática, de que hace parte el doctor Diego Luis Córdoba."

"XXVII. El C. Peñate hace constar 'que el Consejo, después de amplio y prolongado debate no tomó en cuenta los votos emitidos a favor de la lista encabezada por el doctor Diego Luis Córdoba, *porque hay constancia en el Consejo de que el inscriptor de esa lista no acompañó ninguna constancia de aceptación de los candidatos que en tal lista aparecen* (artículos 3º y 4º de la Ley 7ª de 1932).' El subrayado es del Consejo de Estado.

"El Alcalde Provincial del Atrato deja constancia que las certificaciones dadas por la oficina sobre la inscripción de los candidatos, están respaldadas por los documentos auténticos que reposan en el archivo."

Esta relación auténtica de los hechos ocurridos en el seno del Consejo Electoral plantea en sus términos precisos el problema legal propuesto ante el Tribunal Administrativo de Medellín, o sea si la corporación escrutadora del Chocó ajustó su decisión a los mandatos de la ley, o si los excedió al abstenerse de escrutar los sufragios obtenidos por la lista de Córdoba, bajo el pretexto de que dicha lista no fue debidamente inscrita, con el lleno de las formalidades legales; por no haberse acompañado la constancia de la aceptación de los candidatos que la forman. En el primer caso, se impone la revocatoria del fallo de primera instancia y la convalidación, con fuerza de verdad legal, del acto realizado por la corporación electoral del Chocó; en el último, precisa revisar este acto para someterlo a las rigurosas prescripciones de las leyes electorales.

Aceptada la obligatoriedad de la inscripción previa, como requisito para que la función eleccionaria se cumpla válidamente, es necesario estudiar en primer término si según las constancias de autos, la nómina desestimada en el acto de los escrutinios por el Consejo Electoral Intendencial se verificó o nó; es decir, si fue inscrita o si se dejó de llenarse esta formalidad indispensable.

Las Leyes 7ª de 1932 y 187 de 1936 contienen las reglas vigentes relativas a la matrícula de las listas de candidatos.

No hay desacuerdo entre los litigantes respecto a los siguientes puntos: a) En cuanto a la competencia del funcionario ante el cual se hizo la inscripción de la lista democrática (Alcalde Provincial del Atrato); b) En lo referente a la integración de aquélla (dos renglones de candidatos principales, con sus respectivos suplentes, o sea el número de Representantes que elige la Circunscripción del Chocó), y c) Ni en cuanto a que la inscripción se cumplió dentro de la oportunidad indicada en el artículo 4º de la Ley 187 de 1936. Por tales aspectos —se repite— no se discute en el proceso la validez de la inscripción; ésta se impugna solamente —según los opositores— por no haberse acompañado la constancia de aceptación de los candidatos que integran aquella nómina.

Sobre el particular las leyes vigentes enseñan: el inciso 4º de la Ley 7ª de 1932, artículo 3º, que "los solicitantes acompañarán la constancia de la aceptación de sus candidatos, excepto en el caso de elecciones de Concejales"; y el inciso siguiente de la misma disposición preceptúa: "El Alcalde está obligado a verificar la inscripción que de él se solicite, y *dará inmediata certificación de tal hecho a los interesados, siempre que las listas llenen los requisitos anteriores.*"

Esta regla fue sustituida por la contenida en el artículo 5º (aparte 2º) de la Ley 187 citada, el cual dice:

"El Alcalde estará obligado a verificar la inscripción que de él se solicite y dará inmediatamente certificación de tal hecho a los interesados o a quienes lo exijan en cualquier tiempo. Caso de contravenirse a estas disposiciones, lo que podrá comprobarse en forma legal, *se considerará inscrita la respectiva lista.*"

En el acto de los escrutinios, el Consejo Electoral del Chocó tuvo a la vista, según aparece del acta respectiva, el documento que a continuación se copia, referente a la inscripción de la llamada "Lista Democrática":

"En la ciudad de Quibdó, a los veinticuatro días del mes de marzo de mil novecientos treinta y siete (1937), estando el Despacho de la Alcaldía Provincial del Atrato en horas de audiencia, compareció el señor doctor Diego Luis Córdoba con el fin de inscribir la 'Lista Democrática para Representantes por el Chocó en el período 1937 a 1939,' de conformidad con las exigencias de la Ley 7ª de 1932, artículo 3º, y cuya integración es como sigue:

"Principales: *Diego Luis Córdoba.* Suplentes: 1º Marco E. Maturana. 2º Ramiro Ortiz H..... *Ramón Mosquera Rivas.* 1. Marino Abadía Valencia. 2º Tomás de Aquino Moreno. Para constancia, se extiende la presente diligencia, en doble ejemplar, siendo la una de la tarde, y se firma por quienes en ella intervienen. El Alcalde Provincial del Atrato, (fdo.), *Miguel Angel F.*—El interesado, *D. L. Córdoba*—El Secretario (fdo.), *José A. Murgueitio.*" Hay un sello que dice: "República de Colombia—Intendencia Nacional del Chocó—Alcaldía Provincial del Atrato—Quibdó."

No aparece del acta de escrutinios el documento oficial en el cual fundara el Consejo Electoral su decisión de no computar los votos dados a la lista del doctor Diego Luis Córdoba. Apenas se dice allí como atrás se leyó en la constancia dejada por el Consejero Peñate para defender tal actitud que hay pruebas en el Consejo de que el inscriptor de esa lista no acompañó ninguna constancia de aceptación de los candidatos que allí aparecen.

Pero con posterioridad a aquel acto y con motivo del juicio seguido en Medellín, el funcionario que intervino en la inscripción de la lista en referencia ha expedido varias certificaciones en las cuales afirma que la inscripción se solicitó en forma verbal y que a ella no acompañó el interesado la constancia de la aceptación de sus candidatos.

Así se ve en la certificación otorgada a petición del doctor Adán Arriaga Andrade y en la expedida a solicitud del demandante doctor Abadía Valencia.

Como se comprende fácilmente, sin que se haga necesario el estudio de otros documentos, todos los documentos relacionados coinciden en un hecho innegable: que la inscripción de la lista democrática se verificó realmente ante el Alcalde Provincial del Atrato, a solicitud del doctor Diego Luis Córdoba. Otra cosa es que con posterioridad a la inscripción el mismo funcionario que la realizó afirme que dejaron de llenarse alguna o algunas de las formalidades impuestas por la Ley 7ª para el cumplimiento de esta actuación administrativa.

Y es oportuno antes de seguir adelante hacer notar que en este punto no están de acuerdo los impugnadores doctores Abadía Arango y Arriaga Andrade, pues al paso que el primero pone en duda el hecho de la inscripción, el último lo acepta sin vacilaciones, como se lee en su alegato ante esta Superioridad, al folio 81 del cuaderno principal: "Nadie niega que la lista llamada 'democrática' fue inscrita materialmente en el libro respectivo de la Alcaldía de Quibdó a la una de la tarde del día veinticuatro de marzo de 1937."

Establecido como queda en forma nítida el hecho de la inscripción de la lista, lo que aparece patente de los documentos transcritos y del acta misma de escrutinios, resta únicamente examinar la legalidad o ilegalidad del rechazo que de aquélla hiciera el escrutador del Chocó, entendido—por lo atrás expuesto—que la descalificación se fundó en que no se acompañaron las constancias de aceptación de los candidatos.

Ahora bien: de conformidad con el artículo 5º del Decreto 450 de 1937, en los escrutinios de que se trata eran de rigurosa aplicación las disposiciones electorales vigentes para esta clase de actos. Veamos tales disposiciones:

Preceptúa el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 que las corporaciones escrutadoras no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, las cuales corresponden, privativamente, a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado. En consecuencia, añade dicho artículo, tales corporaciones sólo pueden declarar nulidades referentes a exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; a errores aritméticos y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos.

Este principio, que garantiza el ejercicio de la función del sufragio contra las arbitrariedades del escrutador, ha sido mantenido en nuestra legislación a través de las Leyes 85 de 1916, 96 de 1920 y 7ª de 1932. En todas ellas, la facultad de declarar nulidades, concedida a las corporaciones electorales se limita a aquellas que resultan de una cuestión de hecho, como son las enunciadas en dichas leyes, reservando la decisión de los puntos jurídicos que pueden surgir a los organismos contencioso-administrativos competentes.

No hay dificultad alguna en comprender el carácter de restrictivo que tiene el artículo 14 citado, tanto por el principio en que se inspira cuanto por los postulados generales de derecho.

Ni tampoco se evidencia ninguna dificultad en afirmar que la resolución concerniente a la válida o inválida inscripción de una lista de candidatos entraña, por excelencia, una cuestión de derecho. De suerte que si por una parte la disposición que se examina prohibe a los escrutadores decidir sobre puntos de derecho; y, si por otra parte, los casos relativos a puntos de hecho están taxativamente enumerados y en

ninguno de ellos se comprende el de autos, fuerza es convenir que nó puede el escrutador con apoyo en tal disposición dejar de computar los votos otorgados en favor de una lista dada de candidatos por defectos o informalidades en su inscripción.

La función electoral se ejerce mediante un proceso complejo, que comprende varias etapas, en las cuales intervienen funcionarios de distinta categoría y con deberes específicamente determinados en las leyes que organizan y regulan aquella función. La inscripción de la lista de candidatos, las votaciones y los diversos escrutinios realizados por las corporaciones electorales competentes, son etapas diferenciadas aunque conexas de un solo proceso administrativo, de naturaleza compleja, que culmina en la elección propiamente dicha, o sea en la investidura a determinada persona del *status* legal de elegido. Hay entonces un fundamento jurídico incontrovertible en el contenido de la disposición que se examina, en cuanto limita al escrutador —funcionario que tiene a su cargo el cumplimiento de la última etapa en que se divide el acto de la elección— la decisión sobre nulidades que tengan por base los escrutinios y se concreten objetivamente en hechos materiales de los registros.

A hojas 67 y siguientes se encuentran estos pasajes del alegato de conclusión del doctor Abadía Arango:

"Es muy llevada y traída la duda de si en casos como el contemplado se trata de una cuestión de hecho o de una cuestión de derecho. El memorial de inscripción de una lista y las constancias de las aceptaciones son cosas materiales que caen bajo el dominio de los sentidos y por consiguiente no necesitan de interpretación. La apreciación de esos elementos de juicio no puede quedar sujeta a interpretaciones jurídicas, lo que quiere decir que en uno y otro caso o en ambos, se trata de cuestiones de hecho.

"Además, es bien sabido que el legislador no se contradice voluntariamente, y menos dentro de una misma ley, de manera que no cabe oposición entre los artículos 4º y 14 de la tántas veces citada Ley 7ª de 1932. El deber del intérprete en desentrañar el espíritu de la ley, procurando precisar en qué casos tiene aplicación esta o aquella disposición.

"Dentro de este orden de ideas considero que el artículo 14 contiene la regla general y el 4º la excepción. Aquél es aplicable y rige para todas las corporaciones escrutadoras y de éste sólo pueden hacer uso los Consejos Electorales, prerrogativa que se explica por la circunstancia de que para formar parte de estas corporaciones se requieren condiciones de idoneidad y de posición política dentro de nuestra organización republicana.

"Del examen atento del artículo 4º de la Ley 7ª de 1932, que es la base del punto de derecho controvertido, se evidencia que comprende dos prohibiciones: una para los Alcaldes, consistente en no inscribir listas de candidatos cuando se ha vencido el término señalado en el inciso 1º del artículo 3º de la ley citada, y otra para los Consejos Electorales, consistente en no escrutar los votos emitidos por determinadas listas cuando no se han llenado los requisitos exigidos en los demás incisos del precitado artículo 3º de la Ley 7ª de 1932.

"Porque el tiempo dentro del cual debe hacerse la inscripción no es el único requisito que exige la Ley 7ª de 1932. También se requiere que la inscripción se haga ante determinado Alcalde, que las listas no contengan un número mayor de candidatos que el de personas por elegir y que a las solicitudes de inscripción se acompañen las constancias de aceptación de los candidatos.

"No comparto la tesis de que la facultad concedida a las corporaciones escrutadoras por el artículo 4º de la Ley 7ª de 1932, de no tomar en cuenta los votos emitidos a favor de las listas no inscritas de *conformidad con dicha ley,* es únicamente para los casos en que tales listas no se hayan inscrito oportunamente, porque de esa manera sólo serviría para cuando se dejara de llenar apenas uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 3º de la Ley 7ª de 1932.

"..... ....

"Si el Consejo Electoral de Quibdó, el día 13 de mayo de 1937, en que resolvió no escrutar la 'lista democrática', sólo tenía conocimiento de que dicha lista no se había inscrito de conformidad con la Ley 7ª de 1932, como consta de la parte veintisiete del acta de escrutinio, es claro que no hay lugar a dudas acerca de la facultad legal de que estaba investido el Consejo Electoral para proceder en la forma en que lo hizo."

El artículo 3º de la Ley 7ª de 1932 señala los requisitos que debe reunir la inscripción de las listas de candidatos para que aquélla tenga plena validez: que la inscripción se cumpla ante Alcalde competente; que no contengan las listas un número mayor de candidatos que de personas por elegir; que se acompañe la constancia de aceptación; y que se haga dentro del tiempo hábil. Estas prescripciones son obligatorias para el funcionario inscriptor; rigen la diligencia administrativa que por tal medio se realiza y da a la lista inscrita o, mejor, a los candidatos que la integran la capacidad suficiente para que se acumulen en su favor los sufragios de los electores. Realizada la inscripción tiene el funcionario un deber que llenar, consistente en dar inmediata certificación del hecho a los interesados, *siempre que las listas llenen los requisitos anteriores.* Explícitamente la Ley 7ª y de modo implícito la 187 ha impuesto a los Alcaldes el deber legal de velar por el cumplimiento de las formalidades exigidas para la inscripción y abstenerse de realizar el acto cuando por los interesados no se llenen aquellos requisitos. De otro lado, aparte de la presunción de legalidad que ampara todo acto público realizado por funcionario competente, existe una expresa presunción en favor de que la inscripción se verifica dentro de los mandatos perentorios de la ley cuando el funcionario expide la certificación correspondiente, ya que es condición indispensable para expedirla *que las listas llenen los requisitos anteriores.*

El artículo 4º confirma con mayor fuerza los argumentos expuestos, en cuanto enseña que transcurrido el término señalado no podrán hacerse más inscripciones, lo que entraña evidentemente una expresa prohibición para el funcionario encargado de inscribir las listas de candidatos. El resto del artículo implica a su vez una prohibición para las corporaciones escrutadoras, pues les ordena no tomar en cuenta los votos emitidos a favor de las listas que no se hayan inscrito de conformidad con la ley.

No es cierto que esta última prohibición cobije tan sólo a los miembros del Consejo Electoral y nó a las demás corporaciones escrutadoras (Gran Consejo Electoral, Jurados Electorales y Jurados de Votación), pues además de que el artículo que se comenta no hace distinción alguna al respecto, sería arbitraria una interpretación tan restrictiva de sus términos que excluyera al Gran Consejo y a los Jurados Electorales, siendo así que el primero debe cumplir la función legal de declarar la elección de Presidente de la República y los últimos la de Concejeros Municipales.

Varios argumentos pueden válidamente hacerse contra la tesis del impugnador. En primer lugar, la redacción misma del artículo indica que su alcance está circunscrito al caso en que se verifiquen inscripciones fuera del término impuesto por la ley. Lo que quiere decir que si la inscripción se hace fuera de este término, a pesar de la prohibi-

ción en contrario, y no obstante ella, los escrutadores no imputarán voto alguno a tal lista. Esto porque se trata de una simple cuestión de hecho, como es la de saber el término dentro del cual la inscripción se llevó a cabo. Por el contrario, si en el certificado consta que una lista se inscribió en tiempo hábil, aun cuando en realidad se hubiera inscrito extemporáneamente, al escrutador no le queda más camino que asignarle los votos que hubiera obtenido el día de las elecciones, sin que ello quiera decir que no se pueda impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que en tal supuesto se está frente a una cuestión jurídica, como es la de determinar la validez o invalidez del acto de la inscripción.

De otro lado, al expresar la ley que los escrutadores no tomarán en cuenta los votos dados en favor de listas que no se hayan inscrito de conformidad con la misma ley, sólo ha querido decir que sin la base de la inscripción no puede computarse voto alguno. En otros términos: que a las corporaciones escrutadoras les está vedado asignar sufragio a listas de candidatos que hayan omitido el requisito de la inscripción. Esto, y únicamente esto, quiso decir el legislador en el artículo materia del comento. Y, como es obvio, también se está frente a una cuestión de hecho, consistente en saber si la inscripción se cumplió o nó, lo que resuelve el certificado o la ausencia del mismo, sin necesidad de interpretaciones de carácter jurídico.

Acreditada la inscripción, su validez se presume y obliga, por tanto, al escrutador, precisamente porque no está a su alcance la determinación de la legalidad o ilegalidad del acto verificado por el funcionario inscriptor. De esta manera se armonizan los artículos 4º y 14 de la Ley 7ª de 1932.

No queda fuera de lugar invocar algunos antecedentes jurisprudenciales sobre tan delicada materia. El Ministerio de Gobierno, que tiene a su cargo la interpretación de las disposiciones electorales, ha fijado el alcance de los artículos de que se habla, en la siguiente forma:

"Cada solicitud de inscripción debe ir acompañada de la aceptación de cada uno de los candidatos, mas en caso de que se inscriba una lista a la cual falte la aceptación de uno de los postulados, es al Tribunal Contencioso Administrativo a quien corresponde decidir."

"El Ministerio cree que la cuestión de si el Alcalde inscribió la lista o no la inscribió es una cuestión de hecho y se acredita con la simple certificación autenticada de dicho funcionario. Pero la cuestión de si la lista fue legal o ilegalmente inscrita, es decir, la decisión sobre la tacha de ilegalidad que se haga a la inscripción ya verificada, es una cuestión contenciosa de derecho, que supone la alegación de hechos distintos del simple hecho de la inscripción; hechos que deben alegarse y probarse ante un Tribunal, que es la entidad que debe fallar sobre si están o nó probados y si de ellos se deduce o nó la *ilegalidad* de la inscripción."

Ahora, de todo lo dicho surge la conclusión de que no podía el escrutador del Chocó abstenerse de computar a la lista encabezada por el doctor Diego Luis Córdoba los sufragios por ella obtenidos en las elecciones, so pretexto de examinar si dicha lista se inscribió con el lleno de los requisitos de la ley por no haberse acompañado la constancia de las aceptaciones de los candidatos, pues tal circunstancia comprende una cuestión de derecho ajena, por consiguiente, a las atribuciones de la entidad escrutadora. Excedió, pues, ésta el límite de sus facultades y el acto que ejecutó es abusivo y debe ser invalidado.

La regularidad de la inscripción.

El Tribunal de Medellín declara en la parte motiva del fallo que dicha corporación ha llegado a las siguientes conclusiones:

1ª Que es obligatoria la inscripción; 2ª Que según las constancias, la lista encabezada por el doctor Córdoba fue inscrita; 3ª Que los registros de escrutinio verificados por el Consejo Electoral son nulos por no haberse escrutado por la corporación los votos de la lista encabezada por el doctor Diego Luis Córdoba y haber resuelto este punto de derecho que no le correspondía."

Sobre la obligatoriedad de la inscripción de las listas en el Chocó dijo lo siguiente el Tribunal *a quo,* que el Consejo acoge:

"La Ley 31 de 1929, en el artículo 3º dispuso que en las elecciones populares debía inscribirse la lista de candidatos; posteriormente vino el artículo 1º de la Ley 60 de 1930, suspendiendo tal artículo hasta el 1º de enero de 1933.

"En 1932 se expidió la Ley 7ª, y en el artículo 2º dispuso de modo claro que en toda elección popular era necesario inscribir las listas.

"El artículo 11 de la Ley 187 de 1936 autorizó al Gobierno para señalar las corporaciones electorales, el sistema del voto y demás requisitos que deben llenarse al formarse una Circunscripción en Intendencia o Comisaría.

"El Presidente de la República en obedecimiento a tales autorizaciones dictó el Decreto 450, de 25 de febrero de 1937, para la Intendencia del Chocó, pero en éste nada dijo referente a la inscripción de lista, y por consiguiente, es de forzosa aplicación el artículo 2º de la Ley 7ª de 1932 citada, toda vez que el Presidente guardó silencio en tal punto, lo cual lleva al Tribunal al convencimiento de que en la Circunscripción Electoral del Chocó es obligatorio tal acto."

Para estudiar la segunda cuestión, o sea la referente a la regularidad de la inscripción, es preciso fijar de antemano si compete o nó al Consejo de Estado la decisión de tal asunto, punto que omitió el Tribunal de la primera instancia, quien entró a estudiarlo a fondo sin resolver previamente si ello estaba o nó sometido a su examen.

Al respecto se considera: el doctor Córdoba, al presentar su demanda en Medellín, adujo como fundamento jurídico de ella tres razones fundamentales, entre las cuales se destaca la siguiente: "Porque al Consejo Electoral no le es dado entrar a calificar la inscripción de lista alguna; porque la lista democrática sí *fue inscrita con todas las formalidades legales* (subraya el Consejo), y porque la aceptación mía a lo menos era indiscutible." Este fundamento jurídico de la demanda lo concreta el actor así:

"*La 'Lista Democrática' fue inscrita legalmente.* No sé, señores Magistrados, en qué se fundan los miembros del Consejo Electoral para sostener que no aceptaron en tiempo hábil los candidatos democráticos. Inscrita la lista, esto que compruebo con el certificado del señor Alcalde que remití al Consejo Electoral, y que ese funcionario debió también remitir en copia auténtica, existe en favor de la 'Lista Democrática' la presunción de que fue inscrita con todas las formalidades legales y una de esas formalidades es la aceptación de los candidatos. Quien quiera tumbar la presunción debe aducir pruebas fehacientes de la no aceptación; para entonces me reservo la producción de las que yo tengo de que si acompañé la inscripción de la lista de la aceptación de los candidatos. De paso advierto que encabezando como encabezo yo efectivamente la lista democrática y siendo yo mismo, como lo fui en verdad, quien inscribió la lista, este hecho es la más elocuente e indiscutible prueba de aceptación por parte mía, y constituye entonces una aberración que se niegue el Consejo Electoral del Chocó a computar o escrutar los votos emitidos *a mi favor* (subraya el Consejo)."

Presentada y aceptada la oposición, se trabó la litis sobre el contenido total de las demandas, ya que los actores no se limitaron a denunciar el procedimiento irregular de la corporación escrutadora, sino que afirmaron la regularidad de la inscripción, suscitando la producción de

pruebas de una y otra parte sobre la cuestión relacionada con la aceptación de las candidaturas, con lo cual se planteó ante el Tribunal la cuestión fundamental referente al hecho de si la lista democrática fue o nó bien inscrita, con lo cual se impuso a la justicia administrativa el examen y decisión del hecho controvertido.

La circunstancia, pues, de haber planteado los actores la cuestión relativa a la regularidad de la inscripción, es lo que autoriza al Consejo para definirla, pues de otra manera sería suficiente para ordenar la rectificación, la indebida actuación del Consejo Electoral al entrar a definir una cuestión de derecho.

Además, si de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 los escrutadores no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, que, como expresa la ley, quedan reservadas a los Tribunales Administrativos y al Consejo de Estado, es claro que una vez llevado a éstos un hecho de los que les corresponde calificar, no se explicaría una inhibición que impidiera el examen de fondo. Y en el presente caso no se podría esquivar tal pronunciamiento porque habiendo sido precisamente planteada por los actores la cuestión enunciada, se daría el caso aberrante de que quienes dicen sostener al través del proceso electoral las exigencias legales en orden a la inscripción de listas, quedaran privados de provocar el estudio relacionado con su cumplimiento, ya por la via directa de la demanda, o ya indirectamente por medio de la oposición. No pudieron entenderlo de otra manera las partes cuando espontáneamente plantearon la controversia, adujeron pruebas y alegaron oralmente y por escrito en torno de ella sin que ninguna hubiera presentado la objeción de que el examen de tal hecho escapaba al conocimiento de los juzgadores. De esto mismo surge la obligación de los actores de probar sus afirmaciones en relación con el cumplimiento de las formalidades inherentes a la inscripción de listas que es distinta del hecho simple de que en realidad se inscribieron, que es lo único que presume el certificado respectivo del Alcalde.

De otra parte, tratándose de una cuestión relacionada con el régimen de las inscripciones debe tomarse una decisión de conjunto, haciendo caso omiso de la situación irregular, inversa por decirlo así, que dejó planteada el escrutador, cuando careciendo de facultades hizo una declaración de derecho que sólo correspondía a la justicia administrativa. Esta interpretación del Consejo, procura el examen de la regularidad de la inscripción de listas que no siendo inseparable de la institución del cuociente, debe prevalecer dentro de cualquier sistema técnicamente organizado.

No sobra advertir que hace caso omiso el Consejo de las pruebas producidas en torno de la inelegibilidad de algunos candidatos, pues como ello no fue objeto de la demanda no puede serlo correlativamente de oposición.

Lo que ha sido, pues, materia de la controversia, lo que se ha objetado por el Consejo Electoral del Chocó, lo que se ha planteado en la demanda misma, es el problema relacionado con la aceptación de los candidatos, circunstancia indispensable para la validez legal de la inscripción. Al respecto procede hacer un examen de las pruebas para poder saber si la "Lista Democrática" se inscribió o nó con el lleno de las formalidades legales y concluir por tanto qué candidatos pueden ser tenidos en cuenta al verificar la rectificación de los escrutinios.

Como demostración de aceptación anterior al acto mismo de la inscripción, el doctor Córdoba presentó en el término de prueba ciertos elementos cuya sola enunciación convence al Consejo de que no demuestran la voluntad expresa, por parte de ciertos candidatos, de aceptar o adherir a la plancha llevada personalmente por el doctor Córdoba a la Alcaldía de Quibdó.

Consisten esos elementos en un pacto llamado de honor, celebrado entre algunos de los que entraron a formar dicha plancha, que realiza una alianza electoral con finalidades distintas de lo que debe ser la aceptación formal de una candidatura.

Igualmente acompañó el doctor Córdoba copia de una carta que le fue dirigida, con fecha 19 de marzo, por el señor Marco E. Maturana, en que le dice, después de hacer algunas consideraciones políticas:

"Por esas consideraciones digo, y sólo por esas, en las cuales estamos perfectamente de acuerdo, podia aceptar que mi nombre figure en la plancha mencionada, y si es que usted considera que ello contribuye a asegurar el triunfo de las izquierdas liberales en esa Circunscripción Electoral."

Tampoco constituye este elemento la constancia de aceptación, que en todo caso ha debido llevarse con el memorial de inscripción. Ni menos pueden tomarse como aceptaciones las copias de los telegramas traídos a los autos a petición del doctor Córdoba, y que dicen así:

"Istmina, 22 de marzo de 1937—Diegluis, Ramón—Quibdó—Fácilmente pueden ir Cámara tres chocoanos. Inspírense este sentimiento incluyendo Marino. Dirijan correspondencia Farango, demás son empleados públicos. *Farango.* Número 4-28-84 (12). Fdo. *Alfredo Arango.*"

"Quibdó, marzo 22 de 1937.—Istmina—¿Acogería bien pueblo suplencia efectiva Marino, plancha nuestra? ¿Aceptaríala él? Urge respuesta hoy. *Mosquera.* Número 49-20. $ 0.60. (21-30). Al respaldo hay una firma: *Ramón Mosquera.* 21-40 k. *S. Gllmo.*"

"Istmina, marzo 22 de 1937—Ramón Mosquera—Quibdó—Marino encuentra injusta propuesta, pues si suplencia es efectiva debiera ser para usted. Con todo, si los intereses del pueblo quedan salvaguardiados esa fórmula, acepta gustosamente todo sacrificio. *Marino, Cicerón, Heladio, Gumersindo, H. Mosquera.* 35. 1050."

Pero si se estimaran estas manifestaciones como una demostración suficiente de aceptación, ha debido probarse que ellas se llevaron al acto de la inscripción. Esta prueba no ha sido producida en el juicio, pues las declaraciones de Juan María Moreno, Gerardo de Nis, Azarías Valencia y Manuel L. Salgo, en las cuales se afirma que el doctor Córdoba llevó a la Alcaldía la aceptación de los señores Mosquera Rivas, Ramiro Ortiz y Tomás de Aquino Moreno, constituyen una información de nudo hecho que no fue ratificada dentro del juicio, y que, por tanto, carece de valor probatorio.

Y mientras el doctor Córdoba y el doctor Marino Abadía Valencia ni demostraban con la copia de la diligencia de inscripción la aceptación de sus candidatos, ni producían en forma regular las declaraciones de testigos, ni traían a los autos las copias o los originales de las manifestaciones de aceptación que hubieran llevado a la Alcaldía, y de que allí no se hubiera dejado constancia, o que se hubieran extraviado, los opositores han traído a los autos la certificación del mismo Alcalde que inscribió la lista, en la cual se dice:

"Que a esta actuación oral del señor Córdoba no acompañó solicitud alguna escrita ni acompañó constancia alguna sobre aceptación de los candidatos componentes de la expresada lista democrática."

Y esta declaración la suministra la Alcaldía de Quibdó con motivo de la prueba solicitada por el doctor Arriaga Andrade consistente en la solicitud de una copia de la inscripción de la lista encabezada por él, así como de las aceptaciones de los candidatos que la integran, y de análoga petición en lo relacionado con la inscripción y aceptación de la lista democrática del doctor Córdoba. Como resultado de tal petición vinieron a los autos copia de la inscripción y aceptación de los can-

didatos de la lista encabezada por el doctor Arriaga Andrade, y copia únicamente de la inscripción, *pero no de la aceptación,* de los candidatos de la lista democrática, porque según lo explica la Alcaldía, tales aceptaciones no fueron llevadas por el doctor Córdoba.

De todo esto se concluye que al inscribir la lista democrática en el Chocó se omitió llevar la aceptación de los compañeros del doctor Córdoba, y por tanto, la inscripción de estos nombres carece de validez legal. El nombre del doctor Córdoba queda amparado por la circunstancia de aparecer demostrado que él sí aceptó desde luégo que firmó la diligencia de inscripción. Se dirá que no aparece la aceptación expresa pero al respecto basta explicar que tal formalidad es necesaria cuando personas extrañas al candidato proponen la inscripción, que es lo normal; pero que la aceptación simplemente verbal, es suficiente, cuando, como en el presente caso, la lista es presentada por el mismo candidato que la encabeza y realiza así una aceptación implícita.

Ni es el caso de argüir que la omisión de los compañeros del doctor Córdoba debe viciar toda lista, pues ya dijo el Consejo, en sentencia de fecha 23 de marzo de 1934, que "seguramente la excepción tiene su fundamento en la naturaleza jurídica de la nulidad como pena o sanción, que sólo se aplica *intuitu personae,* es decir, que sus efectos únicamente pueden alcanzar a quien se haya hecho acreedor a ella."

"Si esto es así, por consecuencia lógica se deduce que la sanción de nulidad consagrada *expresamente* por el inciso final del artículo 3º de la Ley 31 de 1929 para los "votos emitidos en favor de ciudadanos cuyos nombres no hayan sido inscritos oportunamente en la forma prevenida en este artículo," no puede gravitar sobre los candidatos que en oportunidad manifestaron la aceptación de sus candidaturas."

Por lo que hace a la norma que debe prevalecer en la adjudicación de las curules es suficientemente claro el Decreto ejecutivo número 450 de 1937 cuando en su artículo 3º dice:

"Los candidatos principales y suplentes que obtuvieren mayor número de votos serán declarados elegidos Representantes al Congreso Nacional por la Circunscripción Electoral del Chocó."

Como se ve, el Organo Ejecutivo en la imposibilidad de dar cabida al cuociente y ante el hecho de que tampoco tenía lugar el sistema del voto incompleto creó un método *sui generis* de adjudicación de curules a los candidatos que habiendo sido inscritos regularmente, tuvieren el mayor número de votos, sistema que únicamente el Congreso está llamado a modificar y que mientras tanto el Consejo debe obedecer. En estas circunstancias, precisa en la rectificación de los escrutinios contar los votos, para adjudicar las curules a quienes aparezcan con mayor número de sufragios y en igualdad de éstos, debe decidir la suerte, en armonía con las reglas generales.

Las demandas.

En sus respectivos libelos los demandantes hicieron las siguientes peticiones, a saber:

El doctor Diego Luis Córdoba:

a) La nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Chocó en los días 12, 13 y 14 de mayo de 1937;

b) La cancelación de las credenciales que como a Representantes por la Circunscripción Electoral del mismo nombre fueron expedidas a los señores Adán Arriaga Andrade y Sergio Abadía Arango, así como a sus suplentes, y

c) La práctica de un nuevo escrutinio por el Consejo de Estado.

El doctor Marino Abadía Valencia:

1º La nulidad o irregularidad (sic) de los escrutinios de que se trata; y, por consiguiente, que se verifiquen nuevos escrutinios, en los cuales se tengan en cuenta los votos emitidos por la lista que encabeza el doctor Diego Luis Córdoba;

2º Que al hacerse los nuevos cómputos se tengan en cuenta no sólo los registros anulados sin causa legal y sin atribuciones suficientes por el Consejo Electoral de Quibdó sino también los invalidados por los Jurados Electorales Municipales, ya que no tienen ni uno ni otro la facultad de declarar nulidades distintas de las que taxativamente enumera y detalla el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932; y que son nulos los escrutinios en los cuales se dejó de escrutar los votos por causas distintas de las que dicha disposición enumera; y

3º Que se ordene averiguar la responsabilidad criminal en que hubieran podido incurrir el Consejo Electoral de Quibdó y el Alcalde Provincial del Atrato.

La parte resolutiva del fallo en estudio dice así:

"Por las razones expuestas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Medellín, en Sala Plena y acogiendo en parte el concepto del Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulos los escrutinios verificados por el Consejo Electoral de la Intendencia Nacional del Chocó en los días doce, trece y catorce de mayo de mil novecientos treinta y siete, por cuanto en ellos dejaron de escrutarse los votos emitidos en la Circunscripción por los candidatos de la 'Lista Democrática,' encabezada con el nombre del doctor Diego Luis Córdoba, y dispone verificar nuevo escrutinio y escrutar los emitidos en dicha Circunscripción por la lista citada y declarar la elección de los dos ciudadanos que hubieran obtenido mayor número de votos en tal Circunscripción para Representantes al Congreso en el período de 1937 a 1939.

"En el escrutinio se tendrán en cuenta todos los registros de los Jurados Electorales de la Circunscripción (aun los anulados por la corporación respectiva) para los efectos de resolver acerca de la legalidad de ellos.

"Quedan canceladas las credenciales expedidas por el Consejo Electoral el día catorce de mayo del corriente año a favor de los señores Adán Arriaga Andrade, Sergio Abadía Arango, como principales, y de Gerardo García Gómez, Ramón Lozano Garcés y Camilo Mayo Caicedo, como suplentes.

"Si este fallo no fuere apelado verifíquese nuevo escrutinio aplicándose las disposiciones electorales pertinentes; y para tal efecto se señalará oportunamente el día.

"Como al Tribunal llegaron todos los documentos que tuvo en cuenta el Consejo Electoral para verificar el escrutinio, por petición del apoderado del doctor Adán Arriaga Andrade, no es el caso de nuevo pedimento.

"Sáquese copia de las actas de escrutinio verificado por el Consejo Electoral de Quibdó en los días doce, trece y catorce de mayo del presente año así como también de esta sentencia y remítanse tales copias al señor Fiscal del Distrito Judicial de Cali para que promueva lo pertinente en el sentido de averiguar la responsabilidad en que hayan podido incurrir los funcionarios y empleados públicos que intervinieron en este asunto."

El procedimiento ilegal adoptado por la corporación escrutadora del Chocó no acarrea la nulidad del registro de escrutinio, pues el hecho de haber dejado de computar —indebidamente desde luégo— votos emitidos en favor de la lista en la cual se cumplió el requisito de la ins-

cripción previa, no es causal de nulidad determinada en las leyes electorales. El capítulo XI del Código de Elecciones, así como la Ley 96 de 1920 y la 7ª de 1932 establecen taxativamente cuáles son los motivos por los cuales se puede anular una elección o un registro de escrutinios, y en ninguna de tales normas legislativas se encuentra comprendido el caso de autos.

En cambio, y de conformidad con el artículo 184 y siguiente de la Ley 85 de 1916, debe ordenarse la rectificación del escrutinio celebrado por el Consejo Electoral para subsanar la irregularidad apuntada y ordenar un nuevo cómputo de votos. La sentencia del Tribunal será reformada, por consiguiente, en tal sentido.

Otro tanto ocurre con la parte del fallo que dice:

"En el escrutinio se tendrán en cuenta todos los registros de los Jurados de Votación y Jurados Electorales de la Circunscripción (aun los anulados por la corporación respectiva) para resolver acerca de la legalidad de ellos."

Este pronunciamiento es excesivo, y no podía hacerlo el Tribunal por la razón elemental de que no fueron demandados en oportunidad los registros de los Jurados de Votación ni los de los Jurados Electorales (artículo 190 del Código de Elecciones).

En cuanto a las nulidades de algunos registros, decretadas por el Consejo Electoral, no trae la sentencia en apelación ningún fundamento relativo a esta decisión. Sólo dice al respecto:

"Actuación de los Consejos Electorales (sic) en relación con los escrutinios. En este documento aparecen proposiciones, observaciones, conceptos y protestas, copias de telegramas y anotaciones de irregularidades en los escrutinios de los Jurados de Votación y Jurados Electorales en todos los distritos que forman la Circunscripción."

No hay ninguna otra referencia sobre tal punto, y es muy singular que sin un examen siquiera ligero de los hechos hubiera podido el Tribunal resolver que se tuvieran en cuenta en el momento de la rectificación del escrutinio.

Al punto XX del acta se lee:

"Se hace constar que al hacer el escrutinio se encontraron las siguientes irregularidades, muchas mal falladas por los Jurados Electorales, que el Consejo ha pasado por alto, sin declarar las nulidades que ellas entrañan, a pesar de la facultad de revisor que tiene el Consejo, por vedárselo el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, que restringe esas facultades, hasta hacer casi nugatorias las funciones del Consejo."

Tales observaciones que, como dice el acta, no entrañan declaración de nulidad, se refieren a los Municipios de Bagadó (Jurado de Votación número 2 de la Sierra y número 1 de la cabecera), El Carmen, Río Sucio, Quibdó, Nóvita, Baudó, Condoto, Sipí, Nuquí, Tadó y Acandí. De donde resulta que del mismo documento en el cual se recogen los incidentes del escrutinio, aparece que el Consejo Electoral sólo dejó de computar los votos emitidos en San Marino —del Municipio de Bagadó— el cual fue declarado nulo de conformidad con la siguiente proposición, aprobada por los escrutadores:

"Por cuanto el caso a que se refiere la votación que tuvo lugar en la mesa de San Marino, la que principió a funcionar a las ocho a. m. y terminó a las cinco p. m., hecho que aparece comprobado en el acta de ese Jurado de Votación, no se trata de declarar por este Consejo la nulidad de tales votos, sino que está declarada por el artículo 179 de la Ley 85 de 1916, que son nulos tales votos, en concordancia con el artículo 186 de la misma ley; y por cuanto en el acta de esa mesa se dice y se certifica que en el registro que ha debido llevarse en tal Jurado, se inscribieron los números del censo electoral permanente co-

rrespondientes a los electores, y eso es una falsedad porque no aparece tal inscripción en dicho registro; y por cuanto no se hizo al Consejo Electoral el envío de las listas parciales que se han debido tener a la vista para hacer el escrutinio del Jurado Electoral del Municipio de Bagadó, por lo cual no es posible rehacer ese escrutinio; y en atención a que hay constancia en el Consejo de que en tal mesa de votación se cometieron serias irregularidades, el Consejo se abstiene de escrutar esos votos."

Es evidente que tampoco tenía facultad el Consejo Electoral para decretar la nulidad del registro de San Marino, por las causas que se expresan en la moción aprobada por aquella corporación. Esta facultad corresponde privativamente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y por tal razón hay también lugar a declarar irregular el acto del Consejo sobre tal punto (artículo 184 de la Ley 85 de 1916). Como consecuencia debe ordenarse, pues, el cómputo de tales votos, indebidamente anulados por la entidad escrutadora.

Con base en las consideraciones que preceden, el Consejo de Estado, oído el concepto fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º Refórmase la sentencia de fecha treinta de septiembre de mil novecientos treinta y siete, dictada por el Tribunal Administrativo de Medellín, así:

a) Decrétase la rectificación de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Chocó en los días doce, trece y catorce de mayo de mil novecientos treinta y siete con ocasión de las elecciones para Representantes al Congreso por la Circunscripción Electoral del Chocó en el período de 1937 a 1939;

b) Al hacerse dicha rectificación serán computados los votos que en las elecciones del cuatro de abril de mil novecientos treinta y siete hubieran obtenido la lista encabezada por el doctor Diego Luis Córdoba, únicamente en lo que se refiere a este candidato;

c) Igualmente se computará en dicho acto el registro de votación de San Marino (Municipio de Bagadó), indebidamente declarado nulo por el Consejo Electoral.

2º Verificado el escrutinio por el Consejo de Estado, se expedirá a quienes corresponda las respectivas credenciales, quedando de hecho canceladas las de los ciudadanos que no alcanzaron a salir elegidos.

3º Señálase la hora de las diez (10) de la mañana del día siguiente hábil a la ejecutoria del presente fallo, para practicar la rectificación de escrutinios que aquí se decreta.

4º Confírmase en lo demás la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al señor Ministro de Gobierno y a la Cámara de Representantes, y cumplido esto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Elías Abad Mesa—Salvo mi voto en la parte motiva atañedera a la competencia, *Pedro Martín Quiñones*—Con salvamento de voto, *Isaías Cepeda*—Salvo mi voto, *Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores
ISAIAS CEPEDA Y RICARDO TIRADO MACIAS

El artículo 6° del Decreto número 450 de 1937 no debe primar sobre los principios constitucionales y legales, en virtud de los cuales la jurisdicción sólo puede ser atribuída por la ley. Es suficiente leer con detenimiento el artículo 11 de la Ley 187 de 1936 para concluír que el legislador no facultó al Gobierno para atribuír la jurisdicción a que se refiere el artículo 6° mencionado.

Salvamos nuestros votos respecto de la anterior sentencia, y por dos razones fundamentales:

Primera. Porque estimamos que el Tribunal Administrativo de Medellín no era competente para conocer del juicio intentado, porque el artículo 13 de la Ley 25 de 1928 no tiene aplicación en este caso, y porque aunque el Gobierno dispuso, en el artículo 6º del Decreto número 450 de 1937, que "el Tribunal Administrativo de Medellín *continuará* conociendo de los negocios electorales *suscitados* con motivo de la elección de Representantes al Congreso," este ordenamiento no debe primar sobre los principios constitucionales y legales, en virtud de los cuales la jurisdicción sólo puede ser atribuida por la ley, como acertadamente lo ha resuelto el Consejo en varios casos. En nuestro concepto, no basta decir que el Gobierno expidió el mencionado decreto basado en la autorización expresa que le concedió el artículo 11 de la Ley 187 de 1936, y que el mismo decreto fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, declaración que impide discutir su constitucionalidad, porque es suficiente leer con detenimiento el citado artículo 11 para concluir que el legislador no facultó al Gobierno para atribuir la jurisdicción a que se refiere el artículo 6º del decreto. El Gobierno extralimitó, por tanto, las autorizaciones legales.

Segunda. Porque la lista llamada *Democrática,* que encabezó el doctor Diego Luis Córdoba, no fue inscrita en las condiciones determinadas por la ley. En efecto, ésta exige que a la solicitud de inscripción deben *acompañarse* las constancias sobre aceptación de los candidatos. Quiere esto decir que la aceptación se hace en escrito separado, que debe presentarse con la solicitud de inscripción, y ello constituye una solemnidad, cuya inobservancia vicia la inscripción.

Podríamos agregar aquí los demás argumentos que expusimos para oponernos a la aprobación de la sentencia aludida en las discusiones que se suscitaron al respecto, pero nos parece que basta lo dicho para fundar nuestro desistimiento.

Isaías Cepeda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

El poder reglamentario no es una delegación del legislador sino una función inherente a la rama ejecutiva por ser tál, función que proviene de un mandato constitucional. Todo lo que tienda a dilatar este radio, todo lo que contribuya a que por este medio se hagan incursiones al predio legislativo, desfigura esa labor y vicia de nulidad el reglamento.

No creo que cuando se hace una extensión de competencia, se amplíe el campo de la reglamentación, que jamás puede ir más lejos de lo que la doctrina permite y que debe mantenerse dentro del espíritu de la ley que desarrolla. Estimo que la extensión de competencia es capaz de producir en el Organo Ejecutivo la potestad de crear normas objetivas.

En el anteproyecto que presenté al Consejo como resultado del estudio que hube de hacer cuando este proceso estuvo en mis manos, esbocé la teoría, de ninguna novedad quizá, de que existe una categoría de actos del Gobierno catalogada entre los decretos, independiente de la llamada función reglamentaria y que comprende los que se dictan a virtud de autorizaciones especiales y para complementar la obra del legislador.

Son también fuentes del derecho administrativo, como pueden serlo de otra rama del derecho; están en grado superior dentro de la jerarquía científica, a los simplemente reglamentarios, e inmediatamente inferior a los que se pronuncian en virtud de facultades extraordinarias. Tienen fuerza de ley, se incorporan en ella y no pueden ser afectados por disposiciones de reglamento.

Tal el Decreto número 450 expedido por el Gobierno en desarrollo de las autorizaciones conferidas en la Ley 187 de 1936.

En verdad, el proceso de creación jurídica tiene su más alto exponente en el Parlamento, pero no el único. Varios órganos y en varios grados cumplen esta labor. Observado con criterio dinámico ese orden jurídico general, se traduce en un constante proceso de formación que por su ritmo inalterable y por su necesaria continuidad no puede reservarse a uno solo de los organismos del Poder Público.

Hay, pues, actos creadores de normas generales dictadas en desarrollo y aplicación de las fórmulas abstractas de la ley, que tienen en sentido material su calidad reconocida de estatutos legales, como hay otros de grado superior y de procedencia idéntica que se otorgan en complemento y para viabilidad de un principio sintéticamente enunciado, al cual se incorporan, lo articulan y organizan para su normal funcionamiento. De ahí la distinción entre el sentido ideológico de la misión del Gobierno y el concepto material de la función ejecutiva en cuanto ésta tiene como ámbito la adopción de medidas que desarrollen y cumplan la ley.

El reglamento es una categoría inferior al decreto analizado; y en cuanto comporta el ejercicio de una función constitucional —artículo 120, ordinal 3º, C. N.— subsiste a cargo del Gobierno sin la preexistencia de norma explícita. El decreto con fuerza de ley es aquel que se produce cuando ante una necesidad pública el legislador atribuye al Ejecutivo competencia para crear normas estatutarias; en tal caso el Gobierno encarna al legislador, tal labor es producto de éste, emanación indirecta suya y constitucionalmente lícita en virtud del ordinal 8º del artículo 76.

Atribución o determinación de competencia o delegación de funciones, como se quiera llamar el hecho de que por medio de decretos se pueda adscribir jurisdicción electoral a los Tribunales, siempre párte de la base consagrada en la sentencia de la Corte que el fallo transcribe, a saber:

"De consiguiente, ambos elementos como integrantes de la jurisdicción, sólo pueden ser tratados y desarrollados en normas legislativas por el Congreso. Es decir, en el Congreso reside la potestad privativa de dictar normas destinadas a regular todo lo relativo a jurisdicción y competencia de los organismos electorales judiciales y contencioso-administrativos de las Intendencias y Comisarías y que estas dos materias por su índole y naturaleza sustantiva están sustraídas a la esfera de acción propiamente gubernativa."

Ampliar el radio de acción del decreto reglamentario es atribuir competencia para regular materias extrañas a la acción ordinaria del Gobierno; es delegar lo delegable; funciones que no son inherentes al delegatario.

Estas afirmaciones, empero, no aceptan la antigua teoría sobre delegación de funciones o mandato civil tal como la crítica lo exhibe.

En eso estoy de acuerdo con el fallo. He venido propugnando siempre, desde el comienzo de mi labor en la magistratura, la liberación definitiva del Derecho Administrativo. Las doctrinas y principios propios de esta ciencia tienen sus linderos con otras instituciones, más antiguas quizá.

Pero es que si el poder reglamentario no es una delegación del legislador sino una función inherente a la rama ejecutiva por ser tál, que proviene de un mandamiento constitucional, todo lo que tienda a dilatar este radio, todo lo que contribuya a que por este medio se hagan incursiones al predio legislativo, desfigura esa labor y vicia de nulidad el reglamento.

La explicación del profesor Duguit que trae el fallo: "El Parlamento no delega un derecho que no tiene y que por tanto no puede delegar sino que determina una competencia, extendiendo la función ordinaria del Presidente de la República," conduce a la teoría del anteproyecto, o sea que para providenciar de la manera como lo hizo el Decreto 450 se necesitó una ley de autorizaciones que extendiera la competencia del Ejecutivo hasta el radio propio del Poder Legislativo. No creo que cuando se hace esta extensión de competencia se amplíe el campo de la reglamentación, que jamás puede ir más lejos de lo que la doctrina permite y que debe mantenerse dentro del espíritu de la ley que desarrolla; estimo que esa extensión de competencia es capaz de producir en el Organo Ejecutivo la potestad de crear normas objetivas.

¿Qué es eso de que el Parlamento no puede delegar lo que no tiene? Tiene la facultad de dictar leyes sobre jurisdicción y competencia; si le es privativa, mal puede encomendársela al Gobierno, o atribuírsela, como dice el fallo. Pero es que el ordinal 8º del artículo 76 citado faculta para autorizar el ejercicio de funciones propias de los otros órganos.

La cita de Bonnard al referirse a los decretos de que se trata, como una ampliación del dominio reglamentario, está confirmando la tesis de este salvamento.

De todos modos en el fallo precedente se acepta la constitucionalidad del Decreto 450, siquiera sea como producto de la sentencia de la Corte. El autor de este salvamento sostuvo desde el comienzo esa constitucionalidad y la consiguiente necesidad de aplicarlo por los motivos atrás brevemente expresados.

Nada nuevo agrega a la vieja y persistente doctrina del derecho público colombiano esa afirmación del fallo cuando dice:

"De la teoría contemporánea así expuesta surgen las siguientes consecuencias: la función legislativa permanece intacta en el órgano al cual la Constitución la ha atribuído; esa función no es delegable; pero el Congreso tiene la facultad, en cierta medida, de dotar al Gobierno de la competencia necesaria para expedir los reglamentos sobre materias ordinariamente reservadas a la ley, bajo condición de que este discernimiento de competencia sea especial y que el decreto dictado en uso de tal autorización, aunque verse sobre materia legislativa, conserve su calidad de acto administrativo....."

Curiosa teoría: las facultades legislativas son indelegables; el poder reglamentario procede de la Constitución y se ejerce con independencia de autorizaciones legales; pero la ley, el Congreso, pueden autorizar al Gobierno a que en forma de reglamentos o con tal pretexto produzca leyes. Esto no es ampliar el radio de la acción reglamentaria, meramente administrativa, sino autorizar para legislar, para complementar la obra del Congreso, que quedó reconocidamente inepta por sí sola, delegar funciones legislativas, en fin. Según Pichat los reglamentos así dictados pueden modificar las leyes; luego tienen fuerza de ley y pierden el carácter de actos simplemente reglamentarios.

Estas breves consideraciones que fueron ampliadas en los debates, determinaron mi criterio en favor de la tesis principal de la sentencia y por eso he dado mi voto afirmativo a toda la parte resolutiva, pues en todo lo demás de la parte motiva estoy identificado con los autores del fallo.

Bogotá, julio 11 de 1938.

Pedro Martín Quiñones—Luis E. García V., Secretario.

Identidad de los candidatos

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

La circunstancia de figurar en una lista uno de los candidatos con denominación que corresponde a un seudónimo, pudiera significar grave irregularidad cuando se suscitaran dudas sobre la persona elegida. Mas no tiene importancia cuando de las pruebas traídas al juicio se desprende, con claridad meridiana, la identidad entre el individuo que usa el seudónimo y el candidato inscrito.

Consejo de Estado—Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Miguel Santiago Gómez, con fecha 13 de octubre de 1937, solicitó del Tribunal Administrativo de Bucaramanga, la rectificación del escrutinio de los votos emitidos en las elecciones pasadas para Concejales, en dicha ciudad, el dia 3 de octubre de 1937.

Sustentó su demanda en las siguientes razones de derecho:

"a) Las papeletas para las elecciones de Concejales deben contener los nombres de tantos candidatos principales y suplentes como correspondan a cada Distrito Municipal. (Ley 85 de 1916).

"b) Para ser Concejal se necesita ser ciudadano en ejercicio, de acuerdo con la ley. (Ley 85 de 1916, artículo 209).

"c) El seudónimo de un individuo no es su nombre de ciudadano; puede ser su nombre de combate político o su nombre de ejercicio literario; el derecho de ciudadanía se predica respecto de determinada persona que tiene un nombre en la vida civil y política correspondiente a su nombre de pila.

"d) En el sistema electoral vigente de votación por listas, la nulidad de un suplente invalida la integridad del renglón, porque éste no puede escrutarse con el mero principal.

"Me fundo, además, en los artículos 183, 189, 194, 196 de la Ley 85 de 1916; 17, 18, 19 y siguientes de la Ley 96 de 1920; 5º de la Ley 80 de 1922; artículos pertinentes de la Ley 7ª de 1932, y 4º, 5º y 6º de la Ley 187 de 1936."

El Tribunal *a quo*, en fallo que lleva fecha 29 de noviembre de 1937, negó las peticiones de la demanda. Notificada la sentencia al actor, interpuso oportunamente recurso de apelación contra ella, concedido el cual, vinieron los autos a esta Superioridad, donde han sufrido la tramitación de rigor, y como no se observa ninguna causal que invalide el procedimiento, se procede a dictar el fallo definitivo, previas las siguientes consideraciones:

En las elecciones verificadas para Concejales en octubre del año pasado, en la ciudad de Bucaramanga, la lista encabezada por el señor Manuel Calvete y Leonidas Paeces, como principal y suplente, respectivamente, obtuvo un total de 191 votos, que fueron escrutados por el

Jurado Electoral, dando por resultado que se adjudicara por residuo el primer renglón de tal lista.

Contra este escrutinio se pronunció el demandante, por estimar que los sufragios en favor de la lista mencionada son nulos, con apoyo en las razones de derecho que atrás se transcribieron.

Para mayor claridad del fallo, los argumentos presentados por el actor en su libelo, se estudiarán y analizarán siguiendo el mismo orden en que fueron expuestos.

Al punto 1º de las observaciones del actor, o sea al relacionado con el número de candidatos que debe contener una lista, se observa: aparece del informativo que la lista a que se ha hecho referencia, fue inscrita con siete principales y sus respectivos suplentes, siendo que el número total de curules por proveer era de once. Este hecho que motiva la acusación del demandante no tiene fundamento legal. En efecto, la Ley 7ª de 1932, en el inciso 3º del artículo 3º, señaló el máximum de nombres que deben contener las listas en las elecciones populares. Dice así la disposición citada:

"Las listas que se inscriban no podrán contener un número mayor de candidatos que el de personas por elegir en la respectiva Circunscripción."

Respecto del mínimum, no hay ningún texto legal que lo fije, y, en consecuencia, no tiene ningún límite, siendo válidos los votos emitidos por listas que contengan un solo nombre. Esta conclusión no pugna con ninguna disposición de la Ley 85 de 1916, ni contraviene a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 7ª citada, que contempla un caso completamente distinto. Así lo ha establecido esta corporación en constantes jurisprudencias, por lo cual, basta citar el siguiente aparte de la sentencia de fecha 28 de enero de este año, sobre el particular:

"Al decir el artículo 2º de la Ley 7ª de 1932 que 'para toda elección popular es necesario inscribir las listas por que haya de sufragarse, en los términos y condiciones prescritos en el artículo siguiente,' establece, de una parte, que en las elecciones que deben verificar las corporaciones públicas no es legalmente necesaria la inscripción y, de otra, que el contenido y las prescripciones del artículo 3º se refieren a las elecciones populares. Lo que equivale a considerar que el ordinal tercero de este artículo, por el cual 'las listas que se inscriban no podrán contener un número mayor de candidatos que el de las personas por elegir en la respectiva Circunscripción,' sólo dice referencia a las elecciones populares. Esto no obstante, y por vía de interpretación doctrinal, bien puede hacerse extensivo dicho mandato a las elecciones corporativas. En consecuencia, en las elecciones de esta índole como en las populares, las listas por las que se sufrague pueden ser completas, esto es, contener el número total de candidatos por elegir, o ser incompletas, esto es, contener un número inferior. ¿Pero cuál es el límite de este mínimum? La ley no lo dice. Y no lo dice porque aun rebajándolo hasta la *unidad,* como en el caso de autos, el proceso aritmético del cuociente electoral se cumple como se cumplió a cabalidad y con perfección en la elección acusada.

"Porque precisamente por lo que se trata de un escrutinio de listas y no de nombres, es por lo que a la ley es indiferente que las listas contengan un solo nombre, más de un nombre o la totalidad de candidatos que deben ser elegidos. Lo contrario equivaldría a restringir la voluntad del elector y a obligarlo, en la mayoría de las veces, a concurrir al debate con aspiraciones que sobrepasan el límite de sus propias fuerzas. Con efecto, no se ve la razón para que un partido o grupo político, en determinadas elecciones en que se trate de elegir, verbigracia, diez candidatos, esté obligado a sufragar con una lista que contenga la totalidad de éstos, cuando un balance anticipado o el reconocimiento previo de su fuerza numérica le indiquen que sólo obtendrá uno o dos puestos.

"Pero se dirá, como se ha dicho: ¿entonces qué efectos, qué aplicación tiene el artículo 10 de la misma ley?

"Basta leer con cuidadoso análisis el contenido de esta disposición e inquirir el pensamiento del legislador sobre su adopción, para advertir que se trata de una disposición secundaria, que no responde a necesidades de la técnica del cuociente en lo que se refiere al mecanismo jurídico del sistema adoptado, sino a consideraciones de orden puramente político, a fin de evitar en lo posible la llamada 'guerra del lápiz' y procurar una mayor disciplina y lealtad en el debate por parte de los sufragantes. Lo que el artículo persigue —y que es aplicable únicamente a las elecciones populares en relación con los artículos 1º, 2º y 3º de la misma ley— es invalidar el voto de quienes sobre una lista inscrita conforme a la ley, borran, tachan o suprimen más de la mitad del total de candidatos. Pero no dice ni podría decir que es nulo el voto dado por una lista que contenga un solo nombre o un número de nombres inferior al de la totalidad de candidatos por elegir."

En cuanto a la segunda observación, o sea que para ser Concejal se necesita ser ciudadano en ejercicio, carece de fundamento, porque no está probado en los autos que Leonidas Paeces o Pachón Rodríguez tenga perdida la calidad de ciudadano. En relación con la tercera, proceden las siguientes consideraciones: verdad es, que el seudónimo de un individuo no es su nombre civil, y que en la lista a que se ha hecho referencia, figura inscrito Leonidas Paeces, denominación que corresponde a un seudónimo. Sobre este hecho, edifica el actor parte de su acusación. Pero si en realidad esta circunstancia pudiera significar una grave irregularidad cuando se suscitaran dudas sobre la persona elegida, en el caso en estudio no tiene importancia, porque de las pruebas traídas al juicio se desprende con claridad meridiana la identidad entre Leonidas Paeces y Luis Pachón Rodríguez. Al efecto, en la diligencia de la inspección practicada sobre el talón correspondiente a la cédula de Luis Pachón Rodríguez, se lee lo siguiente:

"Acabamos de examinar el talonario donde aparece la cédula de ciudadanía número 1849485, expedida a favor de Luis Pachón Rodríguez (L. Paeces) el día tres de noviembre de mil novecientos treinta y seis, y según fotografía guarda exacta semejanza con la fisonomía del individuo que en esta ciudad conocemos con el nombre de Leonidas Paeces, por lo que aseguramos que este individuo y Pachón Rodríguez, a que se refiere la cédula, son una misma persona."

Lo anterior es suficiente para concluir que la identidad entre Leonidas Paeces y Luis Pachón Rodríguez no se presta a equivocaciones, y que por lo tanto no tiene fuerza legal el tercer argumento de la demanda.

Con lo expuesto hasta aquí, sobra el análisis del punto cuarto, relativo a que la nulidad de un suplente invalida la integridad del renglón, porque ya se ha demostrado que la elección recaída en el señor Leonidas Paeces o Luis Pachón Rodríguez no está afectada de nulidad.

Por todas 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 confirma la sentencia materia del recurso.

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Facultades de los Tribunales Administrativos

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Declarar un Tribunal Administrativo que no procede la inclusión del pliego electoral de un Municipio en el escrutinio general del Departamento, por considerar que los votos emitidos en dicho Municipio y no computados, no alteran la nómina de los ciudadanos elegidos y que, en consecuencia, no tendría utilidad práctica un nuevo escrutinio, es tesis injurídica e inmoral.

El Tribunal debe examinar si la corporación escrutadora se movió dentro de su esfera legal o nó, y en este último caso reparar el error ordenando la rectificación y revisión del escrutinio.

Consejo de Estado—Bogotá, mayo diez y séis de mil novecientos treinta y ocho.

El Tribunal Administrativo de Santa Marta, en sentencia de fecha 23 de agosto de 1937, falló las demandas sobre nulidad de algunos actos electorales ejecutados en el Departamento del Magdalena con motivo de las elecciones para Diputados y Representantes para el período en curso.

La parte resolutiva de dicha sentencia dice así:

"1º Es nulo el registro formado por el Jurado Electoral de Ciénaga en el acto de escrutar el día 8 de abril los votos emitidos en dicho Municipio en las elecciones para Diputados y Representantes, habidas el 4 del mismo mes.

"2º No es el caso de ordenar la verificación de un nuevo escrutinio general para rectificar el que practicó el Consejo Electoral del Departamento en los días 23 y 24 de abril último a efecto de incluir los registros de Ciénaga y Santa Marta.

"3º Tampoco es nulo en parte el registro formado por el Consejo Electoral Departamental."

Contra esta providencia apelaron los señores Lanao Loaiza y Roberto Castañeda, recurso que fue concedido de acuerdo con la ley, en virtud del cual, vino el negocio al Consejo, donde se procede a dictar el fallo definitivo, mediante las siguientes consideraciones:

Ante todo precisa advertir que no ha sido regular el procedimiento del Tribunal *a quo*, al decidir en una sola sentencia pleitos electorales de distinta naturaleza y que al respecto la última doctrina del Consejo, está concebida en los siguientes términos:

"El artículo 194 de la Ley 85 de 1916, que sirve de fundamento al demandante para formular las peticiones que se estudian, autoriza aquel procedimiento cuando se trata 'de la validez, nulidad o irregularidades referentes a las votaciones o registros de un mismo Municipio.' Ahora bien: esta disposición fue dictada cuando se elegían Representantes y Diputados separadamente y en fechas distintas, lo que indica que se

debe decidir en una sola sentencia lo referente a elecciones de un mismo Municipio, pero cuando se trata de votos de la misma naturaleza, y en manera alguna que dicha regla imponga fallar bajo una misma cuerda demandas de naturaleza distinta, como serían las que se propusieran separadamente sobre la elección de Diputados y Representantes."

Demanda de Bernardo López.

Con fecha 13 de abril de 1937, demandó ante el Tribunal Administrativo de Santa Marta "la nulidad de los escrutinios verificados el jueves 8 del mismo mes y año, por el Jurado Electoral del Municipio de Ciénaga, con motivo de las elecciones que para Diputados y Representantes tuvieron lugar el domingo 4 del citado mes."

Adujo como hechos los siguientes:

"1º En el Municipio de Ciénaga se verificaron el día 4 de los corrientes las elecciones para Diputados a la Asamblea de este Departamento y Representantes al Congreso.

"2º Los Jurados de Votación que funcionaron en el mencionado Municipio el domingo 4 de abril, tan pronto terminaron las elecciones, practicaron los escrutinios, de conformidad con el resultado que había obtenido cada candidato en la respectiva mesa.

"3º Al practicar el Jurado Electoral los escrutinios el jueves 8 de abril, computó registros de Jurados de Votación que no estaban de acuerdo con los confeccionados el día de la elección, hasta el extremo que el resultado total de ese escrutinio general aumentó considerablemente el resultado que se había obtenido el día de las elecciones.

"4º El registro formado por el Jurado Electoral, materia de la demanda, es falso o apócrifo, porque los elementos que sirvieron para su formación son igualmente falsos o apócrifos, pues como ya se ha visto el resultado del escrutinio del Jurado Electoral es completamente distinto al obtenido en los Jurados de Votación."

El doctor Lanao Loaiza acreditó su interés en este juicio y solicitó del Tribunal que le tuviera como parte en él, solicitud que fue resuelta favorablemente por el Tribunal, en auto de 8 de julio de 1937.

Abierto el negocio a prueba se practicaron las que estimó conducentes el actor, entre las cuales aparecen las siguientes, que tienen relación directa con el punto que es materia fundamental de la controversia:

Copias de las actas de votaciones y escrutinios de los Jurados de Votación números 1 hasta 20, inclusive, referentes a la elección de Diputados.

Copias de las actas de votaciones y escrutinios de los Jurados de Votación números 1 hasta 35, inclusive, referentes a la elección para Representantes al Congreso.

Copias de las actas de votaciones y escrutinios de los Jurados de Votación números 21 hasta 28, inclusive, 33 y 34, expedidas por el Juzgado del Circuito de Ciénaga.

Copias de los certificados expedidos por los Jurados de Votación números 21 hasta 28, inclusive, 33 y 34, el mismo día de las elecciones.

Inspección ocular practicada por el señor Juez del Circuito de Ciénaga, su Secretario y los testigos actuarios designados y posesionados previamente, señores: Juan Armenta Vásquez y Francisco Gómez Fernández, con el objeto de comprobar si las actas de los Jurados de Votación coincidían con los certificados expedidos por los mismos Jurados el 4 de abril de 1937.

Esta inspección dio el siguiente resultado:

Que las actas de los Jurados de Votación números 1, 3, 4 hasta 20, inclusive, 29, 30, 31, coincidían exactamente con los certificados expedidos por los mismos Jurados el día de las elecciones; y

Que las actas de los Jurados 2, 21 hasta 28, inclusive, 32, 33, 34 y 35 no coincidían con los certificados expedidos por los mismos Jurados el día de las elecciones.

Como se ve, existe una diferencia entre el dato numérico que arrojan algunas actas y el de algunos certificados. Esta discrepancia, sirvió de base al Tribunal para decretar la nulidad del registro formado por el Jurado Electoral de Ciénaga. Al efecto razonó así:

"Según inspección ocular de los folios 40 y 41 citados no coinciden las actas de votación de las mesas 2, 21, etc., hasta 28, inclusive, 32, 33, 34 y 35 con los mismos certificados que expidió el mismo funcionario que suscribió dichas actas. Respecto, pues, de tales documentos, se destruyen unos con los otros al tenor de lo que dispone el artículo 651 del Código Judicial, no habiendo como no hay medio de reforzar con otra prueba lo consignado en uno de esos contradictorios documentos; pues, precisamente, esa prueba, no la puede dar quien incurrió en la contradicción, a menos que explicara satisfactoriamente su error. No puede, pues, servir de elemento de convicción o de refuerzo de lo dicho en las actas que inspeccionó ocularmente el señor Juez de Ciénaga, el ejemplar de ellas que reposa en el Tribunal, porque está contexte con las examinadas y porque procede de los mismos funcionarios convictos de contradicción.

"Procede, pues, desestimar en absoluto el registro de Ciénaga, por una parte, porque ningún valor atribuye el Tribunal a las actas de las mesas de votación números 21 hasta 28, inclusive, 32, 34 y 35; y por otra, porque deducidos del resultado general del escrutinio de dicho Jurado Electoral los votos que a favor de los candidatos arrojan las indicadas mesas, el saldo que podría considerarse como votación limpia de la ciudadanía de San Juan de Córdoba, agregado a los datos que arroja la declaración de Representantes hecha por el Consejo Electoral, no altera esa declaración, y por consiguiente, es inútil toda operación de cómputo que pretenda modificar el escrutinio en cuanto a la nómina de Representantes declarados."

El señor Fiscal del Consejo de Estado impugna la tesis sostenida por el Tribunal, en los siguientes términos:

"Todos estos argumentos del Tribunal, desde el primero hasta el último, carecen de fundamento jurídico, por decir lo menos.

"Efectivamente, el Tribunal párte de la base errada de que los documentos confrontados son de la misma naturaleza y tienen por consiguiente exacto valor probatorio. Las actas de los Jurados de Votación son precisamente los instrumentos llamados por la ley a prestar pleno mérito probatorio respecto de los hechos a que se refieren; gozan de la presunción de legalidad y sólo mediante los trámites del juicio respectivo pueden redargüirse de falsos. Los certificados que tuvo a la vista el Tribunal no tienen el mismo origen porque varios de ellos apenas si van firmados por los Presidentes de los Jurados de Votación, y los que aparecen suscritos por todos sus miembros carecen de la fuerza que la ley otorga a las propias actas. Y ello es lógico, porque extremando la tesis del Tribunal, sería suficiente que una minoría de los miembros de los Jurados de Votación expidiera certificados contradictorios a los resultados que arrojaren las actas para invalidar por este medio su mérito de plena prueba. Además, el Tribunal violó el artículo 15 de la Ley 31 de 1929, porque dada la discrepancia observada estaba en la obligación de confrontar los datos que constan en los registros enviados a la corporación electoral con los que aparecen en los registros enviados al Tribunal. Y podría afirmarse que si tales datos no coinciden, ¿deben desecharse ambos registros? Absolutamente no, porque la disposición arriba citada ordena que se prefieran los registros del Tribunal y apenas si los Jurados responsables de tal anomalía incurren en una multa de $ 500.

"Y si, como dice el Tribunal, ambos registros están contestes, con mayor razón deben preferirse a los certificados expedidos por algunos miembros de los Jurados de Votación. Sería suficiente lo expuesto para revocar en esta parte la sentencia, pero no quiere la Fiscalía dejar inadvertida la desconcertante teoría del Tribunal, de que no es del caso desestimar únicamente las actas tachadas de apócrifas porque 'el *saldo que podría considerarse como votación limpia*' no altera la declaración definitiva del Consejo Electoral y es inútil toda operación de cómputo que pretenda modificar el escrutinio en cuanto a la nómina de Representantes declarados.

"¿De manera que los Tribunales Administrativos no fallan en derecho sino verdad sabida y buena fe guardada, y sólo cuando sus decisiones pueden producir algún efecto en concepto del mismo juzgador?

"Podría pensarse que esta tesis inmoral fue un *lapsus calami* del Tribunal, pero tres veces la sostiene, cada vez con más énfasis, en el curso de la sentencia. Al referirse a la demanda del doctor Lanao Loaiza el Tribunal por su propia cuenta escruta y elige anticipadamente, haciendo cuentas alegres, pues si al interesado se le computaran 'los votos sanos' que obtuvo en Ciénaga, quedaría con un total de 1.238 votos siempre inferior al de 1.414 que obtuvo Calixto Maestre, según los escrutinios del Consejo Electoral. Esta es la razón por la cual no se ordena la rectificación del escrutinio!!!....."

Bastaría agregar a lo anteriormente transcrito, que para hablar de documentos de la misma naturaleza, sería preciso en el presente caso, poner frente a un registro otro registro contradictorio. Pero que es a todas luces inaceptable que se pretenda desvirtuar un documento público de la naturaleza de un registro electoral, con un simple certificado de uno o varios de los que suscribieron aquel otro documento.

Los documentos públicos, ha dicho el Consejo, gozan de especial protección legal en cuanto a la verdad de los hechos que en ellos se consignan, cuando están autorizados por funcionarios que ejercen cargos por autoridad pública, en los términos del artículo 632 del Código Judicial. Además, el documento público en este caso, es el acta y no el certificado, por lo cual tiene que prevalecer aquélla, máxime cuando éste acusa un dato inexacto que impone la correspondiente investigación criminal.

Todo esto es suficiente, en concepto del Consejo, para revocar el numeral primero de la sentencia recurrida, declarando en su lugar la validez del escrutinio de Ciénaga, tanto para Diputados como para Representantes, registro que fue indebidamente anulado por el Tribunal de primera instancia.

Demanda de José Ramón Lanao Loaiza.

En memorial fechado el 28 de abril, pidió se decretara la nulidad de los registros formados por el Jurado Electoral de Sitionuevo, Tenerife, Remolino, Pedraza, Tamalameque, González y Valledupar, el día 8 de abril de 1937, porque son falsos o apócrifos. También pidió se revisara el escrutinio verificado por el Consejo Electoral Departamental en los días 23 y 24 del mismo mes de abril, por cuanto se dejó de escrutar los votos emitidos en Ciénaga y Santa Marta para Representantes al Congreso Nacional, en las elecciones del 4 del mismo mes y año.

Respecto de la primera solicitud, es decir, la referente a la nulidad de los registros de Sitionuevo, Tenerife, Remolino, Pedraza, etc., es improcedente, porque no fue formulada dentro del tiempo señalado por la ley, ya que tales escrutinios tuvieron lugar el 8 de abril y la demanda fue introducida el 28 del mismo mes.

En relación con los pliegos de Ciénaga y Santa Marta, que no fueron escrutados por el Consejo Electoral Departamental, proceden las siguientes consideraciones:

Los referidos pliegos no fueron computados por el Consejo Electoral en virtud de una proposición aprobada en dicha corporación, que dice textualmente:

"Teniendo en cuenta que en las elecciones y escrutinios de los Municipios de Santa Marta, Ciénaga y Puebloviejo se cometieron fraudes y adulteraciones en los registros respectivos, motivando la intervención de los funcionarios judiciales, déjense de escrutar los citados Municipios."

Esta actuación del Consejo Electoral no cabe dentro de las facultades que le confirió la ley, en lo relacionado con la declaratoria de nulidades de votaciones y registros electorales, porque el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, que le otorgó dichas atribuciones, dice:

"Las corporaciones escrutadoras sólo pueden declarar nulidades referentes a exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; a errores aritméticos y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como falsos o apócrifos."

La simple afirmación de que en unas elecciones se cometieron fraudes, como reza el acta de escrutinio, no basta, y por consiguiente, el Consejo Electoral Departamental, no podía en derecho ni en justicia, abstenerse de computar los registros mencionados.

El Tribunal *a quo* negó la solicitud del actor, porque en primer lugar, dijo, que lo relativo a Ciénaga lo había resuelto adversamente en la parte primera del fallo; y en cuanto al pliego electoral de Santa Marta expresó, que tampoco procedía su inclusión en el escrutinio general, porque en su sentir, los votos emitidos en dicha ciudad y no computados, no alteraban la actual nómina de Representantes y en este caso no tendría utilidad práctica un nuevo escrutinio, y por tanto, debía desecharse la solicitud.

Ya se ha visto el criterio adoptado por el Consejo para analizar el problema referente a las actas de votación de Ciénaga y las conclusiones a que lógicamente llega en el estudio de la referida cuestión, razonamientos que proceden igualmente para la inclusión del mismo registro en el cómputo para Representantes al Congreso.

Por lo que respecta al registro de Santa Marta, la tesis del Tribunal *a quo*, es injurídica e inmoral, por cuanto confunde el derecho que tienen los particulares de reclamar contra los cómputos de las corporaciones, siempre que el resultado de la elección sea distinto del que se hubiera obtenido sin tales irregularidades, con una atribución del Tribunal que equivaldría a juzgar por anticipado el resultado de la rectificación que correspondiera ordenar en la sentencia.

El Tribunal *a quo*, ha debido analizar el motivo que indujo al Consejo Electoral del Departamento para excluir del escrutinio general el registro correspondiente al Municipio de Santa Marta; comparar aquellas causas con las pruebas producidas dentro del juicio y concluir si la corporación escrutadora se movió dentro de su esfera legal o nó, y en este caso reparar el error, ordenando la revisión y rectificación del mencionado escrutinio.

Ahora bien: ya se estudió por qué no fue escrutado el pliego en referencia y cómo no podía el Consejo Electoral, basado en meras presunciones abstenerse de escrutarlo.

En cuanto al cómputo del registro de Santa Marta conceptúa la Fiscalía que como en asunto ya fallado por el Consejo, se ordenó computarlo (demanda de Manuel Julián Mier Cabas), debe simplemente atenerse a lo resuelto en dicho fallo. Pero se observa que como aquella de-

manda y el fallo correspondiente se refieren a la elección de Diputados y la demanda del doctor Lanao Loaiza a la de Representantes al Congreso, precisa ordenar dentro de este negocio la rectificación del escrutinio del Consejo Electoral del Magdalena para computar igualmente el registro de Santa Marta en lo tocante a Representantes al Congreso Nacional.

Demanda de Roberto Castañeda.

El señor Roberto Castañeda hace dos peticiones en su demanda, a saber: Primera. Que se decrete en parte la nulidad del escrutinio practicado por el Consejo Electoral en los días 23 y 24 de abril de 1937; Segunda. En subsidio, que se ordene la revisión y rectificación de dicho escrutinio, por cuanto la corporación escrutadora desechó el registro de Ciénaga, tanto en lo relacionado con Diputados como Representantes.

Al estudiar la demanda del doctor Lanao Loaiza, se analizó la actuación del Consejo Electoral. Basta, pues, estudiar los fundamentos jurídicos en que se apoya el fallo de primera instancia para no acceder a las peticiones del actor.

El Tribunal *a quo,* refiriéndose al Consejo Electoral, se expresa en los términos siguientes:

"Faltó el Consejo al deber que literalmente le impone la ley, al decir que puede dicha corporación declarar nulidades referentes a exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección, lo cual sólo puede hacerse, confrontando los pliegos con el censo.

"Lo mismo puede decirse de las demás facultades de que las corporaciones electorales pueden hacer uso, a saber: examinar las alteraciones *manifiestas,* en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo *escrito,* después de *firmados por la corporación que los expidió, a errores aritméticos* y a registros que *evidente* e *indudablemente* aparezcan como apócrifos o falsos. (El Tribunal subraya).

"Ninguna de estas verificaciones puede ser de oídas. Se requiere el examen directo de los documentos.

"Lo hecho por el Consejo Electoral en esta parte equivale a un nuevo vicio electoral desconocido, a saber: la modificación de los resultados del sufragio, merced a influencias extrañas y sólo por esas influencias."

Lo transcrito hasta aquí, hace presumir que el Tribunal *a quo,* habría de acceder a lo solicitado por el actor; pero no sucede así, pues en contradicción consigo mismo, el Tribunal concluye:

"Mas sea como fuere, a ningún objetivo práctico se llegaría con la anulación parcial del registro del Consejo Electoral, toda vez que el registro que se intenta incluir —el de Ciénaga— es nulo como se ha venido viendo.

"La petición subsidiaria no puede atenderse por razones análogas a las que se expusieron para no ordenar la verificación del escrutinio del Consejo Electoral en la demanda del señor Lanao Loaiza."

Ya se ha estudiado e impugnado ampliamente el argumento que fundamenta esta parte del fallo de primera instancia, que necesariamente debe revocarse, desde luégo que el Consejo, en oposición al Tribunal, reconoce la validez del registro de Ciénaga.

Por todo lo anterior, 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 materia del recurso, y en su lugar

FALLA:

1º No es nulo el registro formado por el Jurado Electoral de Ciénaga en el acto de escrutar el día 8 de abril de 1937 los votos emitidos en el mismo Municipio en las elecciones para Diputados y Representantes habidas el 4 del mismo mes.

2º Por el Tribunal Administrativo de Santa Marta se practicará un nuevo escrutinio para rectificar el que practicó el Consejo Electoral en los días 23 y 24 de abril último, a efecto de incluir el registro de Ciénaga, en lo que respecta a la elección de Diputados por el Círculo de Santa Marta. Para este efecto, se enviará por la Secretaría copia auténtica de la sentencia y del registro de Ciénaga que figuran en el expediente.

3º Por el Consejo de Estado se practicará un nuevo escrutinio general para rectificar el que verificó el Consejo Electoral del Departamento en los días 23 y 24 de abril de 1937, a efecto de incluir los registros de Ciénaga y Santa Marta en el escrutinio referente a Representantes al Congreso.

Solicítese por conducto del Ministerio de Gobierno el envío a esta corporación de los documentos, actas y registros que tuvo en cuenta el Consejo Electoral del Magdalena para practicar los escrutinios para Representantes al Congreso en el período en curso.

4º Por las autoridades competentes se investigará la responsabilidad en que hayan podido incurrir los Jurados de Votación con motivo de los resultados contradictorios entre los certificados y las actas de votación, a que se alude en la parte motiva de la sentencia.

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—El Conjuez, *Luis Eduardo Gacharná—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Impuesto de residentes

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

No hay lugar a dudas de que se causa el impuesto de residentes, siempre que, por ocurrir al medio de no pagar íntegramente en el país las sumas que devenguen sus empleados, se hacen giros por una compañía para subvenir a los gastos de las familias de aquéllos, radicadas en el Exterior.

Al pagarse un sueldo a un empleado que trabaja en Colombia, 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 en Colombia 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 y que queda afectada por tanto con el impuesto en referencia.

Consejo de Estado—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y ocho.

El doctor Jesús María Arias, obrando como apoderado sustituto de la Sociedad Pato Consolidated Gold Dredging Limited, demandó, con fecha 27 de abril de 1937, en ejercicio de la acción privada, la revisión de la Resolución número 156, de 5 de septiembre de 1936, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El negocio sufrió la tramitación especial que para negocios de esta índole señala el Código Administrativo, y como no se anota ninguna causal de nulidad, se procede a dictar la sentencia definitiva, mediante las consideraciones de rigor.

La Oficina de Control de Cambios y Exportaciones, dictó, con fecha junio 10 de 1936, la Resolución número 49, que es del tenor siguiente:

"La Oficina de Control de Cambios y Exportaciones,

CONSIDERANDO:

"1º Que la empresa Pato Consolidated Gold Dredging Limited presentó en esta Oficina una solicitud para que fueran aprobados los pagos hechos en el Exterior por la Compañía mediante giros extendidos por la misma en Colombia, a favor de las familias residentes en el Exterior de empleados extranjeros que trabajan en Colombia;

"2º Que el Decreto número 280 de 1932 (febrero 16), en el artículo 17 dice: 'Grávanse los giros destinados a residentes en cuanto excedan de $ 100 mensuales, con un impuesto equivalente al 10% del valor de los mismos. Las Oficinas de Control de Cambios antes de entregar al interesado el permiso respectivo le exigirán que presente la prueba de la consignación del impuesto', y posteriormente el Decreto número 804

de 1932, en su artículo 3º, determinó que todos los giros destinados a residentes pagarían el impuesto del 10%, exceptuando únicamente los destinados a estudiantes de facultades secundarias o universitarias, y finalmente la Ley 46 de 1933 elevó el impuesto del 10 al 20%, y

"3º Que por lo tanto los giros hechos por la Pato Consolidated Gold Dredging Limited por sumas entregadas en el Exterior a familiares de empleados extranjeros que trabajan en Colombia están expresamente comprendidos dentro de las disposiciones legales citadas,

RESUELVE:

"Artículo 1º Exíjase a la Pato Consolidated Gold Dredging Limited que cubra en la Administración de Hacienda Nacional el veinte por ciento (20%) de la suma de U.S.$ 82.022.64, que ha sido girada al Exterior por la Compañía en Colombia a familiares residentes en el Exterior de los empleados extranjeros que trabajan en el país.

"Artículo 2º Envíese copia de la presente Resolución al señor Administrador de Hacienda Nacional con el fin de que haga efectivos los impuestos debidos al Tesoro Nacional por la Pato Consolidated Gold Dredging Limited.

"Dada en Bogotá a 10 de junio de 1936.

"Oficina de Control de Cambios y Exportaciones,

"(Firmado), *Alberto Bayón,* Jefe de Oficina."

"Aprobada la resolución que precede por la Junta Consultiva de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones en su sesión del día 12 de junio de 1936.

"Los miembros de la Junta Consultiva,

"(Firmados), *Jorge Durana, Samuel Williamson, Bernardo Pizano.* El Secretario, *Gustavo A. de Greiff.*"

No conforme la Compañía demandante con la providencia transcrita, apeló para ante el Ministerio de Hacienda, el cual confirmó lo dispuesto por la Junta de Control, produciendo así el acto que ha sido acusado ante el Consejo de Estado.

Como disposiciones violadas citó el actor las siguientes: artículo 4º de la Ley 39 de 1931; artículos 2º, 3º y 7º del Decreto 1683 de 1931; artículos 17 del Decreto 280 de 1932 y 3º del Decreto 804 del mismo año; artículo 7º, inciso 3º, de la Ley 12 de 1932; artículo 2º del Decreto 1140 de 1936; artículo 154 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal); 78 a 81, en relación con los artículos 54 y siguientes de la Ley 130 de 1913; 4º de la Ley 77 de 1931, y 4º de la Ley 80 de 1935, y todas las demás disposiciones que con éstas tengan relación.

Los hechos principales, quedan, por lo que hace a la actuación administrativa, fijados en las dos resoluciones a que se ha hecho alusión.

Las razones fundamentales de la demanda se enumeran al sintetizar la controversia que concreta la parte motiva de este fallo.

Sostiene el Gobierno en la resolución en estudio lo siguiente:

"3º De las anteriores explicaciones suministradas por el apoderado de la Compañía, se infiere que, efectivamente, ella ha girado cheques a sus empleados extranjeros pagaderos en dólares con los fondos que la Compañía tiene en depósito en la ciudad de Nueva York. Esos cheques han tenido por objeto el pago de los sueldos de esos empleados; y su monto asciende en total a la cantidad de U.S.$ 82.022.64, desde el mes de mayo de 1934 hasta el mes de mayo del corriente año. De esta manera el fundamento de hecho de la resolución apelada es evidente,

por cuya razón lo único que al Ministerio corresponde investigar es el punto de derecho, y que el apoderado de la Compañía discute, consistente en determinar si los cheques girados desde Colombia por la Compañía para ser cubiertos en moneda extranjera pagan el impuesto de residentes.

"4º El Decreto número 280 de 1932 gravó con un impuesto los giros destinados a residentes en el Exterior. El Decreto número 804 del mismo año definió el concepto de *residentes* así: '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.'

"En seguida viene el artículo 4º del mismo Decreto que sirve también para conocer el alcance del impuesto de residentes: 'A los extranjeros que trabajan en el país al servicio de los Gobiernos Nacional, Departamentales o Municipales se les concederá licencia para comprar cambio exterior hasta por el veinte por ciento (20%) de sus asignaciones, sin necesidad de que presenten comprobantes especiales ni los que actualmente exige la Oficina de Control.'

"5º Dados los términos de estas disposiciones, bien se nota que su espíritu es el de que sin excepción, los giros en moneda extranjera que se hagan en Colombia para el sostenimiento de familias en el Exterior o para atender el pago de servicios personales de colombianos o de extranjeros, paguen el impuesto de residentes. La única excepción la establece el artículo 4º, lo que prueba que fuera de ellas, todos los giros con la destinación expresada se someten a la regla general.

"6º Pero el apoderado de la Compañía plantea este dilema para demostrar la improcedencia del impuesto: si los giros fueron cubiertos por un depósito que la Compañía tenía en el Exterior y sobre el cual giró, depósito formado por fondos no adquiridos en Colombia, no hay lugar al impuesto, porque los giros no se atendieron 'con fondos existentes en Colombia,' que es condición del gravamen, según el Decreto número 804; y si los fondos provienen del cuarenta por ciento (40%) exportable, que se le deja libre a la Compañía, tampoco se ocasiona el impuesto porque de esa cuota el exportador puede hacer el uso que a bien tenga en el Exterior.

"7º Al plantear ese dilema, el apelante pierde de vista que las disposiciones del control no se pueden interpretar aisladamente porque todas ellas constituyen las diferentes regulaciones de un todo o norma suprema, destinado a impedir que nadie en Colombia tenga libertad absoluta para efectuar operaciones relacionadas con los cambios internacionales.

"Aquella norma general, de la cual son una consecuencia las demás disposiciones de control, está contenida principalmente en el Decreto número 1683 de 1931, a términos del cual quedó prohibido en Colombia el libre comercio de oro y sometidos al consentimiento de la Oficina de Control todos los actos relacionados con el cambio internacional de valores en moneda extranjera. El artículo 7º del Decreto es de alcance tan vasto, que sin lugar a dudas la Compañía estaba en incapacidad legal para expedirles a sus empleados, sin sometimiento a requisito alguno, los cheques que les giró. A la Oficina de Control le correspondía autorizar esos giros, como todos los que cualquier Compañía expida aun sobre los fondos que se les permite retener en el Exterior. No es, pues, exacto que las Compañías puedan disponer a su talante de la cuota de libre exportación, porque por disposición del artículo 7º por la Oficina de Control de Cambios tienen que pasar los giros expedidos al Exterior con destino a ser cubiertos en moneda nacional o en moneda extranjera.

"Siendo lo anterior así, es evidente que para saber si los cheques girados por la Pato a sus empleados deben o nó pagar el impuesto de residentes, carece de importancia el hecho de que esos cheques se libraron para ser cubiertos de estos o aquellos fondos de la Compañía en el Exterior. Lo que realmente decide el problema son estas dos circunstancias: la operación en sí de girar cheques en moneda extranjera sin la autorización necesaria de la Oficina de Control, y el objeto que se tuvo en mientes al emitir aquellos instrumentos de pago, que fue el de situar fuera de Colombia el sueldo o salario de los empleados, convertido a moneda extranjera. El depósito con que la Compañía giradora atendiera al pago de los cheques es un elemento de apreciación perteneciente al pasado, dependiente exclusivamente de la Compañía, y que por lo mismo no ha podido crear ningún estado de derecho en contra de las disposiciones legales, que le ordenaban a la Compañía adquirir los giros con la licencia del Control. Hoy corresponde juzgar la situación con prescindencia de los hechos que aunque pasados no estuvieron totalmente ceñidos a las normas reguladoras. Y decidir el caso como si apenas se tratase de adquirir las respectivas divisas para el pago de salarios de empleados que necesitan colocar esos valores en el Exterior. Pues bien, sobre semejante plano de realidad legal, es a todas luces evidente que los giros causan el impuesto de residentes.

"8º Por último, la Resolución reclamada sí responde a un claro y lícito objetivo, cual es el de asegurar el cumplimiento pleno de los fines con que se creó el Control de los Cambios. La letra y el espíritu de todas las disposiciones concernientes a ese régimen, es el de que toda operación de cambio esté supervigilada por un organismo de control y de que quien necesite moneda extranjera la adquiera conforme a las prescripciones respectivas. Si se autorizare el procedimiento de que los particulares y las Compañías puedan girar, sin anuencia del Control, en moneda extranjera, con el pretexto de que los giros se atenderán con valores que no están en el país, se brindaría una abundante fuente de aprovisionamiento clandestino de cambio internacional."

Como respuesta a la tesis oficial rearguye el actor, con apoyo en las disposiciones que regulan la materia y con la autoridad de las consultas de los doctores Jesús Echeverri Duque, Francisco de P. Pérez y Eduardo Vallejo, acompañadas a la demanda, las siguientes razones principales:

Que no es sostenible que todo giro hecho en Colombia en moneda extranjera requiera la autorización de la Junta de Control;

Que para justificar legalmente el impuesto de residentes es condición esencial que los giros se hagan con fondos existentes en Colombia;

Que el fin para que fue creado el Control de Cambios y traslados de fondos al Exterior, se proponía impedir la salida del oro, y que como la Compañía en cuyo nombre habla el actor, para poder disponer de fondos en el Exterior, aumentó su capital y giró sobre los fondos formados por dicho aumento, no podía aquel capital estar sujeto al impuesto de residentes, por pertenecer a una persona extranjera domiciliada fuera del país, y porque no pueden considerarse aquellos fondos como existentes en Colombia.

El señor Fiscal de la corporación, doctor Luis Alberto Bravo, hizo un detenido estudio del punto controvertido. Son tan trascendentales sus observaciones que el Consejo para mayor fidelidad transcribe la parte esencial del concepto aludido:

"El impuesto de residentes.

"La Oficina de Control de operaciones de cambio, creada por el artículo 2º del Decreto 1683 de 1931, halló indispensable para evitar la fuga del oro y defender las reservas metálicas del Banco de la Repúbli-

ca y mantener un medio circulante capaz de atender a las necesidades del comercio y de la industria, limitar 'los gastos mensuales de los colombianos residentes en el Exterior' a las cantidades que señaló la misma comisión por medio del Acuerdo número 5, del 1º de octubre de 1931. Posteriormente, el Gobierno estableció en el artículo 17 del Decreto 280 de 1932, el *impuesto de residentes,* que vino a gravar los giros destinados a residentes en el Exterior, en cuanto excedieran de cien pesos mensuales, con un 10% de su valor. El artículo 5º del Decreto 420 de 1932 elevó a $ 150 la cantidad mensual exenta del impuesto cuando esa suma se destinara al sostenimiento de estudiantes en el Exterior. Más tarde, el Decreto 804 de 1932 dijo:

'Artículo 3º 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 en el Exterior, los cuales están exentos del impuesto en cuanto no pasen de $ 150 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.'

'Artículo 4º A los extranjeros que trabajen en el país al servicio de los Gobiernos Nacional, Departamentales o Municipales, se les concederá licencia para comprar cambio exterior hasta por el 20% de sus asignaciones, sin necesidad de que presenten comprobantes especiales ni los que actualmente exige la Oficina de Control.'

"El artículo 7º, ordinal 3º, de la Ley 12 de 1932 sustituyó el impuesto del 10% creado por el artículo 17 del Decreto 280 de 1932 por 'un impuesto del 20% sobre los giros destinados a residentes en el Exterior, salvo los que deban invertirse en el sostenimiento de estudiantes colombianos en cuanto no excedan de $ 100.'

"El artículo 8º de la Ley 46 de 1933 subió la exención a $ 150 mensuales para los giros destinados a estudiantes y para los gastos que impliquen la salida o el regreso de ellos a Colombia.

"Por último, el Decreto 163 de 1937 redujo el impuesto al 10% e hizo extensiva a los extranjeros que trabajen en el país al servicio de empresas bancarias, industriales o agrícolas, la facultad de remesar al Exterior hasta el 20% de sus sueldos, sin pagar impuesto, previa licencia de la Oficina de Control.

"Fundamento del impuesto.

"Los colombianos residentes en el Exterior tienen el claro deber de patriotismo 'de reducir al mínimum indispensable los gastos que hayan de hacer fuera del territorio nacional,' y es justo que paguen un impuesto elevado sobre las sumas que se hagan remitir desde Colombia, para compensar el empobrecimiento que la salida de esas sumas trae al país.

"Respecto de los extranjeros residentes en Colombia, es obvio que la economía nacional tiene derecho de exigirles que inviertan en el país las ganancias obtenidas por razón de trabajos o servicios realizados en él, para lo cual *resulta necesario que tales ganancias sean percibidas en Colombia.* Por tanto, es natural, dentro de una política de protección de la economía nacional, como la que ha venido desarrollándose de 1931 hasta hoy, que, si algunos de aquellos extranjeros no desean contribuir al enriquecimiento colombiano, sino muy al contrario, prefieren llevar

o hacerse entregar fuera del país el fruto de sus actividades, paguen por ello un impuesto.

"El impuesto de residentes tiene, además, otra justificación de carácter fiscal que mira a la equidad. En Colombia, como es sabido, existe el principio en virtud del cual todos sus habitantes deben contribuir al sostenimiento del Estado en proporción a sus capacidades. Sobre los miembros de la colectividad pesan tributos directos e indirectos. Entre otros tributos indirectos gravan la renta los llamados en términos generales impuesto sobre los negocios. Y bien, ocurre que las personas que obtienen rentas en el país y las invierten aquí mismo, por obra de tales tributos indirectos vienen, en última instancia, a pagar al Fisco una cantidad superior a la que pagan quienes trasladan sus rentas fuera del territorio patrio. ¿Habría equidad, pregunto yo, en exigir un mayor sacrificio fiscal a los que incorporan el fruto de sus esfuerzos en la economía nacional, que a quienes exportan sus rentas?

"El objeto del impuesto.

"El objeto evidente del impuesto de residentes es gravar fuertemente el traslado de fondos o rentas de Colombia a países extranjeros.

"Atrás se vio que ese traslado es susceptible de diversas modalidades.

"La remuneración de los extranjeros.

"Todos los extranjeros que trabajen en Colombia, como empleados u obreros, deben recibir sus sueldos o salarios en moneda nacional, aunque se hayan estipulado monedas extranjeras, de acuerdo con el artículo 32 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, que dice:

'La remuneración que se estipula en monedas o divisas extranjeras se pagará al empleado en su equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio ponderado o promedial de dichas monedas en la Bolsa de Bogotá el día del pago.'

"Exceptuados en un porcentaje los que prestan servicios a las entidades de derecho público, y los empleados de empresas bancarias, industriales y agrícolas que tienen licencia para remesar hasta el 20% de sus asignaciones, los extranjeros que quieran o necesiten situar en el Exterior parte de su remuneración no pueden pretender que se alcance esa finalidad, contraria en general a los intereses del país y al espíritu diáfano de su sistema de control de cambios, sin el pago del impuesto de residentes. Cuando, a pesar de todo, se consigue dicha finalidad acudiendo a medios más o menos encubiertos, so capa de una deficiencia en la letra de la ley, se consuma un fraude a ésta, que la jurisprudencia debe repudiar. A propósito cabe aquí citar al profesor Josserand, quien define una de las formas de fraude a la ley con las siguientes palabras que copio en su propio idioma para evitar cualquier infidelidad:

'3º *Eviction de la loi par la loi méme et a l'aide de son propre texte.* L'auteur de la fraude utilise ici, pour destituer la loi compétente de ses effets normaux, non plus une loi étrangere, non plus la loi finissante dont il s'efforcerait de prolonger abusivement le regne mais la loi actuelle dont il prétend faire sortir ce qu'elle ne contient pas, dont il veut faire un usage illicite, a la fois contraire a son esprit et a l'ordre public ou aux bonnes moeurs, dont il abuse frauduleusement: c'est armé du texte méme de la loi qu'il entre en lutte avec elle et qu'il tente de la défigurer.' *Les moviles dans les actes juridiques du droit privé.* T. II. Pág. 225)."

De los términos de la demanda, así como de los conceptos de los abogados que fueron consultados por la Compañía interesada, y de la réplica del Gobierno y del señor Fiscal del Consejo de Estado, el punto

materia de la controversia puede concretarse así: ¿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 afirme 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 familias 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 demanden por fuera las familias de los empleados extranjeros que trabajen 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 gastado, 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, hubieran tenido que apelar al cambio extranjero para subvenir al sostenimiento de sus familias en el Exterior, *pagando naturalmente el impuesto de residentes.*

Pero dice el doctor Francisco de P. Pérez, en relación con el impuesto por concepto de sumas giradas sobre fondos existentes en el Exterior:

"Si se acepta que deben pagar un gravamen determinado los giros, mañana podría decirse, con lógica igual, que ese capital debe pagar el impuesto de patrimonio en Colombia. El absurdo de la conclusión condena la base del argumento."

Pero en este caso no es esa la base del argumento y por lo tanto no procede la conclusión, porque el giro saca de la circulación colombiana parte del sueldo de un empleado que trabaja en Colombia e impide así el acrecentamiento natural de las reservas. En una palabra, el trabajo desarrollado en Colombia equivale a una incorporación de riqueza, en tanto que el capital situado fuera de nuestras fronteras, no tiene por qué estimarse como un patrimonio que pudiera gravarse dentro de ellas.

Ni vale objetar que tal política equivale a gravar dos veces una misma cosa por una misma entidad, como lo sostiene el doctor Eduardo Vallejo en la consulta acompañada a la demanda, cuando dice:

"Ahora, si la Pato Consolidated Gold Dredging Limited pagó a sus empleados extranjeros con giros provenientes de las licencias que como a compañía minera le hubiera concedido el Control, tampoco pueden afectarse con el impuesto establecido para los residentes en el Exterior, porque ello implicaría gravar dos veces por el mismo concepto, desde que estas facilidades de cambio internacional, en la cuantía del 40% del valor de sus ventas de oro, se han otorgado, en primer lugar, sin

restricción alguna en cuanto a la manera como las compañías mineras hubieran de gastar ese cuarenta por ciento; y, en segundo lugar, como compensación del impuesto establecido sobre las mismas compañías mineras con el hecho de obligárseles a venderle al Banco de la República al cambio de 113% el 15% del valor de los giros o del producto de las exportaciones."

Esta objeción desaparece cuando se observa que en la diligencia practicada por el Consejero ponente, el doctor David Córdoba, vocero del señor Petterson, apoderado entonces de la Compañía, dejó la siguiente constancia:

"Que la Compañía cubrió esa parte de sueldos en los Estados Unidos con fondos de su propiedad existentes en bancos de los Estados Unidos, provenientes de préstamos obtenidos en el extranjero y con aportes de accionistas, pues los fondos provenientes de las exportaciones de capital autorizadas por la Junta de Control, con relación al 40% del valor del oro extraído por la Compañía fueron destinados a una cuenta distinta en el extranjero, que no se afectaba con estos pagos. Al efecto acompañó cartas relativas al modo de hacer los pagos de que se trata, las cuales fueron tomadas al azar de los archivos de la Compañía por el señor Consejero ponente, en las cuales se ve que tales pagos afectan una cuenta llamada número 2, mientras que la cuenta a la cual se llevan los capitales exportados en concepto del oro extraído van a una cuenta llamada número 1."

De otra parte, como lo anota el señor Fiscal, antes de conceder la autorización de exportación del 40%, es necesario comprobar la necesidad del giro, y entre esas necesidades no podría estar la de pagar empleados de la Compañía que trabajen en Colombia. Y en ningún caso puede sostenerse lo del doble gravamen, pues la obligación de vender al Banco de la República al cambio del 113% el 15% del valor de los giros o del producto de las exportaciones, tiene un carácter de gravamen general para todas las compañías mineras, en tanto que el impuesto de residentes sólo cobija a la Compañía o a los empleados cuando ellos voluntariamente se ponen bajo las fórmulas que reglamentan tal impuesto y por una u otra actividad apelan al cambio extranjero destinado a las familias de los mismos.

Por eso determinadas compañías petroleras que tenían proyectadas en Colombia, obras públicas de vasta trascendencia, con un gran sentido de cooperación, trajeron desde fines del año pasado, una suma aproximada de $ 4.000.000 de dólares que vinieron a aumentar nuestras reservas. Naturalmente estas compañías tendrán aquí dinero suficiente para el pago total de todo su personal; pero si a pesar de ello, necesitaren apelar al cambio internacional para el sostenimiento de familias de sus empleados en el Exterior, pagarán el impuesto de residentes, pues al traer la cantidad expresada al país, por cierto en momentos graves para nuestra economía, no pidieron ningún favor ni excepción por parte del Estado, seguramente porque estimaron justas las medidas de control que se han venido practicando.

Por eso, dentro de esta manera de interpretar la política del Estado en relación con los cambios internacionales, tampoco procede el distingo formulado en el curso del juicio, consistente en que el Decreto 804 dice que se tiene como giros para residentes los que se hicieren "para sostener individuos o familias nacionales o extranjeras," mientras que la declaración del comprador de la especie extranjera dice que "se destina a pagar sueldos o salarios del personal de la empresa." En efecto, en una u otra forma, el hecho indiscutible es que con la parte que reciben en el Exterior las familias de los empleados que aquí trabajan, necesariamente subvienen a sus necesidades y sostenimiento.

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. En efecto, el último Decreto, marcado con el número 236 de 1938, impone el permiso previo para toda operación de cambio, "el cual no se otorgará sino cuando tales operaciones se requieran para *fines económicamente necesarios*, entre los cuales se clasifican las remesas para atender a gastos de residentes colombianos o extranjeros en el Exterior o de familias de extranjeros que trabajen en el país." Estas operaciones están sometidas a los impuestos correspondientes, entre los cuales se destaca el marcado con la letra k, que dice:

"Remesas no sujetas al impuesto de residentes por una cantidad igual al 20% de los sueldos que devenguen en el país los extranjeros que trabajen al servicio de entidades o establecimientos públicos o de empresas industriales, mineras o agrícolas."

Bastan estas razones, en concepto del Consejo de Estado, para fallar, como en efecto falla, que no hay lugar a anular la Resolución número 156, de 5 de septiembre de 1936, proferida por el Ministerio de Hacienda, lo que hace esta corporación administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

El papel común será revalidado de acuerdo con lo prescrito por el artículo 351 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Elías Abal Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Con salvamento de voto, *Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

No se arguya que, al sacar de Colombia parte del sueldo de un obrero extranjero, se sustrae de la circulación nacional dinero ganado mediante trabajo ejecutado en el país, porque con la misma lógica podría sostenerse que, estando destinados al trabajo en Colombia capitales que una compañía tiene reservados para ese objeto en el Exterior, éstos pueden ser gravados con el que ahora se llama entre nosotros impuesto sobre el capital o con el impuesto sobre la renta.

Con el debido acatamiento me separo de la mayoría de la Sala y salvo mi voto por las siguientes razones:

Aparece demostrado en el expediente que la Pato Consolidated Gold Dredging Limited, al traer a Colombia una parte de su capital, destinado a las empresas mineras que inició en el Departamento de Antioquia, tuvo el cuidado de reservar, en la ciudad de Nueva York, de los Estados Unidos de América, un fondo formado por depósitos de accionistas, por préstamos obtenidos en bancos y casas bancarias de ese país, y por otros conceptos de la misma índole.

Aparece también que la Compañía ha dado estricto cumplimiento a todas las disposiciones legales y administrativas que rigen en el país y que se rozan con las actividades que viene desarrollando en la industria minera colombiana.

Convencida, seguramente, de la licitud de operaciones consistentes en traspasar algunas sumas de dinero que ciertos empleados u obreros que con ella trabajan en el país, destinaban a sus familias, residentes en los Estados Unidos de América, expedía órdenes contra los directores de la Empresa en Nueva York, para que ellos, a su turno, las cubrieran a las mencionadas personas, con los fondos en reserva de que ya se habló.

Enterada la Junta de Control de Cambios ocasionalmente, de aquel género de traspasos, dictó la Resolución de que habla la sentencia. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público la confirmó en todas sus partes, de tal suerte que por virtud del fallo del Consejo, la Compañía debe proceder a consignar en la Administración de Hacienda Nacional el 20% de la suma de $ 82.022.64, que la misma Compañía ha entregado a miembros de las familias de empleados y obreros que trabajan en Colombia bajo la dependencia de aquélla.

Trátase, pues, de saber si esos traspasos de fondos deben pagar o nó el llamado impuesto de residentes.

La resolución ministerial acusada, transcrita en la sentencia, dice así:

"..... ....

"4º El Decreto número 280 de 1932 gravó con un impuesto los giros destinados a residentes en el Exterior. El Decreto número 804 del mismo año definió el concepto de *residentes* así:

"Para los efectos de este artículo, se tendrán como giros para residentes todos aquellos que se hicieren para sostener individuos o familias nacionales o extranjeros, inclusive gastos de viaje y pasajes, con fondos existentes en Colombia."

De donde se deduce que están sometidos al gravamen los giros que se efectúen con fondos existentes en el país.

Y es lo natural, si se considera que el impuesto se creó como carga para los colombianos que en situación aflictiva para la Hacienda Nacional, preferían residir en el Exterior, a venir a correr con sus compatriotas los riesgos de la calamidad que por entonces afligía a la República.

Pero es así que los fondos sobre los cuales hacía la Compañía determinados traspasos, con los fines ya indicados, no salían de Colombia, sino que estaban destinados a mover las empresas mineras de la Pato, y se hallaban en depósitos en Nueva York, luego el impuesto de residentes, creado para gravar dineros que salían de Colombia, con destino a colombianos que no se restituían a la Patria en aquellas circunstancias, no puede recaer sobre fondos depositados en el Exterior y formados como queda dicho.

Y no se arguya que disposición legal posterior al decreto que creó el gravamen de que se viene hablando, suprimió la condición de que el impuesto de residentes no requería que los giros se hiciesen con fondos existentes en Colombia.

La naturaleza de las cosas no se altera por disposiciones legales o simplemente administrativas. El impuesto de residentes tiene, a la luz de las disposiciones sobre control, una determinada naturaleza inalterable, mientras persiga el objeto y fin que ya se han indicado.

En términos precisos planteó esta cuestión el apoderado de la Compañía en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al impugnar la resolución de ese Despacho, objeto de la sentencia.

Se le contestó, entre otras cosas, lo siguiente:

"7º El apelante pierde de vista que las disposiciones del Control no se pueden interpretar aisladamente porque todas ellas constituyen las diferentes regulaciones de un todo o norma suprema, destinado a impedir que nadie en Colombia tenga libertad absoluta para efectuar operaciones relacionadas con los cambios internacionales."

Está por averiguar si son cambios internacionales las operaciones realizadas por la Compañía en la forma y términos ya expresados.

No se acreditó en el expediente que los empleados u obreros de la Pato, endosaran las respectivas cartas u órdenes de traspaso a otras personas, ni las negociaran en el país o en el Exterior, ni las vendieran a introductores de mercancías al territorio colombiano. Tampoco se comprobó que la Compañía ejerciera en las plazas de sus actividades, o en otras de intenso movimiento comercial, el oficio de agente de cambio. Lo único establecido por confesión de ella misma, es que con fondos no provenientes de Colombia atendía al pago de cierta parte de la soldada de empleados y obreros destinada por ellos al sostenimiento de sus familias en el Exterior, seguramente en cumplimiento de contratos que allá, como aquí, se someten a la regla universal que determina en dónde debe hacerse el pago de los servicios materiales o intelectuales que se prestan.

Ni se arguya que al sacar de Colombia parte del sueldo de un obrero extranjero, con el destino indicado, se sustraiga de la circulación nacional dinero ganado mediante trabajo ejecutado en el país, porque con la misma lógica podría sostenerse que estando destinados al trabajo en Colombia los capitales que la Compañía tiene reservados en Nueva York, éstos pueden ser gravados con el que ahora se llama entre nosotros impuesto sobre el capital, o con el impuesto sobre la renta, v. g.

A esos absurdos económicos y fiscales conduce la violación de los preceptos básicos que rigen los dominios de esta ciencia, los cuales, por otra parte, no son sino los principios de las leyes naturales rectamente aplicados a los fenómenos de la creación y circulación de la riqueza entre las distintas naciones.

Hé aquí por qué todas las barreras artificiales colocadas para impedir el libre juego de las leyes económicas, están llamadas a desaparecer a medida que sus resultados inmediatos, hagan patente la magnitud del mal que ocasiona el contrariarlas sistemáticamente. Por eso es cada vez más estruendoso el fracaso de lo que se dio en la flor de llamar la economía dirigida, que es, en síntesis, el control de los cambios, que forzosamente conduce al control de las importaciones, a la guerra de aduanas, al nacionalismo, en fin, teoria que lleva a sus mantenedores hacia el error de desconocer que el globo que habitamos es un todo económico, de una solidaridad indivisible.

Por eso concluye la resolución ministerial, y con ella la sentencia, en el sentido de establecer que "las disposiciones del Control no se pueden interpretar aisladamente porque todas ellas constituyen las diferentes regulaciones de un todo o norma suprema destinado a impedir que nadie en Colombia tenga libertad absoluta para efectuar operaciones relacionadas con los cambios internacionales."

Arriba se vio lo que se grava con el impuesto de residentes. No es el contrato de simple cambio, pues éste ya estaba gravado con el respectivo impuesto, que se cobra en timbres; lo que venía a gravarse entonces, es la emigración de un capital situado en el país, y que no puede salir de él sin pagar un impuesto.

Pero la Compañía no ha exportado capitales para verificar los pagos de que se trata, luego no ha causado el impuesto llamado de residentes.

Que todo esto, según afirma la sentencia, puede conducir a verdaderas injusticias, como la que se trata de hacer resaltar en los ejemplos que se han señalado, es evidente.

Pero ello demuestra lo ineficaz del procedimiento consistente en levantar barreras artificiales al libre juego de las leyes económicas.

Impedir, con decretos y con leyes, la salida del oro de un país, en la creencia de que ese metal es la única representación de la riqueza de las naciones, va resultando al cabo, una grande ilusión. Lo que se bautizó con el nombre de bolsa negra en los paises que aceptaron e impusieron el control de los cambios, es la mejor demostración de la verdad que dejamos enunciada.

Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Prueba del acto acusado

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Practicadas en la primera instancia todas las pruebas que solicitó el actor en el término que señala la Ley 96 de 1920, no puede tenerse en cuenta en la segunda instancia la copia auténtica del acto acusado, traída después de que en el fallo recurrido se señaló su omisión.

No existiendo en la segunda instancia término probatorio, el Consejo de Estado sólo puede considerar las pruebas pedidas, practicadas y agregadas oportunamente.

Consejo de Estado—Bogotá, abril cinco de mil novecientos treinta y ocho.

El 30 de abril de 1937, el señor Luis Enrique Zambrano, solicitó del Tribunal Administrativo de Tunja se declarara "nulo y sin valor jurídico el acto del Consejo Electoral del Departamento, mediante el cual se declaró elegido Diputado por el Circulo Electoral del Centro al señor Carlos Bermúdez, y se ordenara la adición de los votos obtenidos por el expresado señor, al candidato que le precedió en mayor número de votos a la lista que se declaró electa por la mencionada entidad."

El actor basó su demanda en el hecho de que el nombrado señor Bermúdez, desempeñaba 18 días antes de las elecciones, el cargo de Recaudador de Rentas del Municipio de Ráquira, donde obtuvo 1.879 sufragios; y adujo como razones de derecho las disposiciones contenidas en los artículos 183 y 216 del Código de Elecciones, y en la Ordenanza 23 de 1929 del Departamento de Boyacá, que en su artículo 10 revistió a los Recaudadores de jurisdicción coactiva.

El Tribunal *a quo*, negó las peticiones de la demanda porque no se había allegado al expediente copia del acto acusado, y en su sentir, "el Tribunal no podía entrar a calificar un acto cuya existencia no aparece demostrada en el informativo."

El actor apeló de la sentencia referida, motivo por el cual, vino el negocio al Consejo de Estado, donde, agotada la tramitación respectiva y no observándose ninguna causal de nulidad, se procede a dictar el fallo definitivo mediante las siguientes consideraciones:

El presente negocio se concreta a decidir si puede el Consejo entrar a estudiar la cuestión fundamental sobre el problema de la jurisdicción y la consiguiente nulidad del acta de escrutinio que favorezca a la persona que la haya ejercido, cuando dicha acta no ha sido llevada oportunamente a los autos.

Sobre tal cuestión ha sido constante la jurisprudencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado en el sentido de negar toda realidad jurídica a la controversia, cuando no se trae al expediente el acto materia de acusación. Sobre el particular esta corporación reprodujo los razonamientos contenidos en el fallo de fecha 13 de octubre de 1936, al confirmar la sentencia de agosto 10 del mismo año, del Tribunal Administrativo de Bogotá, que decidió en forma adversa las

pretensiones de la respectiva demanda, "en fuerza de que en el proceso brilla por su ausencia el acta de escrutinio acusada," documento sin el cual, dice, no puede hacerse la declaración de nulidad pedida. Dijo entonces el Consejo:

"Los escrutinios verificados el día 9 de febrero último, por el Jurado Electoral de Machetá, constituyen la sujeta materia del presente juicio, y sin embargo de ser esto así, al expediente no se trajo en forma alguna el documento cuya nulidad se pide.

"El doctor Castañeda Morales se empeña con vehemencia en sostener que la falta anotada no impide que prospere su tesis, argumentando, en resumen, que las pruebas aducidas establecen plenamente que en los escrutinios acusados se incidió en error, falsedad y adulteración. Pero, no teniéndose sobre la mesa el documento contentivo del escrutinio, mal puede el juzgador declarar que adolece de los vicios apuntados.

"La jurisprudencia ha sido general y uniforme en negar las demandas contenciosas o electorales, cuando no se trae al expediente el acto acusado; porque siendo éste, como se insinuó arriba, lo que constituye el cuerpo del acto en tela de juicio, en su ausencia, falta el elemento de hecho que le dé realidad a la controversia.

"La parte motiva de un fallo, lógicamente debe ir encaminada a declarar el derecho que surja de los hechos establecidos; las disertaciones que no persigan aquella finalidad son inoportunas; por eso dice el artículo 471 del Código Judicial que la sentencia expresará las razones que constituyan los fundamentos de la decisión. Y como se ha visto, en este expediente, por omisión del actor, falta el escrutinio acusado, cuya ausencia pone un obstáculo insuperable para que pueda prosperar la demanda. (Sentencia de 15 de diciembre de 1936)."

Y no se diga que el documento echado de menos por el Tribunal, fue traído en la segunda instancia por el actor. La Ley 96 de 1920 señala el procedimiento a que deben sujetarse los negocios electorales. En ella se establece, que esta clase de juicios se abrirán a prueba por un término de diez días, en la primera instancia, cuando haya hechos qué probar y las partes lo soliciten. Esta disposición fue aplicada al presente asunto, habiéndose, por lo tanto, practicado en dicho tiempo, todas las pruebas que solicitó el actor, quien bien hubiera podido allegar entonces, la copia traída aquí, después de que en el fallo materia del recurso, se señaló tal omisión.

Por lo que respecta a la segunda instancia, como anota el señor Fiscal del Consejo, "no pueden tenerse en cuenta las pruebas aducidas por el actor, entre las cuales, como se dijo, figura la copia auténtica del acto acusado." No existiendo en la segunda instancia término probatorio, el Consejo de Estado solamente puede considerar las pruebas practicadas y agregadas oportunamente, cuando ellas han sido pedidas en tiempo. (Código Judicial, artículo 598).

Es, por lo tanto, inútil, entrar en disquisiciones sobre el tema de la jurisdicción, ya que la omisión anotada impone la confirmación del fallo apelado.

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

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Responsabilidad de los pagadores

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Ni en el artículo 1° del Decreto número 420, del 3 de marzo de 1936, ni en los de la Ley 13 de 1935, que dicho decreto reglamenta, existe mandato que imponga a un Pagador la obligación de exigir la exhibición del contrato, cuando se trata, por ejemplo, de la adquisición de materiales para una obra, si las cuentas que presenta el acreedor o vendedor están debidamente legalizadas, refrendadas por la Contraloría General de la República y aprobadas por el funcionario que autoriza el gasto. En estas circunstancias la glosa carece de fundamento.

Consejo de Estado—Bogotá, abril siete de mil novecientos treinta y ocho.

Por auto número 3540, de 5 de noviembre de 1937, la Contraloría General de la República feneció la cuenta de la Administración de Hacienda Nacional del Meta, correspondiente al mes de diciembre de 1936, con un alcance por la suma de $ 9.641.45, a cargo del responsable señor Isaac Arbeláez.

De dicho auto, y por medio del memorial del 4 de diciembre siguiente, el interesado interpuso apelación, la que le fue concedida por providencia número 1191, del 27 del mismo.

Cumplidas como están las formalidades propias de esta clase de juicios, se procede a fallar lo que sea conforme a derecho.

De los cargos deducidos en el aviso oficial de observaciones, la Contraloria mantuvo los cuatro siguientes:

El primero, por $ 0.21, por concepto de intereses de mora en el pago del impuesto sobre la renta, a cargo del contribuyente señor Fabio Barney, según registro de 1935.

El segundo, por exceso en las apropiaciones correspondientes al capítulo 31, artículo 129 del presupuesto del Ministerio de Hacienda, por valor de $ 9.80.

El tercero, por exceso en los gastos hechos en la adquisición de víveres y pago de jornales con imputación al capítulo 36, artículo 166 del presupuesto del Ministerio de Guerra, por valor de $ 11.44.

Y el cuarto, por haber hecho el responsable gastos por la suma de $ 9.620 en pagos a José Ignacio Torres, de acuerdo con los comprobantes que en seguida se enumeran, sin haber exigido el contrato correspondiente:

1936. Noviembre 8. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno ..... $	780.00
1936. Noviembre 8. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	780.00
1936. Noviembre 10. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	780.00
1936. Noviembre 16. Valor de 20 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	520.00
1936. Noviembre 16. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	780.00
1936. Noviembre 20. Valor de 35 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	910.00
1936. Noviembre 21. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	780.00
1936. Noviembre 22. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	780.00
1936. Noviembre 22. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	780.00
1936. Noviembre 25. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	780.00
1936. Noviembre 28. Valor de 30 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	780.00
1936. Noviembre 28. Valor de 22 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	572.00
1936. Noviembre 29. Valor de 23 metros de tubos acueducto, a $ 26 cada uno	598.00
Total ..... $	9.620.00

En tres causas fundamentó la Contraloria esta glosa:

a) Porque el responsable efectuó los pagos sin exigir el contrato escrito, de que trata el Decreto número 427 de 1936, reglamentario de la Ley 13 de 1935;

b) Porque cuando se trata de adquisiciones de un mismo artículo y su valor pasa de $ 1.000, la citada Ley 13 ordena que se abra licitación pública para el suministro de dicho artículo, y

c) Porque además de las deficiencias anotadas en los dos numerales anteriores, en la investigación especial de que fueron objeto tales gastos, se comprobó que los tubos fueron fabricados en muchos casos por los mismos obreros que figuran en las listas de jornales, con materiales adquiridos por conducto del Ministerio de Guerra y transportados en vehículos oficiales, siendo por tanto su costo inferior al que cubrió el responsable, no sólo por esas circunstancias sino porque el precio fijado era escandaloso y se disculpó por cotizaciones simuladas y maniobras fraudulentas.

El responsable de la cuenta, al contestar este último cargo y, tal como fue formulado en el aviso oficial de observaciones, dijo lo siguiente:

"Esta Administración no sabía ni podía saber si la tubería de cemento se compró para una sola y determinada obra en el campo de aterrizaje de Apiay, ni si previamente se tenía conocimiento de la cantidad de tubos que se necesitaran, de manera que mal podría exigir contrato y que éste se citara. Las cuentas se fueron pagando a medida que fueron presentadas y ninguna de ellas vale $ 1.000. En esta población no hay ni ha habido fábricas de tubos de cemento, de suerte que tampoco había con quién contratar, y precisamente el hecho de cobrarse los tubos en la forma en que se hizo indica que en esto no hubo prevención ni mala fe de ninguna clase.

"Seguramente en la obra de Apiay faltó vigilancia, pero esa no la podía ejercer legal ni materialmente el suscrito.

"He seguido paso a paso y con el interés que despierta en todo ciudadano el proceso Plinio Mendoza, y tengo conocimiento de que el Congreso lo declaró libre de toda culpa. También el Juzgado Superior y el Tribunal declararon libre de toda culpa al ingeniero de la obra, y a quien suministró los tubos.

"..... ....

"Cualquiera que examine los hechos de Apiay puede garantizar que de cuantos intervinieron en ellos el único libre de toda mancha es el Administrador de Hacienda del Meta, que procedía con absoluta buena fe y con la mira de facilitarle al Gobierno la construcción de obras que él estimaba de absoluta urgencia....."

A lo anterior replica el Contralor:

"La falta de contrato, o mejor, el esguince que se le hizo a la disposición legal para no ajustarse a sus moldes y poder en esa forma esquivar en gran parte la vigilancia fiscal de las inversiones, es una cuestión que no puede escudarse en la necesidad de acelerar vertiginosamente la obra. La Cámara de Representantes calificó esto de irregularidades administrativas, y los efectos perjudiciales para el Tesoro Público defraudado que tuvo la omisión de los requisitos legales están demostrados ampliamente.

"La no existencia de contrato escrito para efectuar los pagos y la tolerancia de esa informalidad por parte del Pagador, es lo que se llama responsabilidad fiscal, que se ventila en juicio de cuentas, independientemente de la administrativa y de la causa criminal que se instaura contra el empleado de manejo, o como ocurrió en este caso, contra el ingeniero y el contratista de la obra.

"Que el Juez Superior y el Tribunal de Cundinamarca, según afirma el responsable, y no consta en este Despacho, absolvieron al ingeniero y al contratista, porque las pruebas del delito que se les imputaba no fueron suficientes para producir un fallo condenatorio, es cosa que no puede hacerse valer en juicio de cuentas, por exótica y por la naturaleza de los respectivos cargos. En el primero, causa criminal, se pone en claro, según el mérito y valor legal de las pruebas, el grado de responsabilidad por alzamiento o malversación de caudales públicos, al paso que en el segundo, que tiende a hacer efectiva la restitución al Tesoro de los fondos o valores desfalcados o perdidos, cuando de ello se trata, se deduce responsabilidad contra el funcionario pagador que habiendo podido evitarle pérdida al Fisco, no la evitó y antes bien la consintió con su silencio y su notoria aquiescencia a esa clase de pagos ilegales.

"La investigación especial adelantada con motivo de los ruidosos sucesos de Apiay comprobó el sobrecosto o precio excesivo y escandaloso de los tubos, debido indiscutiblemente a la deliberada pretermisión del contrato escrito, o de la licitación pública, sabida y consentida, como está dicho, por el responsable.

"Todo lo dicho conduce lógicamente a la conclusión de que el señor Arbeláez tiene gran parte en la responsabilidad nacida de los hechos controvertidos, y que la tiene toda en lo que hace relación al ramo fiscal en cuya órbita actuaba en su calidad de Administrador de Hacienda Nacional del Meta."

El doctor Federico A. Daza, apoderado del responsable, en alegato presentado ante este Consejo, sustenta el recurso interpuesto por su mandante y combate en particular este último cargo así:

"De lo transcrito se ve claramente que el alcance no proviene de falta de 'comprobantes,' ni del hecho de haberse verificado el gasto sin la *orden* competente y suficiente, ni menos de la falta de apropiación presupuestal, sino únicamente de la circunstancia de no haberse cumplido con una *formalidad* establecida por la ley y su reglamento.

"De donde surge la necesidad de averiguar primero, si la pretermisión de tal formalidad (contrato escrito sobre construcción del aeródromo de Apiay) comporta jurídicamente y en estricta justicia la sanción del alcance en contra del empleado pagador, y segundo, si deducido definitivamente el alcance y obligado el pagador a reintegrar al Tesoro Nacional el valor de él, es justo y jurídico que la Nación se *quede* también con los *tubos* de marras.

"Aun aceptado que el gasto en referencia fue hecho sin la formalidad del contrato escrito prescrita por la Ley 13 en cita, es entonces de aplicación el artículo 38 del Decreto-Ley número 911 de 1932, que dice:

'El Contralor General podrá aprobar cuentas rendidas para su examen, en las que se hallen errores o diferencias que no pasen de $ 20 por cada una, *o en las que figuren gastos hechos sin haberse cumplido con todas las formalidades establecidas por la ley,* cuando a su juicio convenga más a los intereses nacionales aprobarlas en la forma en que hayan sido rendidas.'

"Sobre la aplicabilidad y alcance de esta disposición el honorable Consejo de Estado ha sentado lo siguiente con sobra de razón:

'Y si conforme al artículo transcrito, el Contralor General puede aprobar aquellas cuentas en que figuren gastos hechos sin haberse cumplido con todas las formalidades establecidas por la ley, porque así convenga a los intereses nacionales, bien puede el Consejo de Estado hacer *extensiva para sí la atribución* conferida al funcionario de primera instancia, ya que así lo indican la armonía procesal y claros principios de hermenéutica jurídica. Esta ha sido la doctrina del Consejo en numerosos fallos.' *(Anales del Consejo de Estado,* números 219 a 221, pág. 239).

"Los $ 9.620 del alcance cuestionado fueron gastados en el pago de la construcción de una obra nacional que la Nación debía, y por consiguiente, se libró a ésta de una obligación a su cargo. No hay ninguna razón de justicia para que la suma mencionada se deje como alcance en contra del señor Arbeláez....."

Ahora bien: como la razón fundamental del alcance, según se deduce del contexto del auto recurrido y del alegato del personero del responsable y por lo que hace a la suma mayor del alcance, o sea a la de $ 9.620, es la de no haber exigido aquél el contrato escrito sobre compra de los tubos a que se refieren los comprobantes enumerados en la glosa, es el caso de estudiar en primer lugar este punto a la luz de las disposiciones legales y de la doctrina sentada por esta corporación en casos similares.

Efectivamente, el artículo 1º del Decreto número 420, del 3 de marzo de 1936, dispone que los contratos cuyo valor sea menor de $ 1.000 sólo necesitan *para su validez* de la aprobación del Ministerio respectivo, y cuando el valor del contrato exceda de $ 500, se requiere además que conste por escrito, que reúna las formalidades exigidas por la ley; pero en ninguna parte de tal artículo ni en los de la Ley 13 de 1935, que dicho decreto reglamenta, existe mandato que imponga al Pagador la obligación de exigir la exhibición del contrato, por ejemplo, para la adquisición de materiales para una obra, si las cuentas que presenta el acreedor o vendedor, están debidamente legalizadas, refrendadas por la Contraloría y aprobadas por el Ministerio o funcionario que autoriza el gasto. Nótese que en el presente caso no se trata del Contador Pagador del mismo Ministerio sino de un Pagador delegado como lo es un Administrador de Hacienda que actúa fuera de la capital de la República y no tiene por tanto, a su mano, los mismos elementos de juicio que los Pagadores directos de los Ministerios.

Los requisitos que exigen tanto el Decreto 427 de 1936 como la Ley 13 de 1935, se refieren a la propia conformación jurídica de la respectiva convención, a los elementos de forma y de fondo esenciales y nece-

sarios para su existencia, de manera que obligue a las partes que intervienen en ella.

No encuentra el Consejo la disposición terminante que obligara al señor Arbeláez a pedir la exhibición de un contrato a propósito de órdenes de pago en las cuales no se aludía a ningún convenio, y que estaban por lo demás provistas de todos los requisitos formales. En este caso, conforme a la Ley 13 de 1935, era el Ministerio de Guerra quien ha debido hacer cumplir, en la adquisición de los tubos con destino al aeródromo de Apiay, las formalidades ordinarias: contrato escrito, licitación pública, etc., o aprobación del Presidente de la República.

El Consejo de Estado, en casos como el presente, en fuerza de su jurisdicción en segundo grado sobre los juicios de cuentas, y por consiguiente, con las mismas facultades que la Contraloría, entidad de primera instancia para resolver de los alcances y absolver a los responsables, ya que no se concibe juzgador *a quo* con mayores atribuciones para el conocimiento y fallo que el *Juez ad quem*, ha optado por relevar de toda responsabilidad fiscal al cuentadante.

Si los gastos hechos por el Administrador, lo fueron por órdenes del Ministerio de Guerra, y si con ello se libró a la Nación de una obligación en su contra, no parecería equitativo dejar esa suma a cargo del que hizo el pago en tales circunstancias. Si al verificarlo dejó de cumplir ciertas formalidades podría haberse hecho acreedor por falta de previsión o de cuidado, a una sanción, que en este caso concreto no podría consistir en el deber de reintegrar al Tesoro Público, lo que ha pagado en cumplimiento de obligaciones deducidas contra éste, pues que ello equivaldría a un enriquecimiento indebido por parte de la Nación, que además de haber utilizado en su beneficio los tubos de que se trata, recibiría por el mismo concepto las sumas que por ellos se pagaron.

En los juicios de cuentas, ha declarado esta entidad, se persigue mantener intacto el haber del Estado. Los alcances deben ser créditos que la Nación tiene contra un responsable. Demostrado que su Tesoro está intacto en su contenido, el defecto formal no autoriza a cobrar lo que no se le debe. (Sentencia del 7 de febrero de 1935, tomo XXVIII).

En cuanto al cargo de $ 0.21, por concepto de intereses de mora que a un contribuyente dejó de cobrar el responsable, el Consejo no tiene observación qué hacer respecto de su legalidad, ya que la disposición que se cita en la glosa, del artículo 127 del Decreto número 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78 de 1935, es procedente, a lo que se agrega que este cargo no ha sido materia del recurso, como se deduce del alegato del apoderado del interesado.

Por lo que respecta a las sumas de $ 11.44 y de $ 9.80, que obedecen a exceso en las apropiaciones en los capítulos y artículos que se dejaron ya relacionados en este fallo, fuera de que les es aplicable el artículo 38 del Decreto-Ley 911 de 1932, le resta mérito legal la circunstancia de que el balance financiero del Contralor General de la República correspondiente al año de la cuenta, o sea, de 1936, lejos de acusar erogaciones de más, indica un sobrante considerable (pág. 104), en el capítulo 36, artículo 166 del presupuesto de gastos del Ministerio de Guerra, lo mismo que en el capítulo 31, artículo 129 del presupuesto de gastos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

No habiendo sobrepasado la partida presupuestal apropiada para los gastos a que se contraen las glosas que constituyen las partidas mencionadas de $ 11.44 y de $ 9.80, estos cargos desaparecen por este concepto.

Así lo tiene aceptado la Contraloría en varias decisiones y así lo ha resuelto el Consejo, de que "cuando un empleado de manejo paga sumas mayores de las relacionadas en las respectivas órdenes de anticipo, viola

las disposiciones de la Resolución número 14 de 1928 y de la Circular número 4 de 1932, expedida por la Contraloría para reglamentar el control de las erogaciones de fondos públicos nacionales, con el fin exclusivo de evitar el exceso de gastos sobre las apropiaciones respectivas; pero cuando aparece, según el balance general del año, que los pagos imputables al artículo del Presupuesto a que los gastos se refieren, no fueron superiores a la suma presupuesta, la glosa queda sin fundamento, ya que no se afecta la sana política fiscal que la Contraloría persigue con sus disposiciones reglamentarias del control previo. (Providencia número 653, del 12 de diciembre de 1923).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma el auto de fenecimiento número 3540, del 5 de noviembre de 1937, dictado en la cuenta de la Administración de Hacienda Nacional del Meta, del mes de diciembre de 1936, en el sentido de reducir el alcance a la suma de veintiún centavos ($ 0.21), a cargo del responsable, señor Isaac Arbeláez.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Con salvamento de voto, *Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

El artículo 21 del Código Fiscal regula las adquisiciones de materiales para obras públicas, que sólo pueden hacerse mediante licitación..... Si se prescinde de la licitación en los casos de la ley, el contrato escrito con aprobación del Ministerio respectivo es indispensable para que el gasto se entienda legalmente hecho..... Sin ese contrato no hay, no puede haber, comprobante legal que justifique el gasto.

Como el fallo anterior es idéntico al dictado en el juicio de cuentas de la Administración de Hacienda Nacional del Meta, correspondiente al mes de diciembre de 1936, de la responsabilidad del señor Isaac Arbeláez, se reproduce en seguida el siguiente salvamento de voto:

"El artículo 21 del Código Fiscal regula las adquisiciones de materiales para obras públicas que sólo pueden hacerse mediante licitación.

"El decreto ejecutivo que el fenecimiento apelado invoca y las resoluciones de la Contraloría allí citadas, proferidas en desarrollo de una facultad legal reglamentaria, artículo 6º, Ley 42 de 1923, disponen que para las adquisiciones por sumas mayores de $ 500 debe celebrarse contrato escrito con aprobación del Ministerio respectivo. De modo que si se prescinde de la licitación en los casos de la ley, el contrato exigido es indispensable para que el gasto se entienda legalmente hecho. Y este no es simple requisito formal: es una exigencia que traduce fielmente el medio más eficaz para garantizar el buen suceso de la administración y el uso honesto que se haga de los dineros públicos. Quien prescinda de tal formalidad ha localizado un hecho irregular susceptible de análisis y de sanción.

"El Administrador Principal de Hacienda responde, al tenor de los reglamentos del control, de la legalidad de los comprobantes que se presenten para respaldar las erogaciones, artículo 3º, Resolución 196 de 1936. La firma del Auditor de la Contraloría sólo significa que el gasto tiene saldo en la apropiación respectiva pero no equivale a una calificación de la bondad del comprobante.

"Hay, pues, en el presente caso y para los gastos relacionados con las partidas glosadas verdadera falta de comprobantes en las erogaciones por tubos de cemento. Y el parangón que se hace entre este fenómeno y el que resulta de una omisión de reglamentos de contabilidad es inaceptable. Porque sin contrato aprobado por el Ministro, no hay, no puede haber, para obras públicas de la clase a que pertenece el aeródromo de Apiay, comprobante legal que lo justifique.

"A este resultado llega el suscrito de acuerdo con el señor Contralor General de la República y mediante un atento estudio del innegable fundamento legal que tienen las resoluciones de este instituto y de la obe-

diencia que le deben todos los cuentadantes. Que la responsabilidad se proyecte en primer término sobre el Ministro ordenador es cosa también sabida. Pero por la única fuente que ha venido a conocimiento del Consejo el hecho analizado la responsabilidad del Pagador se impone.

"Tan breves consideraciones resumen el pensamiento disidente del suscrito Consejero, quien rinde su tributo de respeto y acatamiento a la voluntad de la mayoría del Consejo."

Bogotá, abril nueve de mil novecientos treinta y ocho.

Pedro Martín Quiñones—Luis E. García V., Secretario.

Régimen del sistema tributario

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Los Departamentos no deben gravar artículos ya gravados por la Nación; los Municipios no deben gravar artículos ya gravados por los Departamentos, y a su vez, éstos no deben hacer objeto de impuestos, artículos que deben ser gravados con destino a los fondos municipales. Esta conclusión defiende automáticamente los tres Tesoros y organiza un sistema que, al consagrar su autonomía, conjura imposiciones ruinosas.

Consejo de Estado—Bogotá, junio quince de mil novecientos treinta y ocho.

El 3 de marzo de 1937, el señor Alberto R. Osorio, demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, la nulidad de los artículos 5º y 12 de la Ordenanza número 92 de 1936, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico. Fundó su acción en los artículos 58 del Acto legislativo número 3 de 1910, y 71 de la Ley 130 de 1913.

El Tribunal *a quo*, en auto que lleva fecha 20 de marzo de aquel año, negó la suspensión provisional solicitada por el actor en su libelo. Apelada oportunamente tal providencia para ante esta Superioridad, el Consejo de Estado la revocó y decretó la suspensión provisional.

Analizando a fondo la cuestión se halla lo siguiente: dicen así los artículos demandados:

"Artículo 5º Desde la promulgación de la presente ordenanza, restablécese el impuesto de sanidad sobre los espectáculos públicos, de cualquier naturaleza, el cual se fija en un 10% sobre el valor nominal de cada boleta o billete de entrada.

"Parágrafo. Este impuesto se destinará exclusivamente a la beneficencia y asistencia pública.

"Artículo 12. Esta ordenanza regirá desde su promulgación."

Agotada la tramitación de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Barranquilla, falló el negocio, negando las pretensiones del actor, por las razones que sintetiza la parte final de la sentencia.

El doctor José Antonio Archila, apoderado especial del Presidente de la Junta de Beneficencia del Atlántico, refuerza la tesis sostenida en la sentencia recurrida y relacionada con la acción privada, en términos que el Consejo no comparte por las razones que se expresan más adelante.

Dos cuestiones fundamentales plantea este negocio: la relacionada con la procedencia de la acción privada; y la referente a la legalidad o ilegalidad del acto acusado.

En primer término observa el Consejo que la sentencia materia del recurso, carece de lógica y de coherencia en su texto. El Tribunal *a quo*,

en la parte motiva del fallo aludido, reconoce que en estricto derecho la acción es mixta, y luégo en la resolutiva niega las peticiones del demandante, porque en su concepto "el impuesto en cuestión no ha sido establecido contra determinada entidad sino que fue creado contra todos los que asisten a espectáculos públicos." No armoniza, pues, el reconocimiento del carácter de la doble acción intentada con las conclusiones del fallo. Si en sentir del Tribunal *a quo*, la acción era mixta, ha debido estudiar el problema por uno y otro aspecto.

Sobre la acción propuesta opina la Fiscalía:

"Claro está que todo acto injuridico, inconstitucional o ilegal puede lesionar los derechos de los particulares sin que esto obste para quitarle a la acción pertinente su característica de pública.....

"..... ....

"Además, no debe perderse de vista para evitar lamentables confusiones, que hay actos administrativos que pueden acusarse en una u otra acción; en la pública, para conseguir una nulidad con efecto *erga omnes*, y en la privada, para conseguir el restablecimiento del derecho violado y la reintegración del patrimonio lesionado mediante el contencioso de plena jurisdicción. Así, el acto que establece un impuesto de carácter general puede acusarse por cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública prescindiendo de su carácter particular de contribuyente y con el único objeto de obtener una nulidad absoluta con efecto para todos; y puede asimismo invocarse el carácter de contribuyente lesionado en sus intereses, en la acción privada, para obtener como consecuencia de la nulidad la devolución de las sumas pagadas ilegalmente, mediante la aplicación del artículo 4º de la Ley 80 de 1935."

Claramente resalta en este caso el perjuicio general que sufren los empresarios de cine o de espectáculos públicos con la medida adoptada por la Asamblea del Atlántico en la Ordenanza número 92 de 1936. El hecho anotado de que el impuesto pueda repercutir sobre los espectadores no implica que no lesione directamente los intereses de los empresarios.

En efecto: aunque el empresario del teatro o del espectáculo pueda hacer recaer el impuesto sobre los espectadores, mediante aumento en el valor de las entradas, ello no lo libra del perjuicio consistente en la disminución de los espectadores, pues se observa que los mayores precios restringen las entradas.

Además, si se aceptara la tesis del Tribunal, los actos que establecen impuestos directos tampoco serían demandables en ejercicio de la acción privada, porque raro sería el caso en que por virtud del fenómeno de la incidencia no fueran traslados a terceros y cubiertos por ellos.

Demostrada, pues, la procedencia de la acción y reconocido además que tiene en realidad un carácter doble, se entra a analizar el artículo 5º de la Ordenanza número 92 de 1936, a la luz de los principios legales que rigen la materia de impuestos.

Al estatuir el artículo 7º, ordinal 1º, de la Ley 12 de 1932, que para atender al servicio de los bonos del empréstito patriótico se establecía:

"1º Un impuesto del diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase," quedó prohibido terminantemente a las Asambleas Departamentales gravar en lo sucesivo estos espectáculos, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 97 del Código Político y Municipal, que dice:

"Son funciones de las Asambleas..... 3º Establecer y organizar los impuestos que necesiten para atender a los gastos de la Administración Pública con arreglo al sistema tributario nacional, *pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación*, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley."

Ahora bien: el hecho de que en el texto de la ordenanza se hubiera empleado la fórmula de "restablécese un impuesto de sanidad," que hace alusión a un estado anterior, no modifica ni altera la cuestión; por sobre este modo de expresión, existe la realidad de un impuesto que la Asamblea pone en vigencia con posterioridad al gravamen nacional.

Así lo estimó esta corporación en el auto que suspendió provisionalmente la disposición acusada, mediante las siguientes razones:

"Aceptando el carácter denunciado de la acción como mixta, lo primero que ocurre averiguar, ya que en el acto analizado influye preponderantemente su generalidad, es lo relativo a la pugna manifiesta de la ordenanza con la ley o el sistema tributario en boga.

"Y en verdad surge esa pugna bien sustentada en la resolución ministerial transcrita, pues que habiendo la Ley 12 de 1932 gravado los espectáculos públicos a favor de la Nación, ya no pueden ellos ser materia propia de impuestos departamentales o municipales posteriores, como lo preceptúa el ordinal 3º del artículo 97 del Código Político y Municipal."

Se arguye que lo que está prohibido, es gravar artículos que sean materia de impuestos nacionales, pero que cuando los impuestos departamentales son anteriores a la ley que nacionalizó el impuesto, no rige la prohibición en referencia. A lo cual se observa, que no hay medio: o el impuesto departamental existía con anterioridad al gravamen nacional, o no regía en el Departamento. Si lo primero, no habría necesidad de dictar la ordenanza; si lo segundo, ésta es necesariamente nula por contraria a la ley. Pero se dice que aquí lo que se ha reformado únicamente es la tasa, puesto que el impuesto existía, a lo cual se contesta, que aunque la cita de las ordenanzas que establecieron tal impuesto en determinada época, no demuestra por sí la vigencia de tal disposición a la fecha de la última ordenanza, si de lo que se trataba era únicamente de modificar la tasa, ha debido determinarlo así el artículo, y no hablar del restablecimiento del impuesto de sanidad, como si en realidad no existiera. Pero aun dando por sentado que en épocas anteriores tuvo establecido el Departamento del Atlántico tal impuesto, es un hecho indiscutible que la disposición en estudio lo restablece o lo consolida, con una tasa distinta, después de una ley que gravó los mismos espectáculos a favor de la Nación. Y en estas circunstancias la disposición viola la ley, no sólo por el aspecto del doble gravamen, sino porque contraría el régimen del sistema tributario nacional. Así, conforme a éste, los Departamentos no deben gravar artículos ya gravados por la Nación; los Municipios no deben gravar artículos ya gravados por el Departamento, y a su vez éstos no deben hacer objeto de impuestos, artículos que deben ser gravados con destino a los fondos municipales. Esta conclusión defiende automáticamente los tres Tesoros, y organiza un sistema, que al consagrar su autonomía conjura imposiciones ruinosas.

En cuanto al artículo 12, es un hecho indiscutible que contraría el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, que establece que ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a regir sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o aumento. Pero como la ordenanza tiene disposiciones distintas de la del artículo materia fundamental de la acusación, es claro que respecto de esas otras disposiciones el citado artículo 12 acata el sistema legal fijado en el artículo 109 del Código Político y Municipal referente a la fecha desde la cual deben regir las ordenanzas, y por lo tanto sólo es contrario a la ley en lo relacionado con la vigencia del artículo creador del impuesto.

Por lo que hace a la determinación del restablecimiento del derecho violado, que consagra el artículo 4º de la Ley 80 de 1935, es indispensable observar: si como consecuencia de la acción privada procedería tal restablecimiento, únicamente en lo que respecta al demandante, al par

que como consecuencia de la acción ciudadana la anulación sí tiene un carácter general, no es el caso de ordenar aquel restablecimiento, por cuanto en concepto del Consejo no aparece en el proceso la prueba suficiente del perjuicio directo concretado en cantidades que fuera el caso de devolver, por la aplicación que se hubiera hecho del artículo acusado.

Por todo 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 materia del recurso, y en su lugar,

FALLA:

1º Es nulo el artículo 5º de la Ordenanza número 92 de 1936, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico.

2º Es nulo el artículo 12, pero únicamente en lo relacionado con la vigencia del artículo 5º, y legal por lo que hace a la fecha en que debían empezar a regir las demás disposiciones de la Ordenanza número 92 de 1936 de la Asamblea del Atlántico.

3º No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

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

Con salvamento de voto, *Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martin Quiñones*—Con salvamento de voto, *Elias Abad Mesa—Isaias Cepeda*—Con salvamento de voto, *Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
CARLOS LOZANO Y LOZANO

Si se aceptara que cada vez que la Nación establece un impuesto igual al existente en un Departamento, éste queda imposibilitado para cobrarlo, es claro que se anularía la facultad de imponer contribuciones que pertenece a las secciones, lo cual es inaceptable.

Expongo muy brevemente a continuación las razones de mi disentimiento respecto de los honorables colegas del Consejo de Estado que constituyeron la mayoría en el momento de votarse el proyecto de sentencia del señor doctor Peñaranda Arenas.

Tales razones son absolutamente sencillas y claras.

La base que tuvo el actor para iniciar su demanda fue la violación de derechos civiles, es decir, que se trataba de resolver sobre un caso de acción privada. Es obvio que para poder intentar un litigio de esta naturaleza, se requiere haber sido víctima de la conculcación de un derecho personal, y haber sufrido el perjuicio consiguiente.

Ahora bien: por ninguna parte aparece en el expediente la prueba de ese hecho fundamental. El impuesto establecido por la ordenanza acusada grava a los asistentes a los espectáculos públicos, y no a los empresarios de teatros. Se trata de una contribución que debe pagarse sobre el precio de cada boleta, y como son los particulares que ingresan a un lugar de recreación los que cubren el valor de las entradas, resulta evidente que son ellos los contribuyentes.

El señor Alberto R. Osorio no podía alegar violación de derecho alguno puesto que no le correspondía pagar el impuesto. Que a virtud de una costumbre que no tiene fundamento legal, los empresarios de espectáculos, prestando una especie de agencia oficiosa, compren generalmente las estampillas que deben adherirse a las boletas, las vendan en esa forma y recarguen al público la suma equivalente, no quiere decir en manera alguna que cubran el impuesto. Tan cierto es esto, que las personas beneficiadas con entradas de favor tienen que cancelar personalmente la tasa de la contribución.

Ahora bien: por las mismas razones que acaban de ser expuestas, tampoco es ilegal la ordenanza acusada, suponiendo que lo hubiera sido en acción pública. Siendo el impuesto sobre las boletas enteramente distinto del de espectáculos que corresponde a los empresarios, y siendo otra categoría de contribuyentes los que deben sufragarlo, resulta que no se ha gravado dos veces un mismo objeto o servicio. Fuera de que el impuesto establecido en el Atlántico lo fue con anterioridad a la Ley 12 de 1932, por lo cual no es aplicable a esta controversia el numeral 3º del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913. La Ordenanza número 92 de 1936 no hizo en efecto sino cambiar la cuantía o cuota del tributo, y no crear uno nuevo. Y si se aceptara que cada vez que la Nación establece un im-

puesto igual al existente en un Departamento éste queda imposibilitado para cobrarlo es claro que se anularía la facultad de imponer contribuciones que pertenece a las secciones, lo cual es inaceptable.

Por todos sus aspectos, cree por lo tanto el suscrito que carece de fundamento la demanda del doctor Osorio, y en consecuencia, estima que no ha debido prosperar.

Bogotá, junio 22 de 1938.

Carlos Lozano y Lozano—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores
RAMON MIRANDA Y ELIAS ABAD MESA

En su calidad de particular, o sea mediante el ejercicio de la acción privada, el actor suscitó una cuestión sobre el monto, distribución o asignación de un impuesto departamental, negocio del cual sólo podía conocer el respectivo Tribunal Administrativo, privativamente y en una sola instancia, al tenor de lo dispuesto en el aparte e) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, excepcionado únicamente respecto de asuntos municipales por el artículo 5° de la Ley 70 de 1913.

Adherimos al anterior salvamento y nos permitimos agregar las siguientes razones:

En su calidad de particular, o sea mediante el ejercicio de la acción privada, el señor Osorio suscitó una cuestión sobre el monto, distribución o asignación de un impuesto departamental, negocio del cual sólo podía conocer el Tribunal Administrativo de Barranquilla, privativamente y en una sola instancia, al tenor de lo dispuesto en el aparte e) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, excepcionado únicamente respecto de asuntos municipales por el artículo 5º de la Ley 70 de 1913.

El fallo reconoce de manera implícita, sin prueba alguna suficiente, la incidencia económica del impuesto, que difiere de la incidencia legal, o sea del hecho de recaer aquél, conforme a la Ley 12 de 1932, sobre los espectadores. Y no se diga que para demostrar aquélla bastan las planillas de gastos acompañadas a la demanda por el señor Osorio, porque ellas no fueron extendidas en papel competente (artículo 105 de la citada Ley 130), ni completadas por otros medios probatorios como para que hubiera podido resultar el pretendido perjuicio que la vigencia del acto acusado le infringía.

Ramón Miranda, Elías Abad Mesa, Luis E. García V., Secretario.

Impuesto de industria y comercio

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

El impuesto de industria y comercio debe estar informado en la más estricta proporcionalidad para que no destruya el legítimo derecho de los industriales a que no se restrinjan sus actividades por tasas ruinosas o fórmulas diferenciales, que contrarían las normas generales que deben prevalecer en los tributos.

Consejo de Estado—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos treinta y ocho.

Por auto de fecha 5 de abril del corriente año, el Tribunal Administrativo de Medellín suspendió las providencias dictadas por el Concejo Municipal de aquel Distrito, en los días 8 y 9 de septiembre de 1937, por medio de las cuales, se clasificó el impuesto que la Tropical Oil Company debe pagar por expendio de gasolina y artículos varios en la carrera 55-44 y 51-57.

El Tribunal *a quo,* fundó el decreto de suspensión en la circunstancia de que el actor acompañó a la demanda dos declaraciones, con las cuales trató de establecerse que la citada sociedad es acreedora del Municipio de Medellín por una suma que pasa de $ 20.000, y que desde que se estableció la clasificación, materia de la demanda, dicho Municipio suspendió el pago de las cantidades parciales que debía abonar a dicha cuenta, so pretexto de que la Tropical le debía el impuesto en referencia.

De dichas declaraciones deduce el Tribunal que la Tropical Oil Company ha comprobado el perjuicio en la forma establecida por el artículo 1º de la Ley 80 de 1935, porque en su concepto, las providencias demandadas son la causa directa de la suspensión del pago a la sociedad acreedora. Igualmente estimó el Tribunal la posible contradicción del impuesto referido con los términos de la Ley 37 de 1931 y el Decreto 1270 del mismo año.

Para resolver se considera:

No comparte el Consejo el concepto del Tribunal *a quo,* referente a que el perjuicio haya quedado establecido con los testimonios aludidos, pues los actos administrativos materia de la acusación, deben estudiarse en sí y no en relación con otras actividades o compromisos del Municipio de Medellín por cuentas pendientes entre dicho Municipio y la compañía demandante.

Lo que en este caso justifica la suspensión es la forma y cuantía del gravamen, que como es fácil observarlo, en la sesión del día 8 de septiembre fue puesto en la suma de $ 1.000, y en la sesión del día siguiente rebajado a $ 500, a pesar de lo cual tiene, *prima facie,* un carácter prohibitivo que puede producir grave perjuicio a la empresa obligada a satisfacerlo.

El Consejo ha venido observando cómo los Cabildos abusan del impuesto de industria y comercio, que debe estar informado en la más estricta proporcionalidad para que no destruya el legítimo derecho de los industriales a que no se restrinjan sus actividades por tasas ruinosas o fórmulas diferenciales, que contrarían las normas generales que deben prevalecer en los tributos. Al respecto, entre otras jurisprudencias, vale recordar la consignada en sentencia de fecha 26 de octubre de 1928. Dijo entonces el Consejo:

"Si la Constitución, como ocurre, ampara el derecho de propiedad y consagra la libertad de industrias; si prohibe la confiscación de bienes; si solamente tolera se tome la propiedad individual por vía de 'pena o apremio, o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes,' y si en acatamiento a estos principios o como natural consecuencia de los mismos, dispone que ninguna ley que establezca un monopolio no puede aplicarse antes de ser plenamente indemnizados todos cuantos resulten damnificados con dicha medida, es incuestionable que *cualesquiera impuestos o contribuciones que se establezcan en Colombia, deben necesariamente guardar proporción con el valor o rendimiento del objeto o industria gravados,* porque si el impuesto excede a sus rendimientos o no deja margen a ganancia alguna, lo que habrá será no un impuesto o contribución, sino una confiscación, o monopolio, en forma más o menos velada, a favor de la entidad que establece el gravamen. Quiere todo esto decir que los llamados impuestos prohibitivos no se toleran, sea cual fuere el disimulo con que se establezcan, por la Constitución de la República."

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado confirma el auto recurrido.

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martín Quiñones—Con salvamento de voto, *Elías Abad Mesa*—Con salvamento de voto, *Ramón Miranda—Isaías Cepeda—Ricardo Tirado Macías. Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

Consejeros, doctores
ELIAS ABAD MESA Y RAMON MIRANDA

Como razón principal de la demanda se alega la violación del artículo 13 de la Ley 37 de 1931, interpretado unánimemente por el Consejo de Estado en forma adversa a las peticiones del actor, o sea en el sentido de que las exenciones que tal disposición otorga no comprenden los expendios de gasolina, ni, en general, los impuestos de patente autorizados por el aparte f) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913.

Con todo respeto consignamos en seguida las razones de nuestro disentimiento a lo resuelto en el fallo precedente:

Para acreditar el perjuicio que la compañía demandante dice haber sufrido con el impuesto contra cuya asignación reclama, presenta dos declaraciones de testigos —que confirma ser *subordinados* suyos— tendientes a demostrar que el Municipio de Medellín le adeuda la cantidad de veinte mil pesos, hecho éste en un todo ajeno al problema que ha de decidirse. Además, las obligaciones de tal cuantía no se comprueban por ese medio.

Como razón principal de la demanda se alega la violación del artículo 13 de la Ley 37 de 1931, interpretado unánimemente por el Consejo, según dos sentencias del cinco (5) de abril último, en forma adversa a las peticiones del actor, o sea en el sentido de que las exenciones que tal disposición otorga no comprenden los expendios de gasolina, ni, en general, los impuestos de patente autorizados por el aparte f) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913.

La invocación que hace la demanda de un fallo del Tribunal de Medellín sobre materia más o menos semejante (con cita del artículo 473 del Código Judicial), carece de fundamento, puesto que se ha surtido una *segunda instancia* en negocio al cual le era concretamente aplicable la nueva doctrina referida.

No es adecuado, por último, afirmar la infracción del principio conforme al cual los impuestos no pueden ser confiscatorios o prohibitorios, con base en inferencias sin respaldo alguno. El actor no alegó ni demostró desproporción en el monto del tributo dado al volumen de sus actividades comerciales o por comparación con el que pesa sobre expendios de igual índole, etc. Ha debido, pues, revocarse el auto de primera instancia.

Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Luis E. García V., Secretario.

Inamovilidad de los maestros

Consejero ponente, doctor
GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

El escalafón nacional del magisterio, elaborado por el Gobierno en virtud de autorizaciones especiales, tiende al establecimiento de una carrera que ofrezca garantías y posibilidades de ascenso y mejoramiento a los individuos dedicados al magisterio. El acto que rompa esta norma merece la sanción de nulidad.

Consejo de Estado—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y ocho.

El doctor Luis Salas B., obrando como apoderado especial de Fernando Amorocho, Albertina Pedraza de Amorocho y Elvira Correa, demandó ante el Tribunal Administrativo de Manizales, el Decreto número 326 de 1937, dictado por la Gobernación de Caldas.

El demandante formuló las siguientes peticiones:

"Primera. Que es nulo, de nulidad absoluta, el Decreto número 326, de 3 de junio de 1937, dictado por el señor Gobernador del Departamento de Caldas, en su artículo 3º y en el 6º en cuanto dice:

'*Néstor Duque Llano,* seccional de la Escuela Urbana de Varones, en reemplazo de Fernando Amorocho, cuyo nombramiento se declara insubsistente."

"Lo mismo que la parte de este mismo artículo 6º, en donde dice:

'*Armenia.* Lucila Bernal, seccional de la Escuela Urbana de Niñas, en reemplazo de Albertina de Amorocho, cuyo nombramiento se declara insubsistente;' y

"Segunda. Como consecuencia de la declaratoria anterior, declaréis que el señor Fernando Amorocho, señora Albertina Pedraza de Amorocho y la señorita Elvira Correa, tienen derecho a continuar como maestras y maestro, respectivamente, de las secciones de la Escuela Urbana de Armenia, que desempeñaban hasta el día en que se verificó la destitución de que trata el decreto acusado en los puntos anotados y a que se les paguen sus sueldos como tales maestros sin solución de continuidad hasta el día en que sean legalmente retirados del magisterio, pago que debe hacerse de los fondos del Tesoro Departamental."

En derecho se fundó en las siguientes disposiciones: artículos 52, 54, 55, 111 de la Ley 130 de 1913, y demás leyes que la reforman y adicionan.

El Tribunal acogió en parte la tesis de la demanda y falló así:

"Primero. Es nulo el Decreto número trescientos veintiséis (326), de fecha 3 de junio de 1937, emanado de la Gobernación del Departamento de Caldas:

"a) En cuanto declara insubsistente el nombramiento de la maestra señora Albertina de Amorocho (artículos 3º y 6º) y nombra en su reemplazo a la señorita Lucila Bernal, seccional de la Escuela Urbana de Niñas de Armenia;

"b) En cuanto declara insubsistente el nombramiento del señor Fernando Amorocho (artículo 6º) y nombra en su reemplazo al señor Néstor Duque Llano, seccional de la Escuela Urbana de Varones de la misma ciudad, y

"c) No hay lugar a declarar la nulidad del artículo 3º en cuanto declara insubsistente el nombramiento de la señorita Elvira Correa.

"Segundo. Los señores Fernando Amorocho y Albertina de Amorocho tienen derecho a continuar como maestros seccionales de la Escuela Urbana de Armenia, puestos que desempeñaban hasta el día en que fueron destituidos por el decreto, motivo de esta demanda. Igualmente tienen derecho a que se les paguen sus sueldos como maestros de escuela en su respectiva categoría, sin solución de continuidad hasta el día en que sean legalmente retirados del magisterio. El pago debe hacerse de los fondos del Tesoro Departamental de Caldas, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

"Como en esta sentencia se decreta una obligación a cargo del Departamento, en virtud de lo dispuesto por los artículos 104 de la Ley 130 de 1913 y 508 del Código Judicial, consúltese con el superior."

Contra esta providencia apeló el señor Fiscal del Tribunal Superior, como también el actor en lo relacionado con la señorita Elvira Correa. Concedido el recurso vinieron los autos a esta Superioridad, la cual procede a dictar el fallo definitivo, mediante las siguientes consideraciones:

Por medio de los Decretos marcados con los números 901, de 4 de febrero; 1375, de 20 de agosto de 1935, y 321, de 25 de febrero de 1937, fueron nombrados maestros de escuela los señores Albertina de Amorocho, Fernando Amorocho y Elvira Correa, cargo que desempeñaron hasta el 3 de junio del año próximo pasado, en que sus nombramientos fueron declarados insubsistentes, por medio del Decreto número 326 de 1937, dictado por la Gobernación de Caldas.

Fernando y Albertina de Amorocho, según certificado expedido por el Director de Educación Pública de Caldas, "figuran en el escalafón nacional, clasificados en 2ª y 3ª categoría, respectivamente, lo que prueba que presentaron el examen exigido por el Ministerio, el 21 de diciembre de 1936;" respecto de la señorita Elvira Correa se certifica que la oficina de la Dirección no tiene conocimiento si está o nó inscrita en el escalafón. Igualmente obra en el expediente una certificación del Ministerio de Educación que confirma la expedida por la Secretaría de Educación de Caldas a que se acaba de hacer alusión.

Como se ve, de los maestros destituidos, dos estaban inscritos en el escalafón elaborado por el Gobierno en virtud de autorizaciones especiales, y que tiende al establecimiento de una carrera que ofrezca garantías y posibilidades de ascenso y mejoramiento a los individuos dedicados al magisterio. El escalafón se hizo con criterio de selección, y al efecto, los que forman parte de él, se sometieron a las condiciones determinadas por el Ministerio, entre las cuales figuraba un examen, que daba el índice de clasificación.

El problema, pues, en relación con los esposos Amorocho, radica en el hecho de que como maestros inscritos en el escalafón no podían ser removidos caprichosa y arbitrariamente, sino de acuerdo con las normas contenidas en el Decreto 1602 de 1936, que creó el escalafón nacional, fijó las bases para su formación y dio estabilidad y firmeza al cargo de maestro.

Al efecto, el artículo 9º de dicho estatuto, dice:

"Levantado el escalafón nacional del magisterio en la forma prescrita en este decreto, el Ministerio de Educación procederá según lo ordena la Ley 37 de 1935, a adoptarlo por medio de resolución, y un maestro sólo podrá ser cambiado, removido de su cargo o suspendido en el ejercicio de sus funciones por haber incurrido en alguna de las causales determinadas en el artículo anterior y además por incompetencia comprobada."

Y el artículo 8º reza:

"Los maestros que se hallen en los siguientes casos no podrán formar parte del escalafón: 1º El que haya sido condenado a pena aflictiva o haya perdido los derechos políticos. 2º El que adolezca de embriaguez consuetudinaria. 3º El que adolezca de vicio habitual. 4º El que viva en amancebamiento público. 5º El que observe conducta moral depravada. 6º El que adolezca de cualquiera de las enfermedades o defectos siguientes: tuberculosis, lepra, sífilis, demencias, neurosis o psicosis de cualquier índole que ella sea, defectos físicos notorios, voz bitonal o nasal, tartamudez y deficiencias graves de visión y audición, en los términos que el Ministerio de Educación determine."

Y aun más: el decreto que se comenta no se contentó con señalar los casos que justificaban la destitución de un maestro inscrito en el escalafón, sino que, expresamente estableció la obligación de comprobar plenamente los motivos. En este sentido estatuye el artículo 10:

"Los Gobernadores, para dar cumplimiento a lo prescrito en el artículo 3º de la Ley 37 de 1935, deberán tener en cuenta las disposiciones del presente decreto y no podrán remover a los maestros de escuela y a los Inspectores Provinciales de Instrucción Pública, sino por haber incurrido unos y otros en alguna de las causales señaladas y *previamente comprobadas.*"

De acuerdo con el texto citado, un Gobernador, sólo puede destituir un maestro de escuela o un Inspector Provincial, cuando se haya comprobado que dicho maestro o inspector ha incurrido en alguna de las causales determinadas en el artículo 8º Y cuando el Ejecutivo departamental procede en otra forma, es decir, no acata lo estatuido en la norma últimamente transcrita, y destituye maestros sin previa comprobación de las causales indicadas, está violando ostensiblemente la regla superior, su acto se sale de la esfera de sus atribuciones y amerita, por consiguiente, la sanción de nulidad.

En el caso en estudio, no aparecen los motivos que originaron el decreto acusado, ni se ha comprobado que los maestros destituidos habían incurrido en alguna de las causales señaladas en el Decreto 1602 de 1936. Antes, por el contrario, en el expediente obran declaraciones sobre la buena conducta, capacidad técnica, consagración, etc., de los maestros destituidos.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Manizales presentó ante esta corporación varios memoriales y documentos encaminados a establecer que el Gobierno Departamental sí obró de acuerdo con las disposiciones legales citadas, y pidió que se abriera a prueba el negocio. Esta solicitud fue negada porque de acuerdo con la Ley 130 de 1913, que señala el procedimiento contencioso-administrativo, en la segunda instancia no hay lugar a la práctica de pruebas. Respecto de los documentos presentados tampoco procede tenerlos en cuenta, ya que fueron traídos extemporáneamente a la segunda instancia, cuando han debido presentarse en la primera, durante el tiempo hábil para ello.

En estas circunstancias, el derecho de los señores Fernando Amorocho y Albertina Pedraza de Amorocho a ser restituídos en sus puestos

se desprende lógicamente de las disposiciones transcritas, no ofrece dudas y en consecuencia debe reconocerse.

No sucede lo propio con la señorita Elvira Correa porque no figurando en el escalafón no puede acogerse a las normas contenidas en el Decreto 1602 de 1936; y además, porque consta en el expediente que no es maestra graduada.

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

El papel común será revalidado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 351 del Código Judicial.

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

Carlos Lozano y Lozano—Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro Martin Quiñones—Elias Abad Mesa—Isaias Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macias—Luis E. García V., Secretario.

Impedimentos de los candidatos

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

La justicia se abre paso por entre la maraña de obstáculos que se han acumulado, y el Consejo de Estado cumple mejor su deber otorgando cabal fe a lo escrito en el expediente, que dando pábulo a las dudas sugeridas sobre la eficacia jurídica de éste.

El caso de uno de los candidatos queda exactamente comprendido dentro de la prohibición de que trata el artículo 22 del Acto legislativo número 3 de 1910, principio constitucional que desarrolla el artículo 215 de la Ley 85 de 1916. En cuanto a este candidato, es preciso declarar la nulidad del escrutinio y también la nulidad de la credencial expedida por el Consejo Electoral.

Por lo que atañe a otro de los candidatos, la materia está gobernada por el artículo 100 de la Constitución de 1886, 94 de la Codificación, según el cual se requieren más de veinticinco años de edad para ser elegido Representante al Congreso Nacional. Fue el mismo candidato quien se encargó de elaborar la prueba complementaria de su identificación, si es que ésta se hace indispensable ahora; prueba que surge nitidamente de su comparecencia al juicio donde precisamente se discutia su calidad de Representante.

En la elección de Representantes es causal de nulidad, conforme al artículo 187 del Código Electoral, el hecho de que los elegidos no reúnan las condiciones constitucionales. Luego la declaración de esta nulidad también se impone.

Consejo de Estado—Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos treinta y ocho.

El 2 de septiembre de 1937 fue recibido en la Oficina de Correos Nacionales de Bucaramanga, a cargo del empleado M. Villalobos Serpa, de manos del Secretario del Tribunal Administrativo de aquella ciudad, señor José M. Orduz D., y con destino al Secretario del Consejo de Estado, Bogotá, el pliego que se relacionó con el número 70, y que contiene el oficio número 113 del aquel Tribunal y los juicios electorales acumulados a que dicho oficio se refiere.

Dice la indicada nota remisoria:

"República de Colombia—Tribunal Administrativo Seccional de Bucaramanga—Secretaría—Número 113—Bucaramanga, septiembre 2 de 1937.

"Señor Secretario del honorable Consejo de Estado—Bogotá.

"Tengo el gusto de remitir a usted el juicio que contiene las demandas electorales acumuladas promovidas por los señores Jorge Arenas Buenahora, Florencio Galindo Echeverria y Luis Ernesto Puyana, sobre

nulidad de los votos y de la declaratoria de elección hecha a favor de los doctores Juan José Turbay y Andrés Ayala Muñoz, y del señor Arturo Regueros Peralta, para Representantes al Congreso, con motivo de las elecciones populares verificadas el día 4 de abril de 1937 por la Circunscripción Electoral de Bucaramanga.

"Se envía dicho juicio a esa Superioridad, en virtud de apelación interpuesta por los doctores Luis Ernesto Puyana, en su carácter de demandante; Rodolfo García García, como apoderado del demandado doctor Ayala Muñoz, y del señor Antonio Picón R., como apoderado del demandante señor Arenas Buenahora, contra el fallo proferido por este Tribunal, con fecha 6 de agosto último, apelación que fue concedida en el efecto suspensivo.

"Consta el expediente de ciento setenta y seis (176) fojas útiles.

"Soy de usted atento servidor,

"*José M. Orduz D.*, Secretario."

El expediente depositado en la Oficina de Correos no llegó a su destino; uno de los interesados, doctor Manuel Barrera Parra, dio conocimiento de la pérdida o extravío, en escrito de 22 de septiembre de 1937, que fue materia de la resolución del Consejo aprobada el 28 de los mismos, y en cuya virtud se ordenó al Tribunal:

"El doctor Manuel Barrera Parra solicita, en memorial del 22 de los corrientes, que esta entidad pida telegráficamente y a la mayor brevedad, del Tribunal Administrativo de Santander, el envío de la copia de la sentencia dictada por dicho Tribunal en los juicios electorales acumulados, promovidos por Jorge Arenas Buenahora, Florencio Galindo Echeverría, Luis Ernesto Puyana, sobre nulidad de las elecciones para Representantes en el Departamento, y copia de las respectivas demandas, de los autos interlocutorios y los demás documentos de que haya constancia en relación con el referido negocio. Su solicitud proviene de haber tenido conocimiento el memorialista de la pérdida del expediente remitido por el Tribunal para surtirse la apelación interpuesta por varios interesados. Comunica, además, el señor encargado del Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno (oficio número 3300, del 24 pasado), que el señor Procurador General de la Nación, en vista del denuncio en aquel sentido formulado por el doctor Barrera Parra, ordenó abrir la investigación criminal correspondiente, y para el efecto, se designó especialmente por el Ministerio al doctor Ricardo Montoya Pontón, Prefecto del Cuerpo Auxiliar del Poder (sic) Judicial, y se comunicó a uno de los Jueces de Instrucción de Bogotá para la práctica de algunas diligencias importantes.

"Por último, el señor Presidente del Tribunal Administrativo de Bucaramanga (oficio número 125 del 18 pasado), transcribe varios documentos relacionados con el oportuno envío al Consejo del expediente. Aunque la solicitud del doctor Barrera Parra no señala el objeto de la misma, debe entenderse que él, dada su intervención en esos juicios, persigue que el Consejo adopte las medidas legales a fin de que más tarde pueda surtirse la tramitación propia de la segunda instancia.

"De conformidad con el artículo 104 de la Ley 130 de 1913, las disposiciones del Código Judicial son aplicables a los juicios y actuaciones a cargo de los Tribunales de que trata dicha ley, en cuanto sean compatibles con su naturaleza y no se opongan a las especiales contenidas en ellas. A su vez, el artículo preliminar de la Ley 105 de 1931, dice:

'El Código Judicial regula las siguientes materias, en tres libros: Primero. Organización Judicial; Segundo. Procedimiento Civil, y Tercero.

Procedimiento Penal. Más concretamente, el artículo 203 del Código Judicial establece que a falta de otra regla general o especial todo vacío en el procedimiento debe llenarse según lo *dispuesto en este Código para casos análogos.*'

"De suerte, pues, que por analogía y a falta de normas en el Código Contencioso Administrativo sobre pérdida de un expediente, debe darse aplicación al artículo 2001 del Código Judicial, concebido en los siguientes términos:

'Es obligación del Juez o Tribunal que conozca en la instancia en que tenga lugar la pérdida de un proceso criminal practicar todas las diligencias indagatorias, no solamente para comprobar el hecho y sus autores, sino para descubrir el paradero del proceso; pero si pasados diez días no apareciere éste, dictará auto el Juez o Tribunal mandando reponer el proceso desde su principio, cualquiera que sea la instancia en que haya tenido lugar la pérdida.....'

"La primera instancia se surte desde que se inicia el juicio hasta que queda ejecutoriada la sentencia definitiva del inferior, o hasta que se remite el expediente al superior por apelación o consulta; y la segunda desde que se recibe por el superior el proceso hasta que se resuelva el recurso o la consulta (artículo 198 del Código Judicial). Contempla la anterior disposición un caso normal, es decir, párte del supuesto de que el expediente remitido se reciba por el superior. Pero, en presencia de lo acaecido, o sea de la pérdida del proceso una vez enviado por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga, resulta lógico considerar que la segunda instancia no ha podido comenzar a surtirse. El Consejo se encuentra en imposibilidad de reponer aquél por falta de elementos. Y de ahí que lo indicado sea encomendarle a dicho Tribunal el adelantamiento de las diligencias respectivas, para lo cual puede proceder más acertadamente en razón de su conocimiento de las distintas actuaciones y de contar con piezas, que, de seguro, le seguirán (sic) de guía en tal labor.

"Por lo cual tengo el honor de proponeros el siguiente proyecto de resolución:

"El Consejo de Estado, visto el anterior informe y en uso de sus atribuciones legales, resuelve:

"1º Excitar al Tribunal Administrativo de Bucaramanga que reponga el proceso surtido ante él sobre nulidad de elecciones para Representantes por el Departamento de Santander, según las demandas de los señores Jorge Arenas Buenahora, Florencio Galindo Echeverría y Luis Ernesto Puyana; 2º Pídase al señor Ministro de Correos y Telégrafos que se sirva informar sobre las diligencias llevadas a cabo para recuperar el expediente de que se trata; 3º Comuníquese el anterior informe al señor Procurador General de la Nación y al señor Ministro de Gobierno y hágase saber, por conducto de la Secretaría, al memorialista doctor Manuel Barrera Parra....."

Con encomiable diligencia fueron repuestas las piezas principales de este célebre proceso que persigue la nulidad de las credenciales de tres de los individuos que fueron escrutados y elegidos por la corporación electoral.

De los efectos que haya surtido la investigación del delito consumado con el expediente original nada sabe el Consejo; cree y espera confiado en la eficacia de aquel informativo y en el rigor de las sanciones aplicables.

Es lo cierto que, a pesar de las cavilaciones explicables del señor Fiscal, el proceso fue reconstruido en sus constitutivos esenciales y que el Consejo estima completos esos elementos para surtir sobre ellos, con plena jurisdicción y competencia, la segunda instancia a que en virtud de apelación regularmente concedida, vienen sometidos. Procede, pues, a decidir del mérito de la actuación primitiva.

La opuesta excepción de nulidad de lo actuado ahora no adviene en este momento, ni afecta en todo ni en parte la labor escrupulosa de reconstrucción que responde con toda fidelidad a los menesteres de la justicia administrativa, por el acopio de elementos incorporados a ella, de cuya autenticidad no se abriga duda fundada, ni hay demora en contemplar, analizar o rebatir labor alguna enderezada a redargüirlos de falsos. Nótese que la acción de uno de los interesados en mantener la validez de los actos que vienen sometidos a la secuela electoral en curso, se ha detenido en exigencias de ritualidad dilatorias, oportunamente rechazadas, y que sólo en el escrito final, somete a la consideración del Consejo la nulidad por incompetencia de jurisdicción, basado en el argumento de que el auto que otorga la apelación no aparece original, ni hay constancia expresa sobre quién o quiénes interpusieran recursos legales contra tal proveído, ni el efecto en que se otorgara. Empero, es suficiente, para desvanecer toda sospecha acerca de la existencia real del auto que concedió la apelación, del efecto en que ésta fuera concedida y de los nombres precisos de los recurrentes, la copia auténtica del estado, que aparece al folio 123, y que a la letra dice:

"*Estado.*—En los juicios electorales acumulados adelantados con motivo de las elecciones populares del 4 de abril de 1937 para Representantes al Congreso Nacional, por auto de fecha 26 del presente mes, se concedió en el efecto suspensivo y para ante el honorable Consejo de Estado, la apelación interpuesta por los doctores Luis Ernesto Puyana, Rodolfo García García, éste como apoderado del doctor Andrés Ayala Muñoz, y señor Antonio Picón, como apoderado del señor Jorge Arenas Buenahora, contra la sentencia proferida por este Tribunal, con fecha 6 del presente mes de agosto. Y para notificar dicho auto a las partes, se fija el presente estado en lugar público de la Secretaría, hoy, a las ocho de la mañana.

"Bucaramanga, agosto 28 de mil novecientos treinta y siete.

"El Secretario, *José M. Orduz D.*"

Si esto no fuera capaz de alejar ese estado de incertidumbre, habría que repetir la lectura del oficio remisorio del expediente y de la nota de recibo del encargado del correo.

Empero, a esta hora del debate, la justicia se abre paso por entre la maraña de obstáculos que se han acumulado, y el Consejo cumple mejor su deber otorgando cabal fe a lo escrito en este expediente, que dando pábulo a las dudas sugeridas sobre su eficacia jurídica.

Fue el señor Jorge Arenas Buenahora quien se alistó primero entre los denunciantes de hechos acusables contra el sufragio, cometidos en la Circunscripción de Santander durante el proceso electoral para Representantes al Congreso Nacional en abril de 1937.

Sindicó de nulos los registros de escrutinio de algunos Distritos Municipales en particular, y en general los escrutinios de todos los Jurados Electorales de la Circunscripción, en cuanto incluyeron y computaron votos emitidos a favor de personas determinadas: Juan José Turbay, Andrés Ayala Muñoz, Arturo Regueros Peralta. Su acusación, empero, fue bien desechada por el Tribunal precisamente porque quedó sin respaldo en los hechos, es decir, porque abandonó su elemental función probatoria y por eso lo declaró incurso en una multa, que el Consejo habrá de revocar porque no se destaca nitidamente la temeridad de su acusación.

El señor Florencio Galindo Echeverría pidió también en demanda separada la nulidad de la elección declarada por el Consejo Electoral de Santander el 24 de abril en favor de Andrés Ayala Muñoz, como primer

suplente para Representante a la Cámara por la indicada Circunscripción, en el período de 1937 a 1939; requirió la nulidad del respectivo escrutinio y la cancelación de la credencial. Don Luis Ernesto Puyana presentó demanda separada el 29 de abril con estos propósitos:

"Primero. Que son nulos y por tanto sin valor ni efecto los votos emitidos en las elecciones que se efectuaron el día cuatro de los corrientes a favor del doctor Juan José Turbay para Representante al Congreso en el período legal que comienza el veinte de julio venidero y como primer suplente del principal doctor Eduardo Santos. Segundo. Que es igualmente nula y sin valor ni efecto, la declaratoria de elección hecha por el Consejo Electoral Departamental en el acta de escrutinio efectuado el veinticuatro de los corrientes, a favor del nombrado doctor Turbay para Representante al Congreso en el período legal indicado y como primer suplente del principal doctor Eduardo Santos. Tercero. Que son nulos y sin valor ni efecto los votos emitidos, en las elecciones efectuadas el cuatro del presente, a favor del doctor Andrés Ayala Muñoz para Representante al Congreso en el período legal que empieza el veinte de julio próximo y como primer suplente del principal doctor Humberto Gómez Naranjo. Cuarto. Que es igualmente nula y sin valor ni efecto, la declaratoria de elección hecha por el Consejo Electoral Departamental en el acta de escrutinio efectuado el veinticuatro del presente a favor del doctor Ayala Muñoz nombrado para Representante al Congreso en el período legal que empieza el veinte de julio del presente año y como primer suplente del principal doctor Humberto Gómez Naranjo."

Dice el Tribunal refiriéndose a la labor probatoria de Galindo Echeverría:

"De autos aparecen demostrados de manera plena y completa los siguientes hechos: a) Por Acuerdo número veintiuno (21) de 1935 (10 de agosto) el honorable Tribunal Superior del Distrio Judicial de Bucaramanga nombró al doctor Andrés Ayala Muñoz, Juez 2º Superior de este Distrito Judicial para el período legal comprendido entre el 1º de septiembre de 1935 y el 30 de junio de 1937. Se posesionó del cargo ante el Prefecto de la Provincia de Soto el 12 de septiembre de aquel año, y lo desempeñó hasta el 21 de enero de 1937, como consecuencia de habérsele aceptado, por Acuerdo número 1º de los mismos día y mes, dictado a las 8 de la mañana, la renuncia que dirigió al Tribunal Superior en nota presentada personalmente ante la Secretaría de la corporación el 19 de diciembre último, a las 5 de la tarde. b) En este último Acuerdo, el Tribunal nombró interinamente Juez 2º Superior al señor Carlos Gómez Pradilla, quien declaró con las formalidades legales haberse posesionado del cargo el día 21 de enero del corriente año en las primeras horas de la tarde. c) Tanto el Prefecto de la Provincia como el Administrador de Hacienda Nacional de Santander, certifican que el sueldo del mes de enero correspondiente al Juez 2º Superior se pagó así: al doctor Ayala Muñoz—cédula de ciudadanía número 961681— en 20 días de servicio prestado del 1º al 20 de enero de 1937, inclusive, $ 113.33; al señor Gómez Pradilla —cédula de ciudadanía número 603212— en 11 días se servicio prestado, del 21 al 31 de enero, inclusive, $ 56.66. d) La Gobernación de Santander, con apoyo en el artículo 8º de la Ley 105 de 1931, por Resolución motivada número 6 de 1937 (enero 7), se abstuvo de considerar la renuncia que del empleo de Juez 2º Superior presentó el doctor Ayala Muñoz ante el Prefecto de la Provincia, con fecha 28 de diciembre de 1936. e) En las copias expedidas por la Alcaldía de Bucaramanga, aparece que el doctor Pedro Alonso Jaimes solicitó el 29 de marzo pasado la inscripción de la lista de candidatos principales y suplentes para Representantes a la Cámara Baja, encabezada con el nombre del doctor Eduardo Santos, y por la cual

debía sufragar el liberalismo en las elecciones del 4 de abril último. En el 7º renglón de la lista figura como principal el doctor Humberto Gómez Naranjo, y como primer suplente el doctor Andrés Ayala Muñoz, quien aceptó oportunamente la postulación que se le hizo para incluir su nombre en la lista y renglón expresado. f) En la copia del acta de escrutinio practicado el 24 de abril próximo pasado figura entre los que se declararon elegidos el nombre del doctor Ayala Muñoz como primer suplente en el 7º renglón de la lista que encabeza el doctor Eduardo Santos, y cuya credencial se la expidió el Consejo Electoral del Departamento. g) Con fecha 14 de mayo último, el entonces Fiscal del Juzgado 2º Superior de este Distrito, doctor Leonardo Martínez Collazos, declaró con las formalidades legales que por el conocimiento que tiene del doctor Ayala Muñoz, a quien conoce desde hace más de cinco años, a quien vio desempeñar el cargo de Juez hasta el 18 de diciembre retropróximo, le consta que es la misma persona que figuró como primer suplente del doctor Humberto Gómez Naranjo en la lista liberal directorista para Representantes a la Cámara en las pasadas elecciones. h) El doctor Domingo Arenas Serrano, Juez 1º Superior de este Distrito Judicial, certificó el 14 de mayo último que conocía al doctor Ayala Muñoz desde cuando lo designó el Tribunal para desempeñar el cargo de Juez 2º Superior en el período que empezó en septiembre de 1935. Por tal causa y por otras que detalla, le consta que es la misma persona que figuró como primer suplente del doctor Humberto Gómez Naranjo en la lista liberal directorista para Representante a la Cámara y por la cual debía sufragar en las elecciones del pasado 4 de abril."

En la reconstrucción del proceso que fue sustraído del correo, se adujeron documentos fehacientes que corroboran plenamente las afirmaciones del Tribunal. Con efecto:

Sirve a los juicios decididos en una sola sentencia la copia del acta de escrutinio practicado por el Consejo Electoral del Departamento de Santander de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 60 de 1930, acto que tuvo lugar el 24 de abril de 1937, desde las 9 de la mañana hasta las 7 de la noche, y según el cual el doctor Juan José Turbay fue escrutado como primer suplente del señor Eduardo Santos y el señor Andrés Ayala Muñoz como primer suplente del señor Humberto Gómez Naranjo; los nombres de estos dos principales pertenecen a la lista que obtuvo el mayor número de sufragios. El Consejo Electoral como resultado de este escrutinio declaró a los señores Ayala y Turbay elegidos Representantes primeros suplentes para el bienio que se inició el pasado veinte de julio.

Por Acuerdo número 21 de 1935 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga eligió Juez Superior del mismo Distrito al señor Andrés Ayala Muñoz para el período del 1º de septiembre de 1935 al 30 de junio de 1937.

Al folio 45 actúa copia auténtica del memorial de renuncia elevado por el señor Ayala Muñoz al mencionado Tribunal, el cual fue presentado el 19 de diciembre de 1936, a las 5 de la tarde, puesto al despacho del señor Presidente el 21 de enero del año siguiente y despachado favorablemente por Acuerdo número 1º del mismo año que le aceptó la referida renuncia y eligió el reemplazo.

Al folio 50 aparece la copia de la diligencia de posesión del señor Carlos Gómez Pradilla como Juez interino en reemplazo del señor Ayala el 21 de enero de 1937, y un certificado del Alcalde de Bucaramanga según el cual el señor Ayala Muñoz ejerció el cargo de Juez 2º Superior durante el tiempo comprendido entre el 12 de septiembre de 1935 y el 20 de enero de 1937, inclusive, fecha hasta la cual quedó pagado el sueldo correspondiente, según constancia que obra en autos.

El señor Ayala Muñoz ejerció, pues, un cargo público que lleva anexa autoridad y jurisdicción en el Distrito Judicial de Bucaramanga que

comprende varios Municipios de aquella Circunscripción electoral, dentro de los tres meses anteriores al 4 de abril de 1937, día de las votaciones populares para Representantes al Congreso Nacional. (Artículos 91 a 103 de la Ley 105 de 1931).

Ese carácter de Juez Superior del Distrito Judicial se pierde cuando la renuncia es aceptada (artículo 13, ordinal 1º), pero el titular continúa con la plenitud de su capacidad jurídica hasta cuando tome posesión y éntre a ejercer el cargo el individuo designado para reemplazarlo (artículo 11). Para el caso en estudio estos dos fenómenos coinciden en su fecha. De modo que sólo el 21 de enero de 1937 dejó de ser Juez Superior el señor Ayala Muñoz. El Consejo adopta los razonamientos de la sentencia revisada y del apoderado del demandante Galindo Echeverría, doctor Barrera Parra, en punto a la ineficacia del período de vacaciones para la defensa del elegido señor Ayala Muñoz y cree inútil reproducir aquí los cánones opuestos a tan singular hermenéutica, compartida por el Fiscal de la primera instancia.

Conforme al artículo 22 del Acto legislativo número 3 de 1910 no podrá ser elegido Representante ningún individuo por Departamento o Circunscripción Electoral donde tres meses antes de las elecciones haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar. El artículo 215 de la Ley 85 de 1916 desarrolla en estos términos el principio constitucional:

"No pueden ser elegidos Senadores, Representantes ni Diputados a las Asambleas Departamentales, principales ni suplentes por Circunscripción Electoral en cuyo territorio ejerzan o hayan ejercido sus funciones los individuos que en el día de las votaciones desempeñen o hubieren desempeñado en los tres meses anteriores a éstas, los empleos de Secretario del Gobernador del Departamento, Magistrado o Fiscal del Tribunal de Distrito Judicial, Magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Juez o Fiscal de Juzgado Superior y Jefe del Ejército, con jurisdicción o mando en dicha Circunscripción, sea que las funciones de tales empleados se extiendan a toda ella o a una parte solamente, o a cualquier otro empleo nacional o departamental, con jurisdicción o autoridad civil, política o militar en toda la Circunscripción, por lo menos."

El caso del señor Ayala Muñoz queda exactamente comprendido dentro de las prohibiciones anteriores, luego es preciso declarar la nulidad del escrutinio acusado en lo que a este señor afecta, y también la nulidad de la credencial expedida por el Consejo Electoral de la mentada Circunscripción.

Acusada simultáneamente con la anterior, la credencial del señor Juan José Turbay, cuya posición en la lista escrutada se precisó al comienzo de este fallo, y acusada por ausencia de uno de los requisitos constitucionales en el elegido, el que se relaciona con la edad, hay constancia en el proceso, así lo afirma la sentencia, de que el día 5 de mayo de 1937, es decir, cuando la actuación de la primera instancia se iniciaba, compareció al juicio el señor Turbay con esta triple exigencia: que se le tenga como parte en el juicio, que se acceda a reponer el auto que decretó la apertura del juicio a pruebas y que se reconozca como apoderado suyo al doctor Manuel Barrera Parra en dichos juicios. El sustanciador, dice la sentencia, actuó de acuerdo con lo pedido. De esta manera el señor Turbay, el mismo que fue elegido Representante al Congreso, como primer suplente del principal que encabeza la lista respectiva, asume el carácter de demandado, defensor de su aludida credencial y comparte con los demás litigantes las resultas del juicio.

Ahora bien:

Contemplada por su faz sencilla la cuestión que afecta a este elegido, se tiene:

Obra en el juicio que se estudia y tiene a la vista, al folio 14, copia auténtica de la partida de bautizo, de origen eclesiástico, que a continuación se transcribe:

"El infrascrito cura párroco de la Sagrada Familia, certifica: que en el libro de bautismos número 8, en el folio 38 y bajo el número 144, se encuentra una partida que literalmente es como sigue:

'En Bucaramanga, parroquia de la Sagrada Familia, a cuatro de agosto de mil novecientos doce, yo el cura interino bauticé solemnemente a Juan J. Turbay, nacido el primero de junio último, hijo legítimo de Juan M. Turbay y Bárbara Nader. Abuelos paternos: Moisés y Matilde Karam. Abuelos maternos: Faris y Nede Medamar. Fueron padrinos: José María Silva y María M. de Bechada, a quienes advertí lo necesario. Doy fe.

'José de Jesús Trillos, presbítero.'

"Es copia. Expedida en Bucaramanga a veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y siete. Hay un sello.

"(Firmado), *Manuel Sorzano,* presbítero."

La fecha del nacimiento es precisa en el documento contemplado: primero de junio de mil novecientos doce. A la fecha de las votaciones populares que culminaron en la elección de Representantes para el período en curso, el señor Turbay tenía 24 años, diez meses y tres días de edad.

Esta materia está gobernada por el artículo 100 de la Carta Fundamental de 1886, 94 de la Codificación, según el cual se requieren para ser elegido Representante al Congreso Nacional, más de 25 años de edad, requisito que al decir del señor Tascón, va en busca de mayor madurez de criterio y de experiencia.

En la elección de Representantes es causal de nulidad expresa el hecho de que los elegidos no reúnan las condiciones constitucionales. (Artículo 187 del Código Electoral). Luego la declaración de esta nulidad se impone.

El Tribunal se abstiene de declararla pretextando ausencia de elementos suficientes que identifiquen al señor Turbay, sin tener en cuenta que fue este mismo señor quien se encargó de elaborar esa prueba complementaria, si es que se hace indispensable ahora, prueba que surge nitidamente con la ya destacada comparecencia al juicio donde precisamente se discutía su calidad de Representante elegido en el acto acusado. ¿Cuál otra identificación puede desearse?

La transcrita partida de bautizo surte sus efectos en el juicio desde su iniciación, de modo que cuando el señor Turbay compareció a él ya la tuvo a la vista, pues fue presentada con la demanda. Ni el aludido ni sus apoderados se detuvieron a objetarla, ni opusieron tacha alguna a sus afirmaciones ni a los hechos que naturalmente está destinada a probar. La sugerencia del Fiscal sirvió de tema en el término de la secuela tanto al señor Harker Puyana como al Tribunal y por los motivos expresados que el Consejo desecha.

Las precedentes consideraciones son suficientes para que el Consejo de Estado, de acuerdo en el fondo con el parecer de su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelva, como al efecto resuelve:

1º Es nula la declaratoria de elección hecha por el Consejo Electoral Departamental de Santander en el acta de escrutinio efectuado el día 24 de abril de 1937, a favor del doctor Andrés Ayala Muñoz como primer suplente del principal doctor Humberto Gómez Naranjo para Representante al Congreso Nacional, por la Circunscripción Electoral de Bucaramanga, en el período legislativo de 1937 a 1939, y es nulo el escru-

tinio practicado por dicha entidad en la misma fecha, en cuanto se refiere al citado señor Andrés Ayala Muñoz. En consecuencia, queda sin efecto la credencial de Representante, primer suplente, expedida por el Consejo Electoral mencionado, a favor del señor Ayala Muñoz.

2º Es nula la declaratoria de elección hecha por el mismo Consejo Electoral, en el día ya citado, a favor del señor Juan José Turbay, como Representante primer suplente del principal doctor Eduardo Santos, por la Circunscripción Electoral de Bucaramanga en el período legislativo de 1937 a 1939 y nulo el escrutinio referido en todo lo que se relaciona con el mentado señor Turbay. En consecuencia, queda sin efecto la credencial de Representante, primer suplente, expedida a favor del señor Turbay.

3º Niéganse las demás peticiones formuladas en las demandas que se han estudiado. Queda en estos términos reformada la sentencia que ha sido materia de apelación.

4º Por conducto del Procurador General de la Nación envíese al Juez que conozca del informativo sobre la pérdida o extravío del juicio primitivo levantado con ocasión de estas demandas, una copia de la presente sentencia, la cual se comunicará al señor Ministro de Gobierno, a la honorable Cámara de Representantes y al Consejo Electoral de Santander.

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

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías. Elías Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.

—

Consejo de Estado—Bogotá, mayo doce de mil novecientos treinta y ocho.

El doctor Carlos Arturo Díaz, mandatario especial del señor Andrés Ayala Muñoz, se acoge a los artículos 482 y 483 del Código Judicial para solicitar que, a modo de aclaración de la sentencia de treinta y uno de marzo pasado, se limite y circunscriba la nulidad del escrutinio y de la elección allí decretada en cuanto a los votos emitidos en los Municipios del Distrito Judicial de Bucaramanga, únicamente, y que, como consecuencia, se hagan las operaciones aritméticas necesarias para saber si los votos restantes de la Circunscripción Electoral de Santander, o sean los de los Municipios del Distrito Judicial de San Gil, alcanzan a dar cuociente o residuo a su mandante.

Para el efecto de enmendar el error aritmético en que se supone incurrió el fallo, aconseja y pide que se traigan a los autos todos los registros de los Jurados Electorales de los Municipios todos de la expresada Circunscripción. Y que luégo se señale día y hora para la práctica del nuevo escrutinio.

El señor memorialista cita en su apoyo el Decreto de carácter legislativo número 1714, de 8 de julio de 1936, que dividió para los efectos de la administración de justicia el territorio del Departamento de Santander en dos Distritos Judiciales: Bucaramanga y San Gil, en el último de los cuales no ejerció mando su cliente, y por tanto, concluye, no estuvo impedido para recibir sufragios como candidato para Representante primer suplente a la Cámara.

Se observa a todo lo anterior que en parte alguna de la sentencia reclamada se establece confusión acerca del territorio donde ejerciera jurisdicción el señor Ayala Muñoz; antes bien, se acepta expresamente

que el fenómeno sólo se cumplió en el Distrito Judicial de Bucaramanga, "que comprende varios Municipios de aquella Circunscripción Electoral." Y esto basta, en verdad, para que la sanción de nulidad recaiga tanto sobre la credencial, como sobre el escrutinio que le precedió, pues como lo comprende el señor doctor Díaz, la claridad meridiana del artículo 215 de la Ley 85 de 1916 no admite exégesis distinta.

Ni se pretenda hallar colisión entre este precepto y el canon constitucional que la sentencia invoca (artículo 22 del Acto legislativo número 3 de 1910), cuyos textos fueron confrontados en la sentencia de 29 de septiembre de 1917 por la Corte Suprema de Justicia con ocasión y para decidir una querella de inconstitucionalidad levantada contra el mentado artículo 215, acerca del cual dijo en concreto:

"Por último, la Corte encuentra que la finalidad que tuvo en mira el constituyente al dictar la disposición de que se trata fue la de impedir que empleados con jurisdicción o mando en todo o parte de una Circunscripción Electoral pudieran prevalerse de sus influencias oficiales para determinar una elección de Senador o Representante."

Nada hay, pues, que ofrezca un verdadero motivo de duda en el fallo, ni es procedente ahora el alegato sobre error aritmético imaginario, puesto que la sentencia no se detiene a revisar registros electorales ni hace cómputos numéricos sobre el posible resultado de la votación.

Debe, pues, negarse el pedimento del doctor Díaz.

En cuanto a la aclaración solicitada por el apoderado nuevo del doctor Juan José Turbay enderezada a obtener una rectificación sobre el alcance de ciertas frases de la parte narrativa del fallo, cuyos conceptos hace reflejar el memorialista sobre su mandante, se observa que es improcedente por cuanto a que no tiende a afectar, ni afecta el contenido sustancial de la sentencia, en todo ni en parte, ni es el caso de que el Consejo se haga eco de tal susceptibilidad mediante providencia aclaratoria. Nada hay en el fallo relacionado con la credencial del doctor Turbay, que ofrezca verdadero y justo motivo de duda, si se tiene en cuenta que acerca de ella sólo se trata en el capítulo final y en relación con la tacha opuesta en la demanda respectiva, que fue la de carencia del requisito constitucional de la edad. Ninguna actividad del dicho doctor Turbay aparece prolongando la secuela de este litigio, ni hay en la sentencia concepto alguno que en tal sentido lo comprometa. El Consejo no se detiene a discutir el radio amplísimo de sus atribuciones en orden a la justicia electoral, porque estima a todas luces inadecuada esta oportunidad.

Finalmente, y para considerar el escrito del doctor Manuel Barrera Parra, del cual se destaca este paso: "Contra la sentencia referida no cabe recurso alguno, ni ella puede ser objeto de aclaraciones, ya que ella está concebida en términos perfectamente claros, que no ofrecen vaguedad ninguna. Por lo tanto, toda petición de la contraparte opositora en dicho sentido, no es sino un medio dilatorio que el Consejo debe rechazar de plano," se dispone, que, notificada esta providencia y sin más dilación se comunique el fallo al Ministerio de Gobierno y a la Cámara de Representantes, y se devuelva, como está ordenado, el expediente al Tribunal de su origen.

Notifíquese.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Isaías Cepeda—Elías Abad Mesa—Ricardo Tirado Macías—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Ejecución del Presupuesto.

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Es fácil deducir la manifiesta ilegalidad del artículo suspendido, si por ilegalidad se entiende el desconocimiento de la ley sustantiva, la omisión de su oportuno acatamiento, la exclusión de sus mandamientos imperativos; ilegalidad notoria que es suficiente, al tenor de doctrinas sustentadas por el Consejo de Estado, para decretar la suspensión cuando se ejercita la acción pública.

Consejo de Estado—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Ernesto Esguerra Serrano, en escrito de 23 de abril del año próximo pasado acusó de nulidad el Decreto ejecutivo número 321, de 11 de enero del mismo año, emanado del Ministerio de Obras Públicas, porque a su entender, dijo, lesiona no solamente los intereses del Departamento del Huila en general, sino también los de sus familiares.

El Congreso Nacional, por medio de la Ley 111 de 1936, incorporó a la red de carreteras nacionales de que tratan las Leyes 88 de 1931 y 58 de 1936, el sector que une los Municipios de Pandi, Colombia, Baraya, Tello y Neiva, y ordenó que en las próximas vigencias se incluya la partida correspondiente a la quinta parte del valor de la obra nacionalizada. En el Presupuesto de la vigencia de 1937 se incluyó, artículo 390, la suma de $ 400.000 para las carreteras de defensa nacional y orden público, incluyendo la Ley 111 de 1936, pero el decreto mencionado excluyó de toda participación la llamada Carretera Bolivariana.

Este acto de la administración fue suspendido provisionalmente en resolución de 3 de mayo, que admitió la demanda y en esta medida se insistió ante el reclamo del señor Fiscal con estos fundamentos:

"La Ley 111 de 1936, que incorporó en la red de carreteras nacionales de que tratan las Leyes 88 de 1931 y 58 de 1936, el sector que une a los Municipios de Pandi, Colombia, Baraya, Tello y Neiva, dijo en su artículo 2:

'En los Presupuestos de las próximas vigencias se incluirá la partida que corresponda a la quinta parte del valor de la obra que se nacionaliza por la presente ley, a fin de que su ejecución se efectúe en un lapso no mayor de cinco años.'

"La Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal de 1937 en su artículo 395, pág. 418 del *Diario Oficial* adjunto, dijo: 'Para las carreteras de defensa nacional, de orden público, incluyendo la Ley 111 de 1936, $ 400.000.' El decreto acusado en el Presupuesto reza: 'Que en las apropiaciones para el año fiscal en curso hay las siguientes partidas globales, cuya discriminación debe hacer el Gobierno: Segunda. Artículo 390. Para las carreteras de defensa nacional y orden público, incluyendo la Ley 111 de 1936, cuatrocientos mil pesos ($ 400.000).' Y hace la distribución entre varias importantes carreteras de defensa na-

cional y orden público, menos la que fue erigida como tál por la Ley 111 que cita expresamente el referido preámbulo y que fue de manera explícita incluida en el mandato legal de apropiaciones arriba transcrito."

Hasta aquí, pues, es fácil deducir la manifiesta ilegalidad del artículo suspendido, si por tál se entiende el desconocimiento de la ley sustantiva, la omisión de su oportuno acatamiento, la exclusión de sus mandamientos imperativos, ilegalidad notoria que es suficiente para decretar la suspensión cuando se ejercita como en el presente caso la acción pública, al tenor de doctrinas sustentadas por este mismo Consejo.

Cierto que la Ley 111 no derogó los artículos 3º, 8º, 9º y 14 de la Ley 88 de 1931, que establecen requisitos previos a la construcción de carreteras nacionales: su imperio actual no se discute.

Es de cargo del Gobierno todo lo que allí se determina como proceso preparatorio a la carretera, y no hay duda tampoco que esos estudios, trazados y presupuestos, demandan gastos que se deben tomar de las partidas apropiadas, como exigen cierto tiempo que al Consejo no incumbe medir. Siquiera a esos preliminares hubiera dado impulso el Gobierno en el decreto comentado y su suspensión sería improcedente.

Mas, para los efectos que la ley persigue y que deben reflejar sobre el acto administrativo que distribuya la partida global, nada tiene que ver ese proceso previo, o mejor dicho, no es necesario comprobar si se cumplió o nó, porque eso no se está discutiendo ahora. De paso se hace notar que no pueden confundirse la carretera a la cual se destinan doce mil pesos ($ 12.000) en el decreto acusado y que tiene su ley especial —3ª de 1936— con la que ordena la Ley 111 del mismo año, que sí ha merecido el nombre de Carretera Bolivariana.

El argumento relativo a la imposibilidad de apropiar una suma equivalente a la quinta parte de la obra, porque no se conoce el presupuesto total, es deslumbrante en verdad, pero no es convincente. Y en todo caso podría oponerse a la Ley de Apropiaciones que fue la que hizo destinación de cierta partida para la obra en referencia.

El señor Fiscal del Consejo es de opinión que debe decretarse la nulidad demandada.

Lo primero que ocurre observar es que el actor involucró la acción pública con una supuesta acción privada a pretexto del perjuicio causado a sus familiares, cuya comprobación brilla por su ausencia en el proceso. Pero en todo caso es patente el ejercicio de la acción ciudadana por la denunciada pugna entre la ley sustantiva y el decreto de liquidación y distribución de la partida presupuestada.

Lo indudable es que el legislador profirió un mandato imperativo para la construcción dentro de un plazo fijo de una carretera incorporada a la red nacional y que apropió una suma global para 1937, de la cual ha debido tomarse lo necesario para los gastos prévios y la construcción y aun para ésta misma durante el primer año.

El auto de suspensión provisional transcrito no podía prescindir de un estudio a fondo del problema precisamente porque se trata de acto de omisión en el acatamiento a texto expreso de leyes citadas, para hacer notar el cual era preciso el cotejo de estos mandamientos. No es de cargo del actor la comprobación de los hechos que constituyen la etapa de los estudios, trazados y presupuestos de la red de carreteras nacionales, propiamente llamada de estudios previos. Ya se dijo y lo afirma el artículo 3º de la Ley 88 de 1931 que las erogaciones que implique tal proceso deben tomarse de los fondos apropiados a la respectiva obra, sean de recursos ordinarios o extraordinarios. De ahí que sea obligación del Gobierno tomar de la partida global en primer término

la cantidad necesaria para realizar estos actos de preparación efectiva de una obra dada que se pretende incorporar a la red de carreteras nacionales.

El decreto acusado, al distribuir la totalidad de los $ 400.000 en carreteras y obras distintas a la llamada Carretera Bolivariana, que consagró la Ley 111 de 1936, está en pugna con este estatuto y con el citado artículo 395 J de la Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal de 1937, que directamente afecta y por tanto su nulidad se impone.

Sin más consideraciones el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el dictamen fiscal, declara nulo el decreto acusado.

Comuníquese al Ministerio de Obras Públicas.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas—Isaías Cepeda—Elías Abad Mesa—Ricardo Tirado Macías—Ramón Miranda—Luis E. García V., Secretario.

Inspección ocular

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

En vista de la deficiencia de un certificado oficial y de su oposición aparente con otro certificado expedido con anterioridad por el mismo empleado y sobre el mismo punto, cabía decretar la práctica de una inspección ocular, con autorización de la Sala, y con intervención de peritos nombrados por las partes, para que se hiciera una confrontación de la hoja de servicios debatida, no sólo con su original sino con los antecedentes denunciados como falsos o apócrifos por el Agente del Ministerio Público.

Consejo de Estado—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y ocho.

Por sentencia de 16 de marzo de mil novecientos treinta y siete se reconoció a favor de la señora Clementica v. de Novoa una pensión mensual de $ 69, en su condición de viuda del Mayor Leonardo Novoa, muerto en goce de sueldo de retiro.

Este fallo se notificó al señor Fiscal, quien oportunamente manifestó:

"El Ministerio Público tiene conocimiento de que en la formación de la hoja de servicios del señor Mayor Leonardo Novoa se han cometido graves irregularidades, a saber: en el tomo 48 de las órdenes generales del Ejército de Boyacá, de noviembre de mil novecientos a septiembre de mil novecientos tres, a la página ciento dos, en la orden general para el domingo trece de enero de mil novecientos uno, aparece de servicio el Sargento Mayor Leonardo Novoa. El nombre de este Oficial se halla escrito sobre raspaduras, y comparado (sic) con los servicios anteriores y posteriores se llega a la conclusión de que el Sargento Leonardo Novoa no perteneció a este Ejército y su nombre suplantó al del Sargento Mayor Abelardo Neira.

"En el tomo 674, de mil ochocientos noventa y cinco, aparece el Teniente Leonardo Novoa suplantando al Oficial Leandro Caicedo.

"Basado en estos hechos, atentamente solicito la reconsideración de la sentencia anterior, de fecha diez de marzo (sic) último, a efecto de que se envíe al Ministerio de Guerra la hoja de servicios del señor Mayor Leonardo Novoa, para su debida confrontación. y esclarecimiento de los hechos delictuosos a que me he referido."

Para el esclarecimiento de los hechos denunciados se ordenó transcribir dicha petición al señor Ministro de Guerra, para que por la sección respectiva informara sobre el particular, y se enviara copia autenticada de los documentos que el Fiscal cita y de los decretos de ascensos a los grados de Subteniente a Capitán otorgados al señor Novoa.

El Jefe de la Sección de Archivo del Ministerio de Guerra envió el siguiente documento:

"Número 724. *Leonardo Novoa.* Cumpliendo la orden del auto anterior, del honorable Consejo de Estado y del señor General Secretario de este Ministerio, el infrascrito Jefe de la Sección de Archivo del Ministerio de Guerra certifica: que habiéndose confrontado las órdenes generales del Ejército, dieron el siguiente resultado:

"En el tomo número 674 de dichas órdenes, en la correspondiente a la 1ª División del Ejército de reserva, para el jueves 22 de mayo de 1895, aparece el nombre de *Leonardo Novoa* escrito sobre *raspaduras;* figura con el grado de *Teniente.* En la orden general de los días: viernes 24, sábado 25 de mayo, lunes 3 de junio, domingo 16 de junio, martes 18 de junio, miércoles 19 de junio, jueves 20 de junio, sábado 22 de junio, lunes 24 de junio, martes 2 de julio: correspondiendo todas al año de 1895, y suplantando el nombre del *Teniente Leandro Caicedo.*

"Segundo. En el tomo número 48 de órdenes generales, correspondiente a la orden del dia domingo 13 de enero de 1901, aparece el nombre del Sargento Mayor Leonardo Novoa *escrito sobre raspaduras:* hay una observación sobre dicho nombre, que dice: 'El nombre del Sargento Mayor Leonardo Novoa, *66 suplantado: el nombrado es Sargento Mayor Abelardo Neira.*'

"En la orden general del dia 29 de enero de 1902 aparece el nombre de Leonardo Novoa escrito sobre *raspaduras* con el grado de Mayor: figura una observación que dice: '*El grado* y nombre del *Mayor Leonardo Novoa* es suplantado. El verdadero es *Coronel Leonardo Munévar.*' "

En proveído de diez y nueve de agosto del año próximo pasado se ordenó remitir al Ministerio de Guerra, Sección de Archivo, la hoja de servicios del Mayor Leonardo Novoa, expedida el veintinueve de abril de mil novecientos treinta y tres por el Jefe del Departamento de Personal, y autenticada por el señor Ministro de Guerra el tres de mayo del mismo año, para que se hiciera sobre dicho ejemplar la confrontación ordenada, confrontación que debia concluir con la existencia precisada y concretada de las irregularidades, alteraciones y falsedades que se denunciaron, y la influencia de ellas en la calidad y tiempo de los servicios del citado señor Novoa. También se exigió copia auténtica de los documentos que existan y que comprueben los servicios evidentes que el Mayor Novoa Andrade prestó al Ejército.

El Ministerio de Guerra contestó el despacho que se libró, en esta forma:

"*387. Leonardo Novoa.*

"El suscrito Jefe de la Sección de Archivo del Ministerio de Guerra, en obedecimiento a lo ordenado en el auto anterior, certifica: que confrontada la hoja de servicios del señor Leonardo Novoa enviada por ese honorable Consejo, con la existente en este archivo, resultó ser copia auténtica."

El apoderado de la señora viuda de Novoa solicitó que se confirmara la sentencia en cuestión, y el señor Fiscal, en la parte final de su concepto, dijo:

"..... Cumplida la comisión, el Ministerio de Guerra certifica que la hoja de servicios 'resultó ser copia autentica,' lo cual demuestra la poca seriedad de las informaciones suministradas. En consecuencia, la sentencia de marzo diez y seis de mil novecientos treinta y siete debe surtir todos sus efectos legales."

En vista de la deficiencia del certificado número 387, de 23 de febrero del presente año, expedido por el Jefe de la Sección de Archivo del Ministerio de Guerra, que lo sitúa en oposición aparente al número 724, de primero de junio de mil novecientos treinta y siete del mismo funcionario, se decretó la práctica de una inspección ocular, con autorización de la Sala, y con intervención de peritos nombrados por las partes, para que se hiciera una confrontación completa y detallada de la hoja de servicios del Mayor Leonardo Novoa, no simplemente con su original sino con los antecedentes denunciados como falsos o apócrifos, por el Agente del Ministerio Público.

Practicada la inspección ocular se constató que las raspaduras de que trata el certificado número 724, expedido por el Jefe de la Sección de

Archivo del Ministerio de Guerra, son evidentes; pero requeridos los peritos por el apoderado de la querellante para que examinasen la hoja de servicios del Mayor Leonardo Novoa y dijeran si en tal documento hay constancia o nó de que éste hubiera estado en servicio activo del Ejército el 13 de enero de 1901, contestaron:

"Examinada tal hoja de servicios no hay constancia de que haya estado en servicio activo el señor Mayor Leonardo Novoa el domingo 13 de enero de 1901."

Respecto de las órdenes generales del Ejército, correspondientes a los días 22, 24 y 25 de mayo; 3, 16, 18, 19, 20, 22 y 24 de junio y 2 de julio de 1895, en que aparece el nombre de Leonardo Novoa escrito sobre raspaduras y figura en todas esas órdenes con el grado de Teniente, los señores peritos, el señor Fiscal y el sustanciador, constataron que en la hoja de servicios del Mayor Leonardo Novoa no aparece este Oficial en servicio activo del Ejército durante los días mencionados.

De igual manera, al constatar que en la orden generalísima para el 29 de enero de 1902 aparece el nombre de Leonardo Novoa escrito sobre raspaduras y también la palabra Mayor, se dejó constancia de que en la hoja de servicios de dicho Mayor aparece que no estaba en servicio activo el citado día y que sólo fue ascendido a dicho grado militar por Decreto número 1517 de 1927.

Despréndese de los documentos ameritados y de las observaciones directas hechas al practicar la inspección ocular sobre el archivo oficial, que existen las raspaduras publicadas en el memorial del señor Agente del Ministerio Público ante esta corporación; que no fue posible constatar cuál o cuáles de los miembros del Ejército activo de aquellas épocas se quiso suplantar con ellas, ni son claros los propósitos o la finalidad de tales hechos en relación con los servicios del Oficial Novoa que denuncia su hoja, puesto que las órdenes que aparecen alteradas afectan días y periodos durante los cuales el Mayor Novoa no estuvo en servicio activo. Esta circunstancia muy significativa aleja el dolo especial que hubiera caracterizado inequívocamente las falsedades denunciadas, pero sí permite y obliga a investigar la finalidad que el autor o los autores desconocidos de tales raspaduras se propusieran y la época en que fueron hechas, que fue imposible constatar porque sólo se manifiestan en el informe y las notas *ad hoc* de los Oficiales comisionados por el Ministerio. Llama la atención el hecho advertido por los concurrentes todos a la inspección, de que tales alteraciones en lo escrito no estén relacionadas en la hoja de servicios, ni afecten los períodos varios de la actividad del Oficial. Pero de todos modos la hoja aparece con autenticidad irrefragable, y sobre ella puede actuar el Consejo en la certidumbre de que lo allí afirmado corresponde a los hechos cumplidos durante la época de los servicios del militar muerto. En fin, dedúcese sin mayor esfuerzo que el fallo recurrido por el señor Fiscal, sobre los informes que él mismo halló deficientes, debe mantenerse firme y ordenarse su inmediato cumplimiento. Pero que es necesaria y urgente la investigación y castigo de los responsables que han motivado esta última actuación.

Por todo lo cual el Consejo de Estado niega la reposición solicitada, y ordena que por la Secretaría se compulse copia de los certificados expedidos por el Jefe del Archivo, y del acta de inspección ocular, y se remitan al Juez competente para que investigue las falsedades que se han denunciado, y los hechos que fueron constatados en aquel acto.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Demandas electorales

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Habrá de proclamar el Consejo de Estado, como insistentemente lo hicieron el Tribunal de primer grado y los Fiscales que han actuado en ambas instancias, que ha sido del todo ineficaz el sistema empleado por los demandantes; que hay ausencia total de elementos de juicio en varias demandas, y que en los demás casos persiste una notoria deficiencia en la labor probatoria, todo lo cual determina un fallo absolutorio, que ciertamente no ha de servir de estímulo para que se perpetúen los vicios denunciados.

Consejo de Estado—Bogotá, junio nueve de mil novecientos treinta y ocho.

Contra las elecciones verificadas en 4 de abril de 1937 en el Departamento de Cundinamarca tanto para Diputados a la Asamblea como Representantes al Congreso Nacional, se iniciaron ante el Tribunal Administrativo de Bogotá las siguientes demandas:

La del doctor Juan Uribe Cualla, tendiente a obtener la declaración de nulidad de las elecciones y registros de los Jurados de Votación de Sasaima, Nocaima, Ubalá, Albán, Villapinzón, Tibirita, Manta, Choachí, Fosca y Quetame, porque a pesar de que el electorado conservador, que es innegable mayoría, no concurrió a sufragar en acatamiento a la orden de abstención dada por las directivas de su partido, los Jurados de Votación escrutaron votos que en realidad no fueron emitidos, lo cual a más de significar escandaloso fraude, acarrea la falsedad y apocrifidad de los registros. El demandante apoya su demanda en el artículo 14 de la Ley 96 de 1920.

La del señor José Ignacio Ramírez contra las votaciones de los Municipios de Chocontá, Villapinzón, Tibirita, Machetá y Manta, porque el número de votantes y de votos que los escrutinios parciales arrojaron en cada Municipio y en cada mesa o Jurado de Votación es superior al número efectivo de votantes.

La del señor Luis Sánchez C. contra las votaciones y escrutinios de los Jurados de Votación del Municipio de Machetá, porque aparece una gran mayoría de votos apócrifos o falsos que inflaron el censo electoral con los nombres de ciudadanos muertos y ausentes.

La del señor Manuel Guillermo González para que se decrete la nulidad de las votaciones y de los escrutinios de los Jurados de Votación de Chocontá, y otra igual del mismo González contra las elecciones y los escrutinios de los Jurados de Votación de Manta, porque son apócrifos o falsos en razón de los fraudes que caracterizaron ese certamen cívico en aquellos Municipios.

Las del doctor Darío Samper, para que se declare la nulidad de los registros formados por los Jurados de Votación de los Municipios de

Anapoima, Choachí, Tibirita, Sasaima, Caparrapí, Manta, Villapinzón, Nocaima, Fosca, Quipile y Quetame, porque los elementos que sirvieron para elaborarlos son falsos y apócrifos, por inclusión de votos supuestos. Todo con base en el artículo 14 de la Ley 96 de 1920.

La del señor Hernán Baquero para que se declaren nulos los votos emitidos y los registros forjados (sic) por los Jurados de Votación en Fosca, Quetame y Choachí, pues en estos Municipios hubo fraudes y especialmente en Fosca, en donde el Presidente del Jurado Carlos A. Castro, en presencia del público, procedió a hacer los registros con el Secretario del Jurado en dicho día viernes, y los hizo firmar el domingo por la mañana, es decir, antes del debate electoral, por los demás miembros del Jurado.

Además, el doctor Juan Uribe Cualla, demandó el 13 de abril del mismo año la nulidad de los registros de escrutinio de los Jurados Electorales de Sasaima, Nocaima, Fosca, Guatavita, Quipile, Albán, Machetá, Tibirita, Manta, Choachí, Sesquilé, Villapinzón, Chocontá, Anapoima, Ubalá y Restrepo, San Martín y el Corregimiento de Acacías, estos tres últimos de la Intendencia del Meta, registros formados el 8 del mismo mes, porque son falsos o apócrifos sus constitutivos y porque la totalidad del personal cedulado que apareció votando no concurrió a la elección del 4 de abril.

En la misma fecha el señor Darío Samper demandó los registros hechos por los Jurados Electorales de Viani, Anapoima, Choachí, Quetame, Fosca, Nocaima, Manta, Villapinzón, Tibirita, Yacopí, Caparrapí, Sasaima, Quipile y Tena, porque son falsos en sí mismos, porque en su formación intervinieron elementos apócrifos y falsos.

Todas estas demandas se tramitaron individual y separadamente y en ellas se hicieron parte los señores Eduardo Bohórquez, Juan Francisco Delgado, Antonio Ordóñez Ceballos, Joaquín Tiberio Galvis, Ernesto Herrera Chacón, Angel María Sandino, José Ernesto Díaz, Luis M. Ortega, Manuel Castro C., Julio Campo González y José del Carmen Aldana. Como apoderados actuaron los abogados Pablo Patiño Bernal, Víctor M. Pérez, Julio Eduardo Riveros, Fernando Segura y Carlos Gómez G.

A excepción de las demandas de Manuel Guillermo González y Luis Sánchez, las demás se abrieron a prueba, y dictados los autos de citación para sentencia fueron decididas en un solo fallo, como lo ordena el artículo 194 de la Ley 85 de 1916, el 22 de octubre del año próximo pasado, y el cual niega todas las peticiones de nulidad oportunamente formuladas, y que se acaban de relacionar.

Notificada por edicto la sentencia a todos los interesados y personalmente al doctor Uribe Cualla, sólo éste interpuso recurso de apelación, que le fue concedido en efecto suspensivo.

A esta Superioridad sólo el abogado del doctor Ernesto Herrera Chacón solicitó la confirmación del fallo, y el señor Fiscal, en el breve estudio de la foja 4ª del cuaderno de segunda instancia hace idéntica petición.

Por rara coincidencia las tachas opuestas tanto a las votaciones como a los registros acusados concuerdan todas y se reducen a la imputación de menudos fraudes electorales, de suposición de votos y de votantes y de formación de registros con cifras y cómputos que no corresponden a la realidad ciudadana. Hay quien afirma que en algunos Municipios de la Provincia de Oriente los registros fueron hechos dos días antes de las elecciones y así manufacturados se hicieron firmar en la mañana del día del propio debate.

En unos Municipios sufragaron los muertos, los ausentes, los adversarios políticos, según afirmación de los demandantes, y en otros gran parte de los registros obedecen a ficciones y cómputos dolosos de los Jurados.

Muchos de estos cargos fueron materia de análisis prolijo en la sentencia de primer grado.

Pero es lo cierto que la mayor parte de las 22 demandas relacionadas fueron abandonadas por sus autores en la labor probatoria; sólo unas pocas acciones denuncian algún esfuerzo, no completamente adecuado ni eficaz para contribuir a remediar los vicios y males anotados.

Dice el Tribunal relativamente a lo ocurrido en el Municipio de Manta y no hay nada qué agregarle:

"A solicitud del demandante se agregaron al juicio 'los registros o pliegos remitidos a este Despacho de acuerdo con la ley,' que no son otros distintos de las respectivas actas de votaciones y escrutinios de los Jurados de Votación que funcionaron en este Municipio el día de las elecciones acusadas, y se recibieron unas declaraciones que pasan a analizarse con medios probatorios: del contexto de esas declaraciones aparece que los declarantes Carlos Julio López y Luis Carlos Méndez están acordes en manifestar que nada les consta sobre la existencia de hechos que comprueben la existencia de fraudes y delitos electorales; que tampoco les consta que los conservadores hubieran sufragado en las elecciones y no les consta que en ellas se haya ejercido coacción sobre los electores. En lo que hace a la tercera declaración pedida (José Angel Guerrero), éste se limitó a remitirse a una declaración dada por él ante el Juez 6º, que fue al Municipio como investigador.

"Basta, pues, la lectura de estas declaraciones para concluir que ellas no acreditan ninguno de los hechos fundamentales de la demanda, los que, en este caso, se hallan desnudos de toda prueba que acredite, pero ni siquiera sospeche su existencia, ya que, por otra parte, con las actas de votaciones y escrutinios al juicio agregados, ninguna causal de nulidad se comprueba, ni se comprueba tampoco hecho ninguno que pudiera tenerse como violatorio de las leyes electorales."

Las pruebas respecto a las elecciones de Anapoima corroboran uniformemente lo que consta en las actas y registros de los Jurados de Votación y el Jurado Electoral.

Por lo que hace al Municipio de Machetá cabe observar con fundamento en las propias actas de escrutinios del Jurado Electoral que durante las elecciones se consumaron hechos irregulares constitutivos de un cuantioso fraude en 7 de los 9 Jurados de Votación cuyos votos se abstuvo de computar el Jurado Electoral.

El trabajo de esta entidad comenzó el 8 de abril previas las formalidades señaladas en el artículo 134 de la Ley 85 de 1916, pero hubo de suspenderse por coacción popular constatada por el investigador que el Gobierno Nacional envió, y reanudado el día 10 bajo la misma presión, concluyó eliminando uno a uno los registros de los Jurados de Votación números 3 a 9, inclusive. Es decir, que el escrutinio municipal no se hizo en sesión permanente (artículo 134) sino en días distintos y con intervalos de uno.

No obstante esto y como el hecho anotado no está erigido en causal de nulidad cuando se trata de escrutinios de los Jurados Electorales, la observación se limita a constatar la causa determinante de la irregularidad anotada.

La prueba testifical exhibida alrededor de las elecciones de Tibirita es abundante; de ella se deduce que los señores Joselin Díaz, Francisco Celis y Juan B. Hernández, ayudados por el señor Josué Medina, levantaron una lista de los concurrentes al certamen cívico electoral, que no excedieron de 200; que los señores Joselín Díaz, Emilio Ovalle, Jesús y Luis Hernández, Heladio Carvajal, Manuel Arévalo, Miguel Martínez, Miguel Aldana, José Tomás Gaitán, Felipe S. Contreras, Alfredo Martínez, Isidro Robles, Teótimo Martín, Daniel Roa, Miguel Martínez, Jeremías

Hernández, Agustín Zamora, Florencio Carranza, Juan Nepomuceno Gómez, Juan B. y Crisóstomo Hernández, Miguel Carranza, Leonidas Turmequé Roa, Juan de Jesús Gómez, Guillermo Martínez M., José Antonio Hernández, José Aristides Vivas, Santiago Espinosa y Alejandro Vivas no votaron en dicho día porque estaban ausentes, para corroborar lo cual exhibieron sus cédulas electorales sin sellar.

Estos dos hechos podrían acarrear la falsedad de los registros electorales y de las mismas elecciones del Municipio de Tibirita, si estuviesen, complementados con elementos de prueba fehacientes, capaces de demostrar de un lado que la lista elaborada por los testigos del primer grupo correspondió con evidencia a los únicos ciudadanos asistentes al debate electoral, cuyos nombres se desconocen, y de otro, si se hubiese demostrado que los que afirman no haber votado estuvieron realmente ausentes y sus nombres integrantes del censo electoral apareciesen sin embargo contribuyendo a totalizar el número de sufragios escrutados. Pero por sí solas estas dos agrupaciones de testigos no forman plena convicción jurídica de la tacha de falsedad y apocrifidad imputadas.

Porque, como se dijo en fallo de tres de mayo del año en curso, "si se considera que los documentos públicos oficiales gozan de especial protección legal en cuanto a la verdad de los hechos que se consignan en ellos, cuando están autorizados por funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública en los términos del artículo 632 del Código Judicial, es incuestionable que la simple afirmación de quienes sostienen que no sufragaron, respaldada en el hecho de no estar sellada su cédula de ciudadanía en forma reglamentaria, no es suficiente para desvirtuar la fuerza probatoria de aquellos instrumentos. De otro modo se correría el peligro de que cuanto por ministerio de la ley deba constar en documentos públicos quede expuesto a desvirtuarse en una investigación criminal sin la plenitud de las formas propias de cada juicio. Esa prueba testifical debe complementarse con otras de distinta naturaleza o procedencia sobre los mismos hechos materia de la investigación. ¿Acaso no cabe en lo posible que los Secretarios de los Jurados por un descuido hayan omitido sellar las cédulas de quienes votaron? Y esta simple omisión de un precepto reglamentario no puede invalidar el sufragio total de los demás electores que concurrieron efectivamente a las elecciones."

Las pruebas presentadas para demostrar las acusaciones contra la elección y los registros de los Jurados de Votación y del Jurado Electoral de Fosca son también incompletas; son testimonios de referencia sin corroboración aceptable.

Igual observación cabe hacer respecto de los Municipios de Choachí y Quetame. Casi todas las declaraciones recibidas respecto a las elecciones de Caparrapí, sirven para fortalecer, si cabe, el valor probatorio de las actas de los Jurados que de tal hecho dan fe. Y por ninguna parte aparece respaldado el dicho del demandante, señor Darío Samper.

Nada comprobaron los acusadores de las elecciones y registros de escrutinios con respecto al Municipio de Nocaima. La confrontación de las actas de los Jurados de Votación con la del Electoral, únicos elementos actuantes, robustece la exactitud de los cómputos.

El delegado del Gobierno departamental para inspeccionar las elecciones de Albán, señor Ricardo A. Ramírez, da cuenta de ciertas irregularidades y aun de hechos delictuosos consumados por los Jurados de Votación que allí trabajaron, principalmente por el Presidente del Jurado de Votación número 1º, señor Alberto Sandino, quien fue sorprendido por uno de los miembros del Jurado Electoral y el Inspector

cuando escribía el nombre del elector Gumersindo García, ausente, y que en vista de la presencia del superior suspendió su labor disimuladamente omitiendo escribir el número que le corresponde en el registro electoral permanente y el de la cédula de ciudadanía del señor García, ciudadano conservador de lo más conocido de la localidad, por lo cual el señor Sandino así descubierto en la maniobra pasó rayas de tinta sobre el nombre escrito de García dejando un borrón sobre el registro.

Dice el Inspector que este caso se repitió por varias veces hasta cuando se nombró una comisión de ciudadanos que vigilaran la dicha mesa de votación, pero que a las tres de la tarde tal comisión de celadores fue sustituida por individuos adictos a la política de Sandino, por lo cual se consumaron muchas irregularidades que en definitiva no concreta.

Los señores Francisco Bautista Amaya, Ernesto Beltrán Garavito, Domingo A. Soler y Marco A. Téllez M., declararon ante el Magistrado sustanciador del Tribunal de Bogotá que no votaron en las elecciones del 4 de abril de 1937 en el Municipio de Albán, de donde tienen cédula, y al efecto exhibieron este documento sin sello alguno. El señor Soler agregó que no pudo obtener el duplicado de su cédula porque el Jurado se lo negó; que trabajaba por la lista encabezada por el doctor Eduardo Santos, la cual obtuvo unos 400 votos; al efecto citó algunos de los que por dicha lista sufragaron y termina su declaración con este hecho:

"El viernes de la semana pasada fueron llamadas al Juzgado Municipal varias de las personas que no votaron en las elecciones del 4 de abril, y entre ellas un señor de nombre Pablo Reina, quien al bajar me mostró la cédula; yo se la vi y no llevaba el sello del 4 de abril. Al subir me encontré con éste, y ya me mostró la cédula y ya tenía el sello con fecha 4 de abril de 1937. Le pregunté delante de Martín Niño y José Colmenares que si él había votado y me dijo que nó, señor, que no había votado porque estaba en Sasaima."

Obran en el expediente, cuaderno número 2, tres memoriales dirigidos al Tribunal Administrativo de Bogotá y suscritos por 126 ciudadanos cedulados en el Municipio de Albán e inscritos en el censo electoral permanente del mismo lugar, en los cuales manifiestan al Tribunal que no votaron en las elecciones para Diputados y Representantes el 4 de abril de 1937. El segundo de tales memoriales fue presentado personalmente por varios de los firmantes.

En el Jurado de Votación número 1, que presidió Alberto Sandino tuvo 268 votos la lista encabezada por el señor Ernesto Herrera Chacón, y 2 votos la lista del doctor Eduardo Santos.

Este cúmulo de pruebas relativas a hechos diversos, no permiten por su desarmonía deducir como evidentemente probada causal de nulidad alguna que afecte las elecciones en sí o los registros de escrutinio demandados, porque todas ellas son incompletas respecto a los hechos que están destinadas a demostrar.

Los hechos denunciados por el Inspector Ramírez afectarían de falsedad los registros de votantes, supuesta su comprobación; pero de un lado se ignora si fueron computados los votos de los electores escritos por Sandino y de otro la confrontación con el registro de votantes se hizo imposible a causa de que en el Jurado Electoral tuvieron buen cuidado de manifestar al Tribunal *a quo* en el acto de practicar la inspección ocular, que todos los registros, libros y demás elementos relacionados con las elecciones y escrutinios denunciados se remitieron al Consejo Electoral Departamental.

Lo propio ocurre con los testimonios de los muchos ciudadanos que afirman no haber votado, y en este caso se halla el nombre de Pablo Reina cuya cédula fue sellada el viernes siguiente a las elecciones.

No se alcanza a formar, pues, la convicción jurídica pero si la sensación de que se consumaron varias irregularidades en el citado Municipio y con ocasión del aludido debate electoral.

En el Municipio de Quipile y durante las elecciones dicen los testigos Capitán Luis A. Fajardo y Gregorio Rodríguez que el Presidente de un Jurado de Votación volcó la urna que contenía las boletas sufragadas sobre un montón de boletas que tenía sobre la mesa, en la cual se encontraba una pita que dijeron otras personas sirvió para atar un paquete de boletas. Pero estos testimonios no concuerdan exactamente ni precisan el número del Jurado de Votación donde esto aconteciera, y si es verdad que hay otro testimonio que corrobora fielmente lo dicho por el Capitán Fajardo, no fue ratificado durante el término probatorio.

Algunos de los opositores reconocidos en los varios juicios electorales que se analizan produjeron testimonios para acreditar la completa legalidad de las elecciones principalmente por lo que respecta a los Municipios de Sasaima, Anapoima, Nocaima, Caparrapí y San Martín, de la Intendencia del Meta.

Por ninguna parte surge la eficacia de los medios de prueba ideados para respaldar las acusaciones contra los registros y elecciones de Ubalá, Sesquilé, Guatavita, Chocontá, Villapinzón, que también fueron materia de otras tantas demandas por parte de los señores Samper y Uribe Cualla.

Hízose notar al comienzo de este fallo que las tachas opuestas por los varios acusadores tanto a las elecciones como a los registros de escrutinios formados por las distintas corporaciones que en ellas intervinieron concuerdan exactamente y se concretan todas a la imputación de varios hechos constitutivos de falsedad o apocrifidad, con lo cual se sitúan para la revisión consiguiente en los casos que contempla el citado artículo 14 de la Ley 96 de 1920. Por cuanto a que en su composición o elaboración se afirma que se hizo uso de votos fingidos o supuestos, de electores ausentes o premuertos, porque hubo cómputos exagerados y dolosos, porque se hace constar en los registros un hecho o varios hechos que en realidad no sucedieron.

Pero habrá de proclamar el Consejo como insistentemente lo hizo el Tribunal de primer grado y los señores Fiscales que han actuado en las dos instancias, que ha sido del todo ineficaz el sistema empleado por todos los demandantes tanto de las elecciones como de los registros; que hay ausencia total de elementos de juicio en varias demandas para juzgar razonablemente sobre la veracidad de sus afirmaciones, y que en los demás casos persiste una notoria deficiencia en la labor probatoria, todo lo cual determina un fallo absolutorio que ciertamente no ha de servir de estímulo para que se perpetúen los vicios y costumbres denunciados. Y como el Tribunal se abstuvo de ordenar la investigación de estos hechos, con este obligante propósito habrá de adicionarse la sentencia.

En mérito de las precedentes consideraciones el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada y ordena que por la Secretaría se compulse copia de lo conducente y se remita al Juez competente para que se investigue y sancione la serie de hechos delictuosos denunciados por los acusadores y a los cuales hacen relación algunas de las probanzas aducidas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Guillermo Peñaranda Arenas—Isaías Cepeda—Elías Abad Mesa—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Descentralización y autonomía de servicios

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Hay descentralización cuando la ley o el reglamento dan a la entidad inferior un poder propio de decisión, que se concreta generalmente en la libre disposición de un patrimonio autónomo especialmente adscrito. De esta manera se liberta de la disciplina y control jerárquicos a organismos que, de otro modo, estarían a ellos sometidos.

La autonomía de las instituciones descentralizadas está condicionada por el ejercicio de la "tutela administrativa." La tutela la ejerce la autoridad superior sobre la inferior, por dos causas principales: bien por razones de oportunidad, como cuando la autoridad superior considera que el acto de la autoridad inferior no es conveniente; bien cuando este acto se sale de la legalidad o está viciado de nulidad por exceso o desviación de poder.

Consejo de Estado—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

En escrito de 14 de mayo de 1935 el doctor Julio Navarro T. se dirigió al señor Ministro de Obras Públicas en demanda de una resolución ejecutiva que prohiba al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, establecer empresas de transportes diferentes de tales ferrocarriles, con funciones distintas a las determinadas en la Ley 29 de 1931, como transportes por medio de camiones en las carreteras, empresas de navegación comercial en los ríos, ya de modo directo, ora en forma indirecta.

Considera el solicitante que el sistema adoptado por aquella entidad nacional y del cual se queja, afecta la iniciativa y la industria particular y establece un monopolio de hecho vedado por la Constitución, el cual se traduce en el aprovechamiento exclusivo de la industria de transportes terrestres y fluviales, con perjuicio de la economía general y de la iniciativa privada que se manifiesta en la acción de respetabilísimas compañías de muchos años de existencia, cuyo negocio lícito habría de sufrir ruinosa competencia de la empresa oficial ya que como tál ni paga impuestos de gasolina, ni los municipales de placas y patentes de vehículos y sí goza de muchas otras ventajas y privilegios que para el caso se tornan odiosos. Estima el doctor Navarro que en esta forma el Consejo Administrativo de Ferrocarriles viene excediendo los poderes y funciones que limitativamente le impuso la ley orgánica.

Como el Ministerio de Obras Públicas determinara no atender tal petición en el sentido insinuado, el doctor Navarro insistió en su querella, y al efecto elevó un nuevo memorial el 17 de mayo del mismo año recabando una categórica respuesta que revistiera no sólo en su forma sino en su contenido las características de una resolución ministerial favorable o desfavorable, pero explícita, suscrita por el Presidente

de la República y el Ministro de Obras Públicas, por ser este el conducto regular para obtener una providencia adecuada. Arguye, además, que teniendo el Poder Ejecutivo, de acuerdo con la Constitución Nacional, la potestad reglamentaria para fijar el verdadero alcance de la ley, y por consiguiente, el radio de acción del Consejo de Ferrocarriles, como simple dependencia administrativa sujeta al control de los tres Organos que integran ese Poder, ha debido dar normas reguladoras de su actividad, mediante decretos, órdenes o resoluciones.

Instado así el Ministerio de Obras Públicas expidió la Resolución de 5 de julio de 1935, por medio de la cual y después de rebatir las alegaciones del memorialista, y sustentar la autonomía del Consejo de Ferrocarriles como persona jurídica de creación legal, así como la facultad del Presidente de la República para delegar en sus Ministros la potestad reglamentaria que comprende la función de dictar providencias que desaten las peticiones de los particulares, negó definitivamente las dos solicitudes del doctor Navarro. El resultado adverso de sus gestiones lo hizo venir al Consejo de Estado en demanda de nulidad de las providencias ministeriales que se han relacionado y que en copias auténticadas adjuntó.

Como fundamentos de hecho y de derecho dio los mismos que sustentaron las peticiones historiadas, señalando además como preceptos directamente violados por las resoluciones acusadas los artículos 20, 63, ordinales 7º y 8º; artículo 120, ordinal 13, y 14 de la Constitución; 4 del Acto legislativo número 3 de 1910, 25 a 32, 1257 del Código Civil, y la Ley 29 de 1931.

El señor Fiscal de la corporación sustenta las teorías que informan los actos realizados y pide se nieguen las peticiones de la demanda.

El Consejo de Estado opina que las afirmaciones repetidas del recurrente en el sentido de que el Consejo de Ferrocarriles es mandatario de la Nación en la gestión administrativa de la empresa, está en un todo reñida con la realidad jurídica. Desde un punto de vista meramente doctrinario el Consejo afirma que los servicios públicos no se rigen, salvo casos excepcionales, dentro de los cuales no cabe el que se está estudiando, por el sistema del mandato civil ni comercial.

Al establecer el Consejo de Ferrocarriles el legislador no le dio mandato alguno; solamente empleó un procedimiento técnico para descentralizar esta rama del servicio público. La descentralización administrativa puede referirse a dos clases de instituciones de derecho público: o bien a las personas jurídicas territoriales —Departamentos y Municipios—, o bien a instituciones que agrupan con independencia y con poder propio de decisión uno o varios servicios públicos.

Hay descentralización cuando la ley o el reglamento dan a la entidad inferior un poder propio de decisión que se concreta generalmente en la libre disposición de un patrimonio autónomo especialmente adscrito. De esta manera se liberta de la disciplina y el control jerárquico a organismos que de otro modo estarían sometidos como todos los funcionarios y órganos centralizados.

Sin embargo, esta autonomía de las instituciones descentralizadas está condicionada por el ejercicio de la *tutela administrativa.*

Como dice el profesor Hauriou en su obra *Derecho Administrativo* 12ª edición, pág. 91):

"La tutela administrativa presenta los siguientes caracteres:

"1º Es un control administrativo que no se ejerce sino por los tribunales administrativos o por los agentes administrativos.

"2º Se establece principalmente en el interés general del Estado y con el fin de mantener a las autoridades administrativas descentralizadas *dentro de los límites de sus atribuciones* y con el fin de evitar los abusos y las tiranías locales."

La tutela la ejerce la autoridad superior sobre la inferior por dos causas principales: bien por razones de oportunidad, como cuando la autoridad superior considera que el acto de la autoridad inferior no es conveniente, bien cuando este acto se sale de la legalidad o está viciado de nulidad por exceso o desviación de poder. Es muy importante esta distinción, pues el Consejo estima que no sería competente para controlar el ejercicio de una tutela de la primera clase. En efecto, las autoridades administrativas gozan de un cierto "poder discrecional" para apreciar razones de oportunidad y por consiguiente el acto que se basa en estas razones y sólo por este aspecto está fuera del control jurisdiccional.

La primera causal solamente se encuentra establecida en nuestra ley en casos muy contados. Nuestra descentralización es muy amplia. Sólo en muy raras ocasiones puede una autoridad superior modificar, reformar o anular los actos de una administración descentralizada, por motivos de conveniencia. Se pueden citar como ejemplo los casos previstos por los artículos 1º y 3º de la Ley 71 de 1916 y por los numerales 16 y 17 del artículo 169 del Código Político y Municipal.

Por el contrario, por causa de ilegalidad siempre se puede ejercer la tutela administrativa. El artículo 120 de la Constitución Nacional en su numeral 2º obliga al Presidente a velar por el estricto cumplimiento de las leyes. Luego le impone la obligación de ejercer por motivos de ilegalidad la tutela. Con mayor razón se la impondrá cuando ésta no ha sido atribuida por la ley a ninguna otra autoridad. Por lo demás, existen en nuestra legislación numerosos textos generales que regulan esta materia. (Artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910, numerales 5º y 7º; artículo 68, numeral 8º, del Código Político y Municipal; artículos 1º y 3º de la Ley 11 de 1913, etc).

En virtud de los principios expuestos, el Consejo estima que el señor Julio Navarro T. obró legalmente al pedir a la autoridad competente el ejercicio de la tutela administrativa consagrada en los textos constitucionales y legales.

La Ley 29 de 1931 le dio competencia al organismo allí creado para administrar los ferrocarriles que se hallen actualmente en servicio, los que en adelante vayan entrando en explotación y los que pasen a ser de propiedad nacional. Por consiguiente, tal ley circunscribió la órbita dentro de la cual puede actuar el Consejo de Ferrocarriles.

Los agentes públicos no tienen otra competencia que aquella que les da la ley. Para que sus actos, pues, no queden viciados de nulidad deben obrar siempre en las condiciones y mediante las formalidades legales. Por consiguiente, al crear el Consejo de Ferrocarriles el servicio complementario de camiones y autobuses, extraño y distinto a su primordial función, actuaba fuera de la legalidad. Cuando entró en vigencia la Ley 86 de 1935 se legalizó esta actividad del Consejo de Ferrocarriles, pues en su artículo 2º lo faculta para establecer bajo su inmediata administración, servicios de transportes automotores en conexión con sus vías férreas, etc.

Empero, si inválida en su época la resolución acusada, por virtud de la última ley dejó de serlo, cual se desprende de la nueva actividad que se deja descrita y comentada.

Sin embargo, y en vista de la doctrina adoptada por esta corporación, en virtud de la cual debe considerarse el acto acusado para su revisión dentro de las condiciones legales vigentes en el momento en que se dictó y aun cuando la sanción sea meramente teórica, la extralimitación de poderes que patentiza a cargo del Consejo de Ferrocarriles el acto analizado, debe acarrear la nulidad de éste.

Esta conclusión se conforma como ya se dijo con la doctrina adoptada en varias ocasiones por el Consejo, ya que la revisión se opera

sobre las bases de la demanda y en armonía con las leyes a las cuales precisamente debía ceñirse dicho acto en su nacimiento. Si leyes posteriores establecen mudanza en el ambiente que contribuyó a la formación de aquel acto el influjo de aquéllas no alcanza a darle juridicidad desde sus comienzos, y por tanto, su vigencia a la luz del antiguo estatuto fue injuridica.

En Francia la jurisprudencia ha admitido que el Estado puede incurrir en responsabilidad por el ejercicio de la facultad legislativa, cuando al hacerlo ha causado perjuicio a los particulares. Es muy lógica esta conclusión en Francia, pues como allá no se conoce el principio de que las disposiciones constitucionales priman sobre las legales, una ley podría desconocer los derechos adquiridos en virtud de actos creadores de situaciones jurídicas individuales.

En Colombia la garantía constitucional de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos es suficiente para resguardar los derechos de los particulares, pues la ley que viole tales situaciones es inconstitucional. Cuando se trata de la aplicación de leyes expedidas por motivos de utilidad pública o de interés social, entonces la Constitución misma ha reglamentado la responsabilidad legislativa, imponiendo al Estado la obligación de indemnizar plenamente a las personas que resulten perjudicadas por la aplicación de tales leyes.

El respeto de los derechos adquiridos está debidamente complementado por la disposición que prohibe al Estado establecer monopolios sin que medie indemnización a las personas que ejerzan la industria que se monopoliza.

En síntesis, se puede decir que la responsabilidad del Estado por perjuicios causados por el Organo Legislativo está regulada en la Constitución. Si se tiene un "derecho adquirido," o si se usa de la libertad de industrias reconocida en la Constitución, el legislador no puede desconocer estas situaciones jurídicas concretas sino en casos precisos, en los cuales tiene obligación de indemnizar plenamente a los particulares. La Ley 38 de 1918 complementa y desarrolla el principio constitucional, cuando establece la responsabilidad general del Estado en todos aquellos casos en que se cause un perjuicio.

En el caso de autos no se ha demostrado que hubiera derechos adquiridos cuando la Ley 86 de 1935 autorizó al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para establecer el servicio de camiones y de autobuses en determinadas circunstancias. En efecto, para que exista un derecho adquirido no basta con tener la posibilidad de establecer una empresa de transportes. Mientras no se haya ejercitado esa facultad legal, se está en presencia de una situación jurídica general que puede ser modificada por el legislador en cualquier momento, siempre que, por otra parte, éste no infrinja otros preceptos constitucionales. Para que haya violación de un derecho adquirido, es menester que existan situaciones jurídicas concretas o individuales que se desconozcan en la nueva ley y ciertamente no se ha traído al proceso la prueba de la existencia de tales situaciones.

En lo que respecta a la creación de un monopolio es verdad, y así lo ha reconocido esta corporación, que la prohibición constitucional se extiende tanto al monopolio de derecho como al de hecho, pues, de lo contrario, se acudiría al procedimiento de establecer una concurrencia ruinosa para ejercer un monopolio de hecho y desconocer así la prohibición constitucional.

Así, en Francia, el Consejo de Estado ha declarado que los Municipios no pueden ejercer aquellas actividades que violan la libertad de industria y de comercio. Dice el profesor Jeze (pág. 98 de la obra *Principios Generales de Derecho Administrativo,* 3ª edición):

"Empero, el Consejo de Estado estima que esta creación general hecha por el Parlamento, de servicios públicos locales, está limitada por ciertos principios fundamentales estatuidos por el legislador mismo, como son la libertad de comercio y de industria y el régimen de la libre competencia económica. Por lo tanto, las autoridades locales no pueden legalmente usar la autorización general y organizar un servicio público, sino en la medida que no se atente contra estos principios fundamentales. Según el Consejo de Estado, esto implica que la iniciativa privada no satisface, o no puede satisfacer sino de una manera muy incompleta, a las necesidades de interés general."

En el caso de autos también habría sido necesario que se demostrara que el Estado estaba ejerciendo una industria en condiciones tales que hiciera imposible la competencia. Esto, porque el Estado podría, en virtud de la autorización constitucional de 1936, ejercer una industria con el objeto de racionalizar la producción, la distribución de la riqueza, o la remuneración de los trabajadores. No basta, pues, con que el Estado ejerza una industria, para que esto sea inconstitucional. Hay que probar que con ese ejercicio se crea un monopolio de hecho, cosa que no está demostrada en el expediente.

De otro lado, el Consejo estima que no se pueden considerar los argumentos traídos por el recurrente en el sentido de que la entidad administradora de los ferrocarriles nacionales esté ejerciendo monopolio de hecho en la industria de transportes automotores, pues no se ha demostrado cuáles son las tarifas establecidas ni en qué forma se ejercita la actividad denunciada y si ella constituye en realidad un privilegio exclusivo. Además, se está ejercitando una acción pública en la cual no podría admitirse la prueba de perjuicios ni por tanto podría constreñirse eficazmente al Gobierno a regimentar en forma adecuada la empresa oficial.

En mérito de las consideraciones precedentes 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, declara nula la resolución ministerial de cinco de junio de mil novecientos treinta y cinco, emanada del Ministerio de Obras Públicas, y que ha sido materia de este debate.

No hay lugar a hacer las demás declaraciones de nulidad solicitadas, por lo que respecta a la resolución dictada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y publíquese.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Estatuto del Magisterio

Consejero ponente, doctor
PEDRO MARTIN QUIÑONES

Reglada de manera completa, como hoy lo está, la carrera del magisterio, es claro que a la expedición de un decreto que tienda a variar en cualquier forma la situación de un maestro de escuela, debe preceder una información más o menos breve, pero siempre explícita, de la cual surjan con evidencia jurídica la causal o causales que tal variación determinen. De otro modo aquella sabia labor de reglamentación quedaría a merced del juicio más o menos acertado y sereno de los gobernantes y expuesta por consiguiente a tornarse ilusoria.

Consejo de Estado—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos treinta y ocho.

Por Decreto número 35, de 28 de enero de 1937, el Gobierno departamental de Boyacá nombró con carácter interino a la señorita Ana Celmira Medina para Directora de la Escuela Urbana de Niñas de Gachantivá, cargo que desempeñó hasta cuando el Inspector de la Tercera Zona y mediante la Resolución número 17, de 19 de agosto del mismo año, la destituyó del ejercicio de tal cargo.

Días después, el señor Gobernador ratificó esta medida por el Decreto 405, agosto 24, que la declara "suspendida" en su empleo y designa el reemplazo. Estos dos últimos actos fueron acusados en oportunidad por la interesada y agitado el recurso ante el Tribunal de Tunja, fue desatado por sentencia de 20 de octubre del mismo año, que declara las nulidades solicitadas.

Este fallo se revisa por apelación que le fue otorgada al señor Fiscal de primera instancia, cuya única actuación consistió precisamente en la interposición del recurso en el acto de la notificación.

Empero, sobre el primero de los actos acusados, o sea sobre la Resolución 17, de 19 de agosto de 1937, dictada por el llamado Inspector Escolar de la Tercera Zona, y cuyos efectos se concretaron a privar del cargo de Directora de la Escuela Urbana que le había sido asignado a la demandante, nada tiene qué observar el Consejo si se considera que la decisión de este problema está adscrita privativamente y en única instancia al Tribunal Administrativo de Tunja, por virtud de lo dispuesto en el ordinal g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913. Luego la declaración de nulidad allí pronunciada no tiene apelación y queda en firme.

El Decreto 405, analizado a la faz del artículo 3º de la Ley 37 de 1935, reformatoria del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal y de los decretos ejecutivos que se han dictado en desarrollo de lo preceptuado en el artículo 1º de aquella ley, sugiere estas breves consideraciones jurídicas:

El nuevo estatuto nacional facilita grandemente la labor de nombramiento y remoción de los maestros, a cargo de los Gobernadores, mediante el acatamiento a las normas de organización y reglamentación posteriormente dictadas en el Ministerio sobre las bases enunciadas en el artículo 1º de la ley, que dice así:

"El Ministerio de Educación Nacional organizará y reglamentará el magisterio escolar y determinará 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....."

En el Decreto ejecutivo número 1602, de 6 de junio de 1936, reglamentario de la dicha función, se dispone que no podrán formar parte del escalafón ni ser nombrados directores de escuela los maestros que se hallen en los siguientes casos: haber sido condenados a pena aflictiva, adolecer de embriaguez consuetudinaria y del vicio del juego habitual, vivir en amancebamiento público, observar conducta moral depravada, adolecer de cualesquiera de las enfermedades siguientes: tuberculosis, lepra, sífilis, demencia, neurosis o psicosis de cualquiera índole, defectos físicos notorios, voz bitonal o nasal, tartamudez y deficiencias graves de visión o audición y que "un maestro sólo podrá ser cambiado, removido de su cargo o suspendido en el ejercicio de sus funciones por haber incurrido en alguna de dichas causales....." (Artículo 9º).

Reglada de manera tan completa esta función pública es claro que a la expedición de un decreto que tienda a variar en cualquier forma la situación de un maestro de escuela debe preceder una información más o menos breve, pero siempre explícita, de donde surja con evidencia jurídica la causal o las causales que tal variación determinen. De otro modo aquella sabia labor de reglamentación de la ley y el decreto que a ella se incorpora, quedaría a merced del juicio más o menos acertado y sereno de los gobernantes y expuesta por consiguiente a tornarse ilusoria.

Para el presente caso la solución que deba darse a la contienda que viene sosteniendo la maestra suspendida emerge con facilidad y de conformidad con sus pretensiones por la simple consideración de que el decreto cuestionado tiene por única base conocida y por antecedente inmediato la resolución del Inspector de la Tercera Zona, que el fallo revisado invalida definitivamente. Luego si esta base y dicho antecedente han desaparecido del ambiente oficial, el decreto por sí solo no puede subsistir, mientras no se acomode y fundamente en los preceptos reglamentarios que se han comentado atrás.

Y no es que se haya olvidado el hecho de que la señorita Medina fue nombrada en interinidad; es que esa interinidad "mientras el Ministerio de Educación reglamenta el escalafón nacional del magisterio," según el contexto del decreto primitivo, y lo dispuesto en el Decreto ejecutivo 1984, de 5 de diciembre de 1936, en relación con los nombramientos y promociones hechos antes de que se formase el escalafón, están indicando claramente que la maestra querellante no podía ser privada del ejercicio de sus funciones a pretexto de su comentada interinidad, ni un día antes de que se pusiese a regir la Resolución ejecutiva número 357, de 19 de octubre de 1937, que aprobó dicho escalafón.

Finalmente, si se considera que la determinación tomada por el funcionario escolar de la Tercera Zona, subalterno de la Gobernación, no podía tener cumplido efecto sin la previa aprobación del superior, y que una vez aprobada entra a formar parte integrante del Decreto 405, podría también aceptarse que el Consejo, que es competente para revisar, por virtud del recurso interpuesto, el mencionado decreto, tam-

bién lo es para estudiar y calificar sus necesarios antecedentes. Y de este modo la indicada resolución del Inspector de Zona podría revisarse.

Pero sometida a este nuevo proceso esa actuación viene a deducirse que de sus términos literales ni de su contenido surge un cargo concreto, una causal comprobada que pudiera justificar en el régimen de derecho que vigila la carrera profesional del magisterio, una destitución, pero ni siquiera una suspensión.

Esas proposiciones consideratívas del acto del inferior contienen la enunciación más o menos imprecisa y vaga de cargos de mala conducta, cuyos constitutivos dejan ignorar sistemáticamente. De ahí no puede seguirse el acatamiento a las normas superiores que obligan a una investigación eficaz.

El señor Fiscal del Consejo sustenta la confirmación total del fallo recurrido y termina así su concepto:

"El cambio de legislación sobre la materia no ha destruído la carrera administrativa de los maestros de escuela, sino que por el contrario la ha hecho más sólida y sobre bases científicas de reconocido acierto."

Y en verdad que sería un desatino la defensa de la tesis opuesta.

El fallo habrá de confirmarse en cuanto a la declaración de nulidad del decreto que se acaba de analizar, pero debe también determinarse para prevenir futuros errores del Tribunal *a quo*, que los actos administrativos emanados de simples empleados departamentales, de los comprendidos en el ordinal g) del artículo 38 de la Ley 130-1913, no están sometidos a recurso posterior de apelación.

Por lo anterior el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en armonía con la opinión de su Fiscal, confirma el fallo apelado en todo lo que se relaciona con la declaración de nulidad del Decreto 405 de 1937 del Gobernador del Departamento de Boyacá, que ha sido materia de este estudio, y se abstiene de revisarlo en lo que atañe a la Resolución 17, de 19 de agosto del mismo año, del Inspector Escolar de la Tercera Zona de aquel Departamento, cuya nulidad también declaró el Tribunal, porque este fallo es inapelable y por tanto, también queda en firme esta declaración.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a los señores Ministro de Gobierno y Gobernador de Boyacá, y archívese el expediente.

Se hace uso del papel común en fuerza de lo dispuesto en el artículo 351 del Código Judicial.

Carlos Lozano y Lozano—Pedro Martín Quiñones—Ramón Miranda. Guillermo Peñaranda Arenas—Isaías Cepeda—Elías Abad Mesa—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Examen de cuentas

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

No se trata de un desfalco ni de una partida de dinero que se haya extraviado, sino simplemente de un error en los asientos de los libros, error que puede y debe subsanar el responsable en la forma que indiquen los reglamentos de la Contraloría.

Consejo de Estado—Bogotá, marzo treinta de mil novecientos treinta y ocho.

Por auto de la Contraloría General de la República número 3126, de 29 de septiembre del año pasado, se feneció la cuenta de la Pagaduría del Departamento de Publicaciones Oficiales correspondiente al mes de febrero del mismo año, dejando a cargo del responsable señor Carlos E. Valenzuela un alcance por la suma de $ 228.13.

No habiéndose conformado el interesado con tal providencia, pidió reconsideración de ella con subsidiaria apelación ante esta entidad, la que le fue concedida, motivo por el cual vino el expediente a esta corporación, en donde habiendo recibido el trámite legal que le corresponde, se procede a ponerle término previas las siguientes consideraciones:

La Contraloría formula así la glosa: "Carga el responsable a la cuenta de Depósitos $ 228-13, como devueltos en el mes, pero no acompaña comprobantes que respalden el asiento; se deja a su cargo tal suma." Y continúa:

"Explica el cuentadante que en enero de este año consignó en la Tesorería General de la República en cumplimiento de las instrucciones dadas por este Despacho para los Pagadores residentes en esta ciudad, la suma de $ 3.307.10, correspondiente al saldo existente en su poder el 30 de diciembre de 1936; que como en la contabilidad que se lleva en esa Pagaduría aparecían en su poder todas las sumas descontadas por concepto de embargos judiciales y defensa nacional, a pesar de que estas sumas fueron consignadas en enero antes citado en la Tesorería, que por esta razón en la cuenta de Depósitos Provisionales, correspondiente al mes de febrero descargó los $ 228.13, que correspondían a dichos descuentos; que por un olvido involuntario no descargó de la cuenta de Depósitos Provisionales las sumas descontadas por embargos judiciales y defensa nacional en el mes de diciembre, a la cual correspondían tales descuentos, por corresponder a este mes el saldo que consignó en la Tesorería General; y que el comprobante de que trata el aviso de observaciones sobre depósitos provisionales, no se acompañó en la cuenta de febrero, por haber sido enviado en la cuenta de diciembre el recibo de consignación expedido por la Tesorería."

Para la Contraloría no son suficientes las anteriores razones, lo que dio lugar a que el responsable hiciera la siguiente nueva aclaración:

"La cantidad de $ 3.307.10 a que se ha hecho referencia y cuya consignación en la Tesorería General de la República está comprobada con el recibo número 0013 de esa oficina, la abonaron a efectivo, como saldo sobrante de la cuenta del Departamento de Publicaciones Oficiales, según se desprende del *Informe Financiero* del Contralor, referente al año de 1936, pág. 76. Análisis del activo y pasivo de las cuentas varias, Lazaretos, Ministerios y otras dependencias administrativas."

Dice que tal cantidad de $ 3.307.10 no es toda de efectivo, pues en ella está comprendida la partida de $ 497.12, saldo de la cuenta de Depósitos Provisionales, y otras, que fueron pedidas para atender a la devolución de dineros que pertenecían a fondos particulares y que constituyen depósitos que se mueven dentro de la cuenta general, de conformidad con disposiciones vigentes. Y añade:

"Los referidos $ 497.12, cuya descomposición ya se hizo, fornían parte de la suma consignada en la Tesorería General el 5 de enero citado, según el recibo que reposa en esa Superioridad; pero el suscrito cometió el error —desde luégo involuntario—, de no descargar en enero la cuenta de Depósitos Provisionales, como ha debido hacerse; y de ahí que aparezca en el balance con saldo débito en enero, y en febrero, como es natural, con saldo crédito por la misma cantidad. Así, pues, quedando demostrado que los $ 228.13 son parte del saldo de que se habla y que este saldo hace parte de los $ 3.307.10 ya aludidos, es el caso de reponer el fenecimiento de que hablo para levantar la glosa y corregir el error cometido."

En el alegato que presenta el responsable ante esta corporación, hace el siguiente análisis de los saldos de las cuentas de Depósitos Provisionales y Acreedores Varios, en 31 de diciembre de 1936:

Fondos reservados .... $	195.94
Embargos judiciales y cuota de defensa nacional	273.13
Estampillas	28.05
Total de Depósitos Provisionales y de fondos reservados $	497.12

Visto el informe de la Contraloría General de la República correspondiente al año de 1936, en la pág. 76, aparece que realmente se incluyó en la columna de efectivo toda la cantidad de $ 3.307-10 consignada por el señor Valenzuela en la Tesorería General el 5 de enero de ese año, y de la cual tiene el recibo número 0013; e igualmente aparecen allí en las columnas de Acreedores Varios y Depósitos, las cantidades de $ 223.99 y $ 273.13, respectivamente, que sumadas dan los $ 497.12, a que se refiere el responsable.

La misma Contraloría en su auto de diciembre último, folio 26, indica la manera como debe corregir el Pagador el error apuntado, que es sentando una nueva partida o contrapartida en los libros respectivos a fin de que no vaya a alterarse la contabilidad de la oficina, partida que es la siguiente:

"Efectivo ....$	228.13	
a Depósitos Provisionales		228.13"

Y continúa: "La diferencia entre $ 273.13, saldo de depósitos en 30 de diciembre de 1936, y $ 228.13, saldo de la misma cuenta que canceló indebidamente en febrero, es de $ 45, que devolvió en los meses siguientes, para lo cual incluyó esa suma en su presupuesto de gastos que elaboró en diciembre de 1936 para enero del año en curso.

"Descrito el asiento anterior, el saldo de efectivo aumenta y aumentan o deben aumentar las existencias en dinero, para que sean iguales

entre sí y no haya faltante o desfalco. Es decir, se subsana el error y al mismo tiempo tiene lugar el reintegro. Mientras tal cosa hace, se mantiene en vigor el alcance."

De todo lo expuesto aparece, pues, que no se trata propiamente de un desfalco ni de una partida de dinero que se haya extraviado sino simplemente de un error en los asientos de los libros del Pagador, error que puede y debe subsanar el responsable, en la forma que lo indican los reglamentos de la Contraloría.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto de la Contraloría número 3126, de 29 de septiembre del año pasado, de que se ha venido tratando, y en su lugar fenece sin alcance alguno la cuenta de la Pagaduría del Departamento de Publicaciones Oficiales en el mes de febrero de 1937, de la que es responsable el señor Carlos E. Valenzuela.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase a la oficina de su origen.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Notificación de los actos administrativos

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

La publicación de los actos en el periódico oficial respectivo constituye la notificación de ellos a todos los individuos que puedan tener interés personal en conocerlos.

Consejo de Estado—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos treinta y ocho.

Con fecha 15 de octubre del año pasado, el señor Elias Gómez Acosta, por medio de apoderado pidió al Tribunal Administrativo de esta ciudad, hiciera las siguientes declaraciones:

Que declarara la nulidad del Decreto número 532, de 17 de junio del mismo año, de la Gobernación de Cundinamarca, por el cual se le destituyó del cargo de Maestro de Escuela de Varones de Simijaca, y que, como consecuencia de tal declaración ordenara volverlo a su puesto, con derecho a percibir los sueldos que hayan dejado de pagársele, hasta cuando sea restablecido en sus funciones.

El Tribunal *a quo* no admitió la demanda, basado en que cuando el interesado la presentó, habian transcurrido ya los noventa días del término que concede el artículo 111 del Código de lo Contencioso Administrativo, en relación con el 53 de la misma obra, para acusar los actos de los Gobernadores, y ser, por consiguiente, extemporánea en su concepto.

Pedida la reconsideración de tal providencia, tampoco accedió el Tribunal a revocarla, pero concedió la apelación que se había interpuesto subsidiariamente, motivo por el cual se procede a resolver lo que sea pertinente:

Si hubiera figurado en el expediente el periódico oficial con la publicación del decreto acusado, habría quedado desde el principio demostrado el día de la notificación de sus disposiciones al actor, toda vez que la Ley 130 de 1913 contiene disposiciones pertinentes al caso, en relación con las de la Ley 71 de 1916. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido repetida en este particular, y puede resumirse diciendo que la publicación de los actos como éste que se estudia, en el periódico oficial respectivo constituye la notificación de él a todos los individuos que puedan tener interés personal en conocerlos.

A folios 3 vuelto aparece copia debidamente autenticada del Decreto número 532, de 17 de junio de 1937, original de la Gobernación de Cundinamarca, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento recaído en el señor Elias Gómez Acosta, como Director de la Escuela Urbana de Varones de 3º y 4º grados del Municipio de Simijaca, y se nombró el correspondiente reemplazo. También aparece la certificación del Secretario de Gobierno de Cundinamarca sobre que este decreto no ha sido publicado hasta la fecha en la *Gaceta de Cundina-*

marca. Vino la copia en virtud de petición hecha por el mismo interesado, al Director de Educación Pública del Departamento, con fecha 4 de agosto de 1937, en la cual, entre otras cosas, dice:

"En mi condición de ciudadano colombiano, vengo a solicitarle por segunda vez, ya que no fui atendido en mi primera solicitud, que fue hecha por memorial del mes de julio último, se ordene a quien corresponda expedirme copia legalizada del decreto de la Gobernación de Cundinamarca, por el cual se me destituyó del cargo de Director de la Escuela de Varones de 3º y 4º grado del Municipio de Simijaca."

Podemos dar por sentado que la afirmación de Gómez Acosta, relativa a que él formuló su primera petición para obtener copia del decreto mencionado, es verdadera. Y podemos suponer también que esa petición llevara fecha del 1º de julio de 1937, abriendo campo amplio a las suposiciones que pudieran favorecerlo, ya que no puede tenerse por cierto que el acto fuera conocido del interesado el mismo día de su fecha. Entonces se tiene que del 1º de julio de 1937, al 15 de octubre del mismo año, fecha en que fue presentada la demanda en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Bogotá, no transcurrieron los noventa días de término de que habla la Ley 130 de 1913, dentro del cual pueden ser acusados los decretos de la Gobernación del Departamento, como el que es materia de esta acusación, puesto que sólo se trata de días hábiles y hay que descontar por consiguiente los 15 domingos que hubo durante ese lapso, el 20 de julio, y los demás días en que por otras causas no pudo haber despacho para el público en el Tribunal.

De modo que si el argumento principal con que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se denegó a admitir la demanda de Gómez Acosta, cae por su base, como se acaba de decir, es llegado el caso de revocar el auto de fecha 26 de octubre del año pasado, no precisamente por las razones que ha expresado el señor Fiscal del Consejo, sino por las que acaban de enumerarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal, revoca el auto del Tribunal Administrativo de esta ciudad, de fecha veintiséis de octubre del año pasado, y en su lugar ordena aceptar la demanda de 15 de octubre del mismo año, presentada en la Secretaría de esa corporación por el doctor Edmundo Vilar, a nombre del interesado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano —Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos de la Intendencia del Chocó

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Como las disposiciones acusadas de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales tuvieron su origen en la calificación de renta que hizo la oficina correspondiente del Departamento de Antioquia a una sociedad domiciliada en Istmina, Intendencia del Chocó, y esta Intendencia, de acuerdo con el artículo 29 del Decreto número 2244, de 28 de diciembre de 1931, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cae bajo la jurisdicción del Departamento de Antioquia, para los efectos de la Ley 81 de 1931, es al Tribunal Administrativo de Medellín, y no al de Cali, a quien corresponde el conocimiento del asunto.

Consejo de Estado—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos treinta y ocho.

Vino este expediente para resolver la apelación interpuesta por el actor, que lo es la Compañía denominada "Anglo Colombian Development Company Limited," representada por su apoderado doctor Adolfo Córdoba, contra el auto del Tribunal Administrativo de Cali, de fecha 13 de diciembre del año pasado, que no admitió la demanda de nulidad de las Resoluciones números 2, de 10 de agosto de 1937, dictada en Medellin por el Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales; 1282 y 1338, de 28 de septiembre y 9 de octubre del mismo año, respectivamente, dictadas por el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales de Bogotá.

Examinado detenidamente el asunto, después de haber recibido la tramitación que le corresponde en esta corporación, se observa que por la primera de las resoluciones acusadas, la Inspección General de Rentas e Impuestos Nacionales de Medellin, revisó la liquidación del impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1935, de la citada sociedad anónima, domiciliada en Istmina, Intendencia del Chocó, y como resultado de dicha revisión fijó la suma que debe pagar tal compañía por impuesto de renta y patrimonio en dicho año, en la cantidad de $ 6.852.18, y ordenó, en consecuencia, pasar a la compañía una cuenta de cobro adicional por $ 6.513.78, diferencia entre lo ya pagado por ella y esta liquidación.

Por las otras dos resoluciones acusadas, el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales de Bogotá, declaró que no es posible acceder a la solicitud del doctor Miguel S. Uribe Holguín, hecha a nombre de varias compañías mineras, para que se disponga que las resoluciones que modificaron el impuesto sobre renta de esas compañías, no tengan efecto, y en consecuencia, no se les haga cobro alguno adicional.

A fin de resolver el asunto, debe examinarse ante todo la competencia del Tribunal *a quo* para avocar su conocimiento, sin entrar a estudiarlo en el fondo, por tratarse únicamente de la apelación del auto que desechó la demanda.

No es aplicable al caso la disposición contenida en el artículo 155 del Código Judicial, citada en la demanda, porque hay disposiciones especiales para esta clase de asuntos contencioso-administrativos, que deben tenerse en cuenta preferencialmente, tales como el artículo 89 de la Ley 130 de 1913 y el 12 de la Ley 78 de 1935; pero, por sobre éstas, está la contenida en el artículo 29 del Decreto 2244, de 28 de diciembre de 1931 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que dice:

"Para los efectos de la Ley 81 de 1931, las Intendencias y Comisarías se adscriben a los Departamentos, así: *el Chocó,* a *Antioquia;* San Andrés y Providencia, a Bolívar; el Meta, Arauca, Vichada y Vaupés, a Cundinamarca; el Caquetá, al Huila; La Goajira, al Magdalena, y el Putumayo, a Nariño.

"Parágrafo. En la Intendencia del Amazonas el Administrador de Aduana y Hacienda Nacional, ejercerá las funciones señaladas en la Ley 81 y en el presente decreto a los Administradores de Rentas Nacionales de los Departamentos."

La Ley 81 de 1931 es relativa al impuesto sobre la renta, luego la transcrita disposición es la aplicable al caso de que se trata. En efecto, aun cuando hay dos disposiciones acusadas de la Jefatura de Rentas de Bogotá, como ellas tuvieron su origen en la calificación de renta que hizo la oficina correspondiente del Departamento de Antioquia a una sociedad domiciliada en Istmina, Intendencia del Chocó, y esta Intendencia de acuerdo con tal disposición cae bajo la jurisdicción del Departamento de Antioquia, es al Tribunal Administrativo de Medellín a quien corresponde el conocimiento del asunto y no al de Cali.

Como a esta misma conclusión llegó el Tribunal de que se trata en el auto que se revisa, aun cuando por otras razones, tal auto debe confirmarse, y así lo hace el Consejo de Estado en esta providencia, de acuerdo con su Fiscal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Licitación pública

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Sería peligroso para los intereses nacionales sentar el precedente de que, sin licitación pública, se pueden celebrar contratos para la conducción de los correos nacionales y para la disposición de los bienes del Estado.

Consejo de Estado—Bogotá, tres de mayo de mil novecientos treinta y ocho.

Procedente del Ministerio de Correos y Telégrafos y con el objeto de que sea revisado por esta corporación, ha venido el contrato celebrado en esta ciudad el 25 de febrero último, entre el señor Ministro del ramo, doctor Jorge Restrepo Hoyos, en representación del Gobierno Nacional, y el doctor José J. Gómez R., en su calidad de apoderado del señor Olimpo del Valle, vecino de Magangué, que es el contratista.

Por el mencionado contrato reconoce el Gobierno que el contratista ha prestado los servicios de correo a satisfacción, que ordenó el Ministerio de Correos en el mes de diciembre de 1936; estos servicios son adicionales al contrato de las líneas del Atlántico, Bolivar, 2ª Sección, primer grupo, y Atlántico, Bolivar, 2ª Sección, segundo grupo, que comprende los viajes hechos de Cartagena a Montería, de Magangué a Zaragoza, y de Magangué a Ayapel, servicios que se han estimado por el Ministerio en la suma de $ 8.166.20.

En pago de estos servicios y en calidad de permuta, cede el Gobierno en propiedad al contratista, según el pacto que se estudia, los dos barcos denominados *Neiva* y *Nechi*, que tenia el Ministerio de Agricultura anclados en el puerto de Barranquilla, y cuyo valor, según los peritos nombrados por el Ministerio de Gobierno para ese efecto, llega a la misma cantidad de $ 8.166.20.

En síntesis, los antecedentes de dicho contrato son los siguientes: los dos buques mencionados estaban por cuenta del Ministerio de Agricultura anclados en Barranquilla y casi abandonados, pues su reparación montaba a la suma de $ 70.000, en concepto de los técnicos del Ministerio de Obras Públicas y los gastos de conservación de los mismos eran de $ 100 mensuales, aproximadamente. El Ministerio de Industrias pretendió venderlos en subasta pública, pero el de Correos le pidió suspender el remate que iba a verificarse, pues el contratista de varias líneas de correos en la Costa Atlántica ofreció recibirlos en pago del mejoramiento de tales servicios, los que comenzó a prestar, basado en una carta del Ministerio de Correos que lo autorizaba para ello. En un principio, los buques fueron avaluados en $ 12.126, pero a petición del contratista y en vista del tiempo que habia transcurrido en perfeccionarse la negociación, fueron reavaluados, en la citada cantidad de $ 8.166.20, que es idéntica a la suma que por servicios de conducción de correos se debe al contratista señor Olimpo del Valle. Se alegó que se habia bajado el primer avalúo a la suma anterior, por haber sufrido

graves deterioros los mencionados buques en ese período de tiempo, y a la fecha del contrato ya pedía el contratista que más bien se le hiciera el pago en dinero efectivo por las malas condiciones en que están hoy los barcos.

Para dar cumplimiento a su compromiso, esto es, para traspasar el dominio de ellos al respectivo contratista, el Ministerio solicitó el concepto de la Contraloría General de la República, y esta entidad estableció como condiciones para efectuar la negociación, las siguientes:

"a) Que el valor del avalúo de tales bienes se fije con intervención del Departamento de Provisiones del Gobierno Nacional;

"b) Que si no se lleva a cabo la venta por dinero efectivo sino una permuta por servicios que deben prestarse al Gobierno por los compradores, el valor de tales servicios sea fijado también con la intervención del Departamento de Provisiones;

"c) Que en el caso de permuta por servicios, la propiedad de los barcos no sea transferida a los compradores sino cuando se encuentren pagados en su totalidad, y

"d) Que se suministre en oportunidad una información a la Contraloría General, en relación con la transacción que se efectúa."

Como el Departamento Nacional de Provisiones aceptó su intervención tanto en el avalúo como en el reavalúo, y aquél y éste fueron verificados por funcionarios de la Intendencia Fluvial, el 19 de diciembre de 1937, y se han cumplido los demás requisitos exigidos por la Contraloría, ya que los servicios que se ofrecieron en permuta están prestados, sólo resta estudiar la parte legal de este asunto, con las consideraciones siguientes:

La Ley 106, de 15 de octubre de 1931, sustituyó el artículo 1º de la Ley 116 de 1923, que reglamenta la celebración de contratos para la conducción de correos nacionales, y dijo de esta manera:

"Artículo 1º El artículo 1º de la Ley 116 de 1923..... quedará así: Cuando el Gobierno necesite contratar el transporte de correos nacionales, lo hará mediante licitación pública, si el valor total del contrato excediere de $ 1.000, con las siguientes formalidades: Se formulará por el Ministerio respectivo un pliego de cargos en el que se harán constar las condiciones del servicio que se desea contratar; el pliego de cargos requiere la aprobación del Consejo de Estado, y se publicará por una sola vez en el *Diario Oficial* y en carteles que se fijarán en lugares públicos de la capital de la República; el Consejo de Estado emitirá concepto en un término que no exceda de treinta días, y si así no lo hiciere se considerará que el pliego ha sido aprobado."

(Para no alargar demasiado este concepto, no se transcriben íntegramente las disposiciones de la ley respecto de las formalidades requeridas para la celebración de contratos de esta especie. El objeto principal de esta transcripción es el de hacer resaltar que es requisito indispensable el de la licitación pública).

Por consiguiente, cuando el Ministro de Correos en oficio fechado el 18 de diciembre de 1936 autorizó al contratista señor Del Valle para que iniciara los servicios previamente convenidos con él para el transporte de los correos nacionales de que se habla, servicios adicionales a los contratos ya celebrados entre las mismas partes, no tuvo en cuenta la disposición legal que acaba de citarse respecto de la licitación pública.

En lo que toca con la cesión de los barcos al mencionado contratista señor Del Valle, en pago de servicios de conducción de correos sin previa licitación, como se deja dicho, es de observarse que tampoco se tuvieron en cuenta las disposiciones pertinentes del Código Fiscal en su artículo 13, que prescribe también la subasta pública con reglas especiales, que tampoco se transcriben aquí por demasiado conocidas, y en obsequio de la brevedad de este concepto.

Podría alegarse, en contra de lo que se lleva dicho, la disposición contenida en la Ley 37 de 1925, que sustituyó al 12 de la Ley 42 de 1923, por la cual se creó el Departamento de Contraloría, y que en lo pertinente dice:

"El Contralor prescribirá los procedimientos que han de seguir todos los funcionarios, empleados y agentes encargados de manejo de fondos o propiedades de la Nación, para presentar sus cuentas, formar y confrontar inventarios, así como para todo lo que se refiere a la enajenación de esos fondos o bienes, en cualquier forma que se haga."

Pero esa disposición, como es fácil observarlo con la simple lectura, se refiere a empleados y agentes dependientes de la Contraloría General de la Repbúlica, en lo tocante a bienes que están bajo su propia dependencia.

No se puede decir que los barcos de que se trata, estuvieran bajo la dependencia de empleados de aquella naturaleza, pues al principio los barcos dependieron del Ministerio de Agricultura y luégo dependieron del Ministerio de Correos directamente. Por lo tanto, la disposición transcrita no es aplicable al caso que se está contemplando.

Por último, sería peligroso para los intereses nacionales sentar el precedente de que sin licitación pública se pueden celebrar contratos para la conducción de los correos nacionales y para la disposición de los bienes del Estado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado conceptúa que el contrato celebrado entre el Ministro del ramo de Correos, doctor Jorge Restrepo Hoyos, en representación del Gobierno Nacional, y el doctor José J. Gómez R., en su calidad de apoderado del señor Olimpo del Valle, vecino de Magangué, con fecha 5 de febrero de 1938, no está ajustado a la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Sueldos de retiro

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

La Ley 88 de 1935 es posterior a la sentencia que reconoció el sueldo de retiro del actor. De conformidad con el artículo 58 del Código Político y Municipal, cuando una ley se limite a declarar el sentido de otra no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que éntre a regir. Estas consideraciones bastan para que el Consejo de Estado no acceda a reformar su decisión anterior.

Consejo de Estado—Bogotá, mayo diez de mil novecientos treinta y ocho.

Insiste en su anterior memorial el señor Paulino Rosas, en que se le reconozca el derecho que alega a percibir un aumento de $ 9 mensuales en el sueldo de retiro que le fue otorgado por esta corporación anteriormente.

Afirma que habiendo definido la ley lo que debe entenderse por "último sueldo devengado," que es el correspondiente al último grado militar, a éste es al que debe atenderse para decretar el sueldo de retiro, y no al que el militar estaba devengando por el cargo que desempeñaba.

Sostiene, por otra parte, que lo que él ha entablado es un juicio nuevo para que se le reconozca el saldo de sus sueldos que le quedó pendiente desde el primer fallo, y que por consiguiénte no debe tenerse en cuenta para el efecto, la ejecutoria de la primera sentencia.

Agrega que si se expidiera una nueva ley que aumentara tales sueldos, podría hacerse valer por los interesados aun cuando ya hubiera sentencia a su favor que les reconociera su sueldo de retiro.

A lo anteriormente expuesto, se observa:

Se trata evidentemente de resolver una demanda nueva sobre aumento de un sueldo de retiro, pero salta a la vista que la decisión que haya de recaer, está íntimamente vinculada a la sentencia que reconoció y fijó la cuantía de dicho sueldo, de tal manera que para resolverla no podría hacerse completa abstracción de tal fallo.

Como lo dice el peticionario, la ley define lo que debe entenderse por "el último sueldo devengado," pero el asunto del sueldo del Mayor Rosas fue ya objeto de un juicio ante esta corporación, la que, en vista de las pruebas presentadas por él y con su audiencia, resolvió el punto integralmente hace ya más de dos años, y como no ha habido ley alguna posterior que lo favorezca, ni él ha prestado nuevos servicios militares, hechos que sí habrían variado sustancialmente su posición ante la ley como militar retirado, no es posible acceder por ahora a sus pretensiones.

Es evidente que antes de la expedición de la Ley 88 de 1935, y bajo la vigencia de las Leyes 75 de 1925, 115 de 1928 y 15 de 1929, el Consejo

de Estado vaciló respecto de la interpretación que debía darse a la expresión "último sueldo devengado." Por esa razón se encuentran diversas jurisprudencias de esta corporación, ya en un sentido, ya en otro diferente.

Pero expedida la Ley 88 de 1935, se despejó toda duda, y el Consejo desde entonces ha sentado una jurisprudencia uniforme, que viene sosteniendo de una manera precisa.

Todo ello en virtud de lo que dispone el artículo 58 del Código Político y Municipal, que a la letra dice:

"Artículo 58. Cuando una ley se limite a declarar el sentido de otra, se entenderá incorporada en ella para todos sus efectos; pero no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de entrar a regir."

La sentencia a que se refiere el peticionario, dictada por esta corporación a pedimento de él mismo, para que se le reconociera, en virtud de reposición y revocatoria de la providencia dictada el 17 de junio de 1935, su sueldo de retiro, lleva fecha de 24 de julio del año últimamente citado.

La Ley 88 de 1935, se expidió el 29 de diciembre, y comenzó a regir desde su sanción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la misma. La sanción ejecutiva tiene fecha del mismo 29 de diciembre de 1935.

De manera, pues, que toda duda desaparece si se tiene en cuenta que la mencionada Ley 88 es posterior a la sentencia que reconoció el sueldo de retiro del actor señor Paulino Rosas. Lo que dispone el artículo 58 del Código Político y Municipal es, como se ve, pertinente, y no puede alterar lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que la mencionada ley empezara a regir.

Bastan las consideraciones anteriores, para que el Consejo de Estado no acceda a reformar su decisión anterior en este asunto.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Elías Abad Mesa. Isaías Cepeda—Salvo mi voto por estar de acuerdo con las razones contenidas en el memorial de reconsideración, *Guillermo Peñaranda Arenas.* Me adhiero al anterior salvamento, *Pedro Martín Quiñones—Ramón Miranda—Luis E. García V.*, Secretario.

Adquisición de bienes por el Estado

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

Cuando se trata de adquirir un bien, es indispensable el requisito de la licitación, mediante la cual el Estado puede obtener ciertas ventajas y conveniencias, ora en el precio, ora en la calidad, razón fundamental de lo que prescribe al respecto el artículo 21 del Código Fiscal.

El mencionado artículo 21 ha sufrido modificaciones con los preceptos de la Ley 61 de 1921, 58 y 77 de 1914, 65 de 1915, 11 de 1917, 19 de 1921, 15 de 1922, 100 de 1923 y otras, todas las cuales establecen especiales procedimientos cuando se trata de adquirir bienes para el Estado. Pero todas ellas han conservado como requisito ineludible el de la licitación.

Consejo de Estado—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos treinta y ocho.

Para su estudio y revisión por esta corporación, ha venido, procedente del Ministerio de Educación Nacional, el contrato celebrado el 16 de diciembre del año pasado, entre este Ministerio, en nombre del Gobierno Nacional y el señor Mario Camargo, Gerente de la Compañía Radio Colombiana, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad, y en representación de dicha compañía.

Tiene por objeto el contrato la adquisición por el Gobierno de una estación radiodifusora moderna, de alta fidelidad y de gran potencia, superior a todas las existentes hasta el presente, de ondas corta y larga, con todo el instrumental adicional correspondiente. Esta estación deberá quedar perfectamente montada y en servicio en el término de 240 días útiles contados desde la fecha en que el Gobierno haga a la Compañía el primer pago.

El precio de la citada estación radiodifusora es de U.S.$ 52.175 dólares americanos, o su equivalente en moneda colombiana, que aproximadamente son $ 92.000, suma que fue la que autorizó el Director del Departamento Nacional de Provisiones para invertir en esta compra.

El señor Camargo acredita su condición de Gerente de la citada Compañía, y la existencia de ésta también se halla comprobada con el correspondiente extracto de la escritura de constitución de la sociedad; en el contrato se estipulan las causales de caducidad respectivas, entre las que se encuentran incluidas las del artículo 41 del Código Fiscal; también se halla la constancia de haberse constituído una caución por $ 40.000 para responder el contratista del cumplimiento del pacto. Este está firmado por las partes, debidamente estampillado, aprobado por el Poder Ejecutivo, previo concepto favorable del honorable Consejo de Ministros, y la autorización legal que el Gobierno tenga para celebrarlo, está contenida en el artículo 2º de la Ley 12 de 1934.

Con todo, de los dos certificados expedidos por el señor Contralor General de la República, y que se agregaron al expediente, resulta que

en esa oficina sólo se ha hecho la reserva de la cantidad de $ 70.000 con destino al cumplimiento de este contrato, suma que es insuficiente, ya que, como se dijo atrás, su valor es de $ 92.000. Ya el Abogado Consultor de la Presidencia de la República, en su concepto escrito, había manifestado su opinión en el sentido de que la reserva que debe hacerse previamente en la Contraloría, es por el valor total de $ 92.000, pues el contrato, según sus cálculos, debe quedar perfeccionado en el curso del presente año, y para entonces debe estar lista la totalidad del dinero que por el aparato se compromete a entregar la Nación.

Por otra parte, en 21 de enero de 1938, el Consejo de Ministros declaró lo siguiente:

"El Consejo de Ministros opina que el señor Presidente de la República puede aprobar el contrato suscrito por el Ministro de Educación Nacional y el Gerente de la Compañía de Radio Colombiana, S. A., sobre suministro de una estación radiodifusora moderna, por la cantidad de U.S.$ 52.575 ($ 92.000), cuando la sociedad contratista otorgue la caución ofrecida y *el Ministerio obtenga el certificado adicional de reserva.*"

Como se trata de adquirir un bien para el Estado, es indispensable el requisito de la licitación pública, en la cual el Estado puede adquirir ciertas ventajas y conveniencias, ora en el precio de la mencionada radiodifusora, ora en la calidad de la misma, razón fundamental de lo que prescribe a este respecto el artículo 21 del Código Fiscal. Es claro que se trata de adquirir una cosa indeterminada de cierto género, no una cosa determinada, esto es, fabricada por determinada casa constructora.

No se oculta al Consejo que el artículo 21 del Código Fiscal ha sufrido ciertas modificaciones en el transcurso del tiempo, con los preceptos de la Ley 61 de 1921, las 58 y 77 de 1914, la 65 de 1915, la 11 de 1917, la 19 de 1921, la 15 de 1922 y otras, hasta llegar a la 100 de 1923, todas las cuales establecen especiales procedimientos cuando se trata de adquirir bienes para el Estado.

Pero todas ellas han conservado como requisito ineludible el de la licitación para casos como el presente, ya por la cuantía de la adquisición, ya por la naturaleza del bien que el Estado quiere incorporar a su patrimonio, para los fines culturales, educativos y sociales a que está destinado.

Y no se diga que en virtud de la Ley 152 de 1936, de 3 de noviembre, por la cual se dan unas autorizaciones al Gobierno y se abren unos créditos adicionales, han desaparecido las formalidades protectoras del Fisco Nacional a que ya se ha hecho mención cuando se trata de adquirir bienes con destino a las dependencias administrativas.

El artículo 5º de esta última ley dice así:

"Artículo 5º Revístese al Presidente de la República, de facultades extraordinarias hasta el 31 de enero de 1937, para suprimir y refundir secciones y empleos en los Ministerios del Despacho Ejecutivo, en los Departamentos Administrativos y en las dependencias de unos y otros, y para señalar las respectivas asignaciones sin rebajar los sueldos menores de $ 150; para crear en el Departamento de Provisiones hasta seis empleados más, señalarles sus asignaciones y funciones y para regular el mejor funcionamiento de esta última dependencia administrativa.

"El uso de estas autorizaciones en lo referente a sueldos se entenderá dentro de las partidas globales apropiadas para cada dependencia administrativa."

En desarrollo de las autorizaciones de que se habla, dictó el Ejecutivo, con fecha 31 de enero de 1937, el Decreto número 251 por el cual se reorganiza la Sección de Provisiones.

Suponiendo que las mencionadas autorizaciones, conferidas al Ejecutivo por la citada Ley 152 de 1936, subsistieran el día 31 de enero de 1937, resulta que el contrato sometido al estudio del Consejo tampoco está ajustado a las disposiciones esenciales del decreto, como vamos a verlo:

Ya se ha demostrado que no existe la reserva legal según lo afirma el Contralor General de la República, y que no puede aprobarse el contrato sino cuando el Ministerio respectivo obtenga el certificado adicional de reserva.

Y el artículo 80 del citado decreto dice:

"Artículo 80. Queda expresamente prohibido al Departamento Nacional de Provisiones contraer compromisos a cargo de la Nación sin el certificado de la Contraloría General de la República, de la existencia de fondos suficientes para el pago respectivo y de la legalidad de la imputación, con excepción de las compras que se hagan para el Almacén Nacional a cargo del fondo rotativo."

Sea, pues, que el compromiso lo adquiera el Departamento Nacional de Provisiones o el Ministerio de Educación Nacional, para el pago de la radiodifusora en cuestión, es indispensable el cumplimiento del requisito de que se acaba de hablar.

De acuerdo con nota de 9 de noviembre del año pasado, el Departamento Nacional de Provisiones autoriza al Ministerio de Educación Nacional para contratar directamente el suministro de la radiodifusora ultramoderna de ondas corta y larga y de gran potencia, que el Gobierno desea adquirir con destino a ese Ministerio de conformidad con la solicitud contenida en el oficio número 2097 originario del mismo.

Aparece, pues, que el Departamento Nacional de Provisiones está autorizando a los Ministros del Despacho Ejecutivo para que celebren contratos de adquisición de bienes para el Estado.

El artículo 16 del Decreto de 31 de enero de 1937 (nótese que las autorizaciones de la Ley 152 de 1936, expiraron el 30 de enero de ese año), reglamenta la adquisición de objetos con destino a la Administración Pública, así: "Artículos estandarizados; artículos varios, que pueden adquirirse en mercado abierto; y artículos patentados de marca determinada, que sólo sean fabricados o elaborados por determinada casa.

"La compra de los artículos del grupo segundo, debe hacerse preceder, por regla general, de una información comercial en que se consulten los precios de tres casas proveedoras, por lo menos, y a juicio del Director, del recurso de la licitación pública o privada."

Nada de esto consta en el expediente que contiene el contrato que se estudia.

Es indispensable la licitación. Queda a juicio del Director efectuarla de manera pública o de modo privado, de conformidad con el Decreto de 31 de enero ya citado, pero no es concebible que se prescinda de esa formalidad para una erogación de $ 92.000 moneda colombiana, pues de otra suerte quedarían derogadas por medio de un decreto ejecutivo, disposiciones del Código Fiscal y de las leyes que lo adicionan y reforman, protectoras del Fisco, y que señalan las normas establecidas para los gastos públicos nacionales.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, declara que el presente contrato, por el cual se pretende adquirir una radiodifusora con destino al Ministerio de Educación Nacional, no se ajusta a la ley.

Téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 351 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Periódicos oficiales

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

El artículo 4º de la Ley 77 de 1931 establece que para los efectos de ocurrir en demanda ante el Consejo de Estado, según el artículo 81 de la Ley 130 de 1913, se entienden publicadas las providencias por la inserción de su parte dispositiva en el "Diario Oficial." El "Boletín del Ministerio de Guerra" no es el periódico oficial a que se refiere la ley, el cual no puede ser sustituído por ninguna otra publicación.

Consejo de Estado—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos treinta y ocho.

Con fecha 13 de diciembre del año pasado, el señor Hernando Valenzuela, menor de edad, pero autorizado por su padre, señor don Carlos S. Valenzuela, demandó la nulidad de la Resolución número 1046, de 22 de octubre de 1937, originaria del Ministerio de Guerra, por considerarla ilegal y lesiva de los derechos civiles del citado menor.

Como el asunto ha recibido ya la tramitación que le corresponde, se procede a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Manifiesta el demandante que por el acto acusado se le dio de baja del puesto que venia ocupando como Marinero 2º, al cual había llegado después de haber sido dado de alta en la Escuela de Grumetes, por el Ministerio de Guerra, en Resolución número 121, de 24 de febrero de 1936.

Acompaña la partida de matrimonio de sus padres y la de su nacimiento, y estima que con el acto acusado se violó el artículo 75 del Decreto ejecutivo número 50 de 1937, que dispone que ningún individuo que desempeñe puesto en la Armada Nacional, puede ser suspendido en sus funciones sino por mala conducta, incapacidad, o por cualquiera otra de las causas allí señaladas, dentro de las cuales no se considera incluido.

Como lo dijo el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de marzo último, reproducida en la vista fiscal, el artículo 79 de la Ley 130 de 1913, señala el procedimiento que debe seguirse en estos juicios administrativos, que es el prescrito en los artículos 54 a 63 de dicha ley; y en el 55 se dispone que "a la demanda se debe acompañar un ejemplar autenticado del número del periódico oficial del respectivo departamento, en que se publicó el acto acusado, o una copia auténtica de éste....." "Si el acto no ha sido publicado y la autoridad o empleado que debió dar la copia se negó a expedirla, se debe expresar así en la demanda."

El artículo 4º de la Ley 77 de 1931 dice que para los efectos de ocurrir en demanda ante el Consejo de Estado, según el artículo 81 de la Ley 130 citada, se entienden publicadas las resoluciones por la inserción de su parte dispositiva en el *Diario Oficial.*

El *Boletín del Ministerio de Guerra* no es el periódico oficial a que se refiere la ley, el cual no puede ser sustituído por ninguna otra publicación. No habiéndose acompañado, pues, a la demanda copia auténtica del acto acusado, ni habiéndose traído al expediente dentro del juicio, la acción no puede prosperar. Y no se reclame que tal *Boletín* está autenticado, pues aun así, no presta mérito para fijar la fecha de la notificación a las partes de los actos en él publicados, ni se sabe por consiguiente, si el acto acusado pone término a la actuación administrativa, único caso en que puede venir la demanda ante lo contencioso-administrativo. Por otra parte, como se trata de acción privada, la copia, no siendo del *Diario Oficial,* debe venir en papel sellado para que pueda tenerse en cuenta al tiempo de fallar.

Toda esta anterior doctrina del Consejo de Estado, consignada en el fallo arriba citado, hace que la corporación, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niegue la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Contribuciones especiales

Consejero ponente, doctor
RICARDO TIRADO MACIAS

La cuota que un Municipio exige a los propietarios de fincas colindantes con las calles que van a recibir una mejora efectiva, es una cantidad que no ingresa obligatoriamente al Tesoro, con destino a cubrir los gastos de interés general, como sucede con los impuestos; ni es tampoco el pago de un servicio particular a que ha atendido el Estado por medio de los agentes de su inmediata dependencia, lo que recibe el nombre de tasa; sino que simplemente está incluída entre las contribuciones especiales, llamadas "special assessments" por los expositores, y que consisten en el pago que hacen los propietarios siquiera de una parte de los trabajos que, como los de pavimentación, alcantarillado, andenes, canales, etc., redundan en beneficio directo de los edificios, aun cuando indirectamente constituyen obras de interés general para todos los habitantes. No hacen, pues, parte del presupuesto y tienen una destinación especial.

Consejo de Estado—Bogotá, mayo veinticinco de mil novecientos treinta y ocho.

En apelación interpuesta por los actores, representados por su apoderado doctor Alejandro Valencia, ha venido a esta corporación el juicio relativo a la nulidad del Acuerdo municipal número 37 de 1934, originario de Ibagué, "por el cual se provee a la pavimentación de las calles de la ciudad y se crea un empleo."

La sentencia que puso fin a la instancia lleva fecha 25 de mayo de 1937, y por ella el Tribunal Administrativo de Ibagué negó la declaración de nulidad del acto acusado en acción privada.

Como el recurso de apelación contra ella fue interpuesto en oportunidad, y concedido por el Tribunal, se procede a decidir lo que sea pertinente, ya que no se observa vicio de nulidad que invalide la tramitación dada a esta segunda instancia:

Lo primero que se observa es que aun cuando en la demanda se pide la nulidad de todo el Acuerdo número 37 de 1934, tanto en ella como en el alegato de conclusión, el apoderado de los actores sólo se refiere al ordinal b) del artículo 1º y al artículo 8º de tal acto, motivo por el cual, sólo estas disposiciones serán objeto de detenido estudio.

Su tenor literal es como sigue:

"Artículo 1º Para atender al gasto de la pavimentación de las calles de esta ciudad, principiando por las carreras 3ª y 2ª, desde la calle 10 a la 18, se formará un fondo público, compuesto de las siguientes unidades fiscales:

"..... ....

"b) Las consignaciones de los propietarios de los inmuebles laterales de las calles, a razón de dos pesos por cada metro cuadrado de pavimento, medidos transversalmente hasta el centro de la calle.

"Artículo 8º El pago de las cuotas de cooperación de los propietarios de inmuebles beneficiados con la pavimentación, será reglamentado por la Junta, debiéndose tener en cuenta que el pago de la cuota respectiva debe hacerse por anticipado, con la sanción de cobro de intereses a los morosos, contados desde el día en que se inicie el sector dentro del cual está ubicado el inmueble."

El resto del acuerdo destina otras partidas a la pavimentación de Ibagué, crea una Junta a cuyo cargo estará la obra y señala las funciones que corresponden a dicha Junta.

Como se ve, se trata de saber únicamente si el Cabildo de Ibagué podía exigir, por medio de un acuerdo, a los vecinos colindantes de las calles que van a ser pavimentadas, una contribución especial de dos pesos por metro cuadrado, de los que forman el frente de su casa hasta la mitad de la calle, sin violación de la Constitución, de la ley o de ordenanza alguna.

Los hechos en que se basa la demanda son los consignados en los respectivos artículos del acuerdo acusado, y se apoya en varias disposiciones legales.

Manifiestan en primer término los demandantes, que de acuerdo con el artículo 674 del Código Civil, las calles de un Municipio son vías nacionales de uso público y por tanto los Concejos Municipales carecen de facultad para gravar a los particulares con contribuciones destinadas a la conservación o mejora de ellas. Y que en caso de obrar así, lo hacen con violación expresa del numeral 2º del artículo 169 del Código Político y Municipal, que permite a los Concejos Municipales imponer contribuciones para el servicio de cada Municipio, pero dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas.

Pero a este argumento se observa que los demandantes no tuvieron en cuenta que aun suponiendo que las calles y plazas de una ciudad o población no fueran propiedad municipal, sí puede un Cabildo por medio de acuerdos, modificar los trazados de las calles para facilitar las comunicaciones, ensancharlas y arreglarlas de tal manera que con ello se contribuya al adelanto material de la población. En efecto, según el artículo 4º de la Ley 97 de 1913, que da autorizaciones especiales a los Cabildos, "corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente sobre el trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos." Esta disposición ha sido además complementada y adicionada con otras, tales como el artículo 169, ordinal 11, del Código Político y Municipal, de todas las cuales aparece claramente la facultad que tiene el Concejo de Ibagué para atender al mejoramiento de las calles y de las plazas de esa ciudad.

Por lo que toca a la violación que según los demandantes hace el acuerdo del artículo 169 en su numeral 2º, y del 171, numeral 4º, de la Ley 4ª de 1913, disposiciones que prohiben imponer contribuciones para el servicio municipal, extralimitando la ley o las ordenanzas, e imponerlas a la propiedad inmueble cuando se halle gravada con el impuesto predial, se observa que lo establecido por el acuerdo de que se trata, en la parte de éste que se estudia, no es propiamente un impuesto, si se atiende a la definición que de impuesto da el artículo 153 del Código Fiscal, cuando los califica de "cantidades que exige el Estado para subvenir al servicio del Tesoro Nacional."

La cuota que se exige a los propietarios de fincas colindantes con las calles que van a recibir una mejora efectiva con la pavimentación, es una cantidad que no ingresa obligatoriamente al Tesoro Nacional, con

destino a cubrir los gastos de interés general, como sucede con los impuestos; ni es tampoco el pago de un servicio particular a que ha atendido el Estado por medio de los agentes de su inmediata dependencia, lo que recibe el nombre de tasa; sino que simplemente está incluida entre las contribuciones especiales llamadas *special assessments* por los expositores, y que consisten en el pago que hacen los propietarios, siquiera de una parte de los trabajos que como el de pavimentación, alcantarillado, andenes, canales, etc., redundan en beneficio directo de los edificios para que se construyen, aun cuando indirectamente constituyan obras de interés general para todos los habitantes de una población. No hacen, pues, parte del presupuesto y tienen una destinación especial.

Este punto había sido ya materia de estudio por esta corporación, la que en fallo de fecha 25 de junio del año pasado, citado en la vista fiscal, y tratándose de la nulidad de otro acuerdo, que establecía entre otras una contribución idéntica a la de que aquí se trata, dijo:

"Según el artículo 62 del Acto legislativo número 3 de 1910, corresponde a los Concejos Municipales ordenar lo conveniente, por medio de reglamentos interiores o de acuerdos, para la administración del Distrito. El artículo 169 del Código Político y Municipal (numeral 11), señala como atribución de los Concejos la de 'acordar lo conveniente a la mejora, moralidad y prosperidad del Municipio, respetando los derechos de los otros y las disposiciones de la Constitución, leyes y ordenanzas y los decretos del Poder Ejecutivo y de los Gobernadores y Prefectos.'"

A este respecto cita el siguiente párrafo, tomado de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que en 1904 declaró ajustadas a la ley, unas ordenanzas sobre el mismo punto:

"La segunda objeción tampoco es procedente, por cuanto no se trata de una contribución propiamente dicha, a lo menos en el sentido que se da a esta palabra en el sistema tributario del país, sino de una carga impuesta a manera de servicio público, a los vecinos pudientes de una población, para la composición de las calles que haya necesidad de mejorar. Pero aun considerando que fuera un impuesto, no infringiría la disposición constitucional, puesto que la generalidad de él no la constituye el hecho de afectar a todos los habitantes de una circunscripción, sino el de comprender a los que estén en el caso de contribuír para la obra o servicio público a que dicho impuesto se destine."

Y más adelante dice, tomándolo del informe rendido a la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores, por los doctores Lucas Caballero y Eduardo Restrepo Sáenz, lo siguiente:

"Los impuestos son contribuciones compulsorias para sufragar los gastos del Estado o de las entidades públicas sin referencia al beneficio particular que recibe el contribuyente, mientras que en los *special assessments* el gasto redunda en beneficio especial de quien lo sufraga. La piedra de toque del impuesto es que impone una carga común; la del *special assessment* es la de que implica un beneficio especial. El impuesto es proporcional o progresivo respecto del capital o de la renta; el *special assessment* es tan sólo proporcional al beneficio que se reciba de la obra común. Las asignaciones especiales se concretan a mejoras locales específicas; los impuestos operan dentro de una esfera ilimitada. Por la asignación especial la entidad pública presta en cambio un servicio específico; por el impuesto el Estado no se compromete a una prestación determinada.

"Ahora, si por la faz económica y fiscal, es incuestionable la justicia y el derecho con que el Municipio puede obligar a todos los propietarios al pago de obras que les aprovechan directamente y que redundan en el bien común, por el aspecto jurídico, desde los puntos de vista

del derecho público y del derecho privado, el asunto no es menos evidente. Tanto en el Código Político y Municipal como en el Código de Policía de Cundinamarca, se reconoce al Municipio la facultad de obligar a los propietarios a pagar los servicios conmutativos que reciban."

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Ibagué, de que se ha venido tratando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Carlos Lozano y Lozano—Ricardo Tirado Macías—Pedro Martín Quiñones—Elías Abad Mesa—Isaías Cepeda—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

JURISPRUDENCIA



Páginas.

ACCION EQUIVOCADA.—Son principios fundamentales de derecho que las sentencias deben dictarse "en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes"; que el mandatario debe ceñirse "rigurosamente a los términos del mandato", y que la recta ejecución de éste "comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo." La Compañía demandante quiso, claramente, que se ejercitara la acción privada, que es la que consagra el artículo 71 de la Ley 130 de 1913, por considerar que los actos acusados son "violatorios de la Constitución o de la ley, en el concepto de ser lesivos de los derechos civiles" de aquélla. El apoderado de la Compañía no inició la acción privada que ésta deseaba instaurar, sino la pública, que otorga el artículo 52 de la Ley 130 de 1913, acción ésta que no quedó comprendida dentro de las facultades que le otorgó el poder. Se equivocó, pues, el apoderado en la escogencia de la acción y en esas condiciones la demanda no puede prosperar. (Sentencia de 30 de marzo de 1938) 323

ACCION PRIVADA.—Claramente resalta el perjuicio que sufren los empresarios de espectáculos públicos con el establecimiento de un impuesto sobre esos espectáculos, decretado en ordenanza por la Asamblea de un Departamento. El hecho de que el impuesto pueda repercutir sobre los espectadores no implica que no lesione directamente los intereses de los empresarios. En efecto: aunque el empresario pueda hacer recaer el impuesto sobre los espectadores mediante aumento en el valor de las entradas, ello no lo libra del perjuicio consistente en la disminución de los espectadores, pues se observa que los mayores precios restringen las entradas. Si se aceptara la tesis en contrario, los actos que establecen impuestos directos tampoco serían demandables en ejercicio de la acción privada, porque raro sería el caso en que, por virtud del fenómeno de la incidencia, no fueran trasladados a terceros y cubiertos por ellos. Es, pues, procedente la acción privada en tratándose de una ordenanza que establece un impuesto sobre los espectáculos públicos. (Sentencia de 15 de junio de 1938) 460

ACCION PUBLICA Y PRIVADA.—Procede la acción privada cuando el acto o providencia que se acusa se estima violatorio de la Constitución, la ley o la ordenanza, en el concepto de ser lesivo de derechos civiles, de manera individual y concreta. Debe entonces el interesado, para que su demanda prospere, acreditar que es titular de un derecho de tal naturaleza y el perjuicio que por la vigencia o aplicación de dicho acto sufre o se le irroga, si por otra parte aparece la existencia de una infracción a normas superiores. Esa restricción legal por lo que hace a lesión de derechos civiles, indica que no cabe el ejercicio de la acción pública invocando el desconocimiento de éstos en abstracto, o sea sustituyéndose quien demanda a cuantos pudieran creerse agraviados con el acto de que se trata. (Sentencia de 17 de junio de 1938) 320

ACTOS (de policía).—El acto de policía se caracteriza por el efecto jurídico que produce. Es una operación que asegura por vía general o individual, preventivamente y gracias a medidas apropiadas, la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, evitando atentados contra los derechos y propiedades de los individuos que podrían sobrevenir por defecto de tranquilidad, seguridad o salubridad. Se ha entendido por tranquilidad la ausencia de desórdenes

Páginas.

y perturbaciones; por seguridad, la de accidentes o riesgos que ocasionen daños a las personas ó a las cosas, y por salubridad, la de enfermedades o riesgos de enfermedades, o sea cuanto atañe a la higiene de las personas o de las cosas o al estado sanitario. Es claro que medidas que no miran a la salvaguardia de los derechos de tal orden, sino a razones de ornato, de embellecimiento, de estética, no caen dentro de la competencia de la policía. (Sentencia de 17 de junio de 1938) 320

ALCALDES (competencia de los).—Los Alcaldes son ejecutores de los acuerdos municipales, jefes de la administración pública del Municipio, agentes del Gobernador y jefes superiores de policía dentro de su respectiva jurisdicción. Deben cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos que estén en vigor, en su calidad de funcionarios por los anotados conceptos. Sin embargo, todo ello no significa que tengan poder reglamentario o que puedan suplir omisiones de entidades a las cuales esté expresamente atribuído proveer sobre determinados asuntos, porque usurparían jurisdicción o invadirían la esfera de una jurisdicción extraña.

Entre las atribuciones de los Alcaldes, según el artículo 184 del Código Político y Municipal, no se encuentra ninguna que les permita reglamentar la materia de los decretos acusados, en tanto que entre las de los Concejos, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 97 de 1913, está la de disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y **arreglo** de las calles de las poblaciones y caseríos, y la de acordar lo conveniente a la mejora, moralidad y prosperidad del Municipio. (Sentencia de 17 de junio de 1938).... 320

APELACION (de los autos de suspensión provisional).—Contra los autos de suspensión provisional, dictados por un Consejero de Estado, cabe o no apelación, y, en caso afirmativo, ¿cómo debe tramitarse y decidirse el recurso? La ley orgánica de lo contencioso-administrativo, en su artículo 51, estableció que los autos dictados por el sustanciador son apelables para ante los Magistrados restantes, constituídos en Sala de Decisión, **en los casos y dentro de los términos señalados en las leyes sobre procedimiento civil.** Esta disposición, lo mismo que la del artículo 2º de la Ley 28 de 1922, armonizaban muy bien con el sistema del antiguo procedimiento judicial, que, como se sabe, tenía establecido el recurso de apelación para los autos de simple sustanciación y para los interlocutorios.

El nuevo Código de Procedimiento varió por completo el sistema.

A la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 484, que establece los recursos contra las providencias judiciales; 487 a 489, que reglan lo relativo al recurso de reposición, que es el que procede contra los autos de sustanciación y los interlocutorios, y 490 a 507, que tratan de la apelación y de las providencias susceptibles de tal recurso, dentro de un mismo Tribunal no es posible la apelación de las providencias dictadas por uno de sus miembros, tanto porque no hay inferior ante quién interponerlo ni superior que lo decida, cuanto porque la misma ley, expresamente, ha establecido un recurso distinto —el de súplica— para los proveídos de carácter interlocutorio dictados por un Magistrado en su calidad de ponente.

No hay razón ninguna para que los autos interlocutorios en general, dictados por un Consejero de Estado, tengan solamente el recurso de súplica, siguiendo así el sistema fijado en el actual Código Judicial, en tanto que a los autos de suspensión provisional, cuya naturaleza interlocutoria es indiscutible, se les someta a reglas procesales distintas haciéndolos susceptibles de apelación y no de súplica. Nada justifica esta práctica tratándose de providencias de igual índole y que, por lo mismo, requieren idénticos remedios, además de que debe ser preocupación constante de los organismos encargados de administrar justicia la armonización y simplificación de los trámites procesales. (Auto de 27 de abril de 1938) 366

Páginas.

APELACION (de los autos de suspensión provisional).—El artículo 2º de la Ley 28 de 1922 fue implícitamente modificado por la Ley 105 de 1931, que terminó con el recurso de apelación dentro de una misma corporación, precisando con más propiedad científica los diversos grados de la jurisdicción y estableciendo, al efecto, el recurso de súplica contra los autos interlocutorios del ponente en lugar del de apelación permitido por el antiguo Código Judicial.

El artículo 51 de la Ley 130 de 1913, al disponer que los autos del sustanciador fueran apelables para ante la Sala de Decisión, no quiso separar en esta materia la actuación administrativa de la ordinaria o común, sino que, por el contrario, sometió aquélla a ésta cuando expresamente estatuyó **"en los casos y dentro de los términos señalados en las leyes sobre procedimiento civil."**

El artículo 2º de la Ley 28 de 1922 no constituyó en manera alguna excepción a la regla anterior, sino que desarrolló el mismo principio al disponer la manera de decidir la apelación, cuando este recurso era procedente según los preceptos judiciales entonces vigentes. Pero es obvio que si éstos se modificaban, como en efecto fueron modificados por el cuerpo de disposiciones contenidas en la Ley 105 de 1931, el artículo 2º de la Ley 28 de 1922 dejó de tener aplicación para los autos interlocutorios proferidos por un Consejero, por haber quedado extinguida la apelación como recurso dentro de un organismo plural: Consejo de Estado o Tribunal.

Dentro de este orden de ideas, interpretando lógicamente dicho artículo, es concluyente que en los negocios en que los Tribunales de lo Contencioso conocen en única instancia, el auto de suspensión debe ser dictado por el sustanciador con recurso de súplica —y no de apelación— para ante el resto de los Magistrados. (Auto de 27 de abril de 1938) 368

C

CASAS CURALES.—Existe una resolución administrativa aprobada por el Ministerio de Gobierno el 1º de febrero de 1890, y publicada en el número 7986 del **Diario Oficial,** que fija con exactitud lo que debe entenderse por Casa Cural, o sea "no la particular del cura sino la costeada con fondos de la parroquia, o de otro modo adquirida por ella y con destino a la habitación ordinaria del párroco, sea cual fuere el individuo particular que ejerza esas funciones." Resulta, por lo tanto, evidente, conforme a elementales principios de hermenéutica jurídica, y aun de acuerdo con el sentido común, que si una antigua casa cural se destina a fines distintos por completo de la habitación del párroco, pierde inmediatamente el carácter a virtud del cual goza de la exención de impuestos. (Sentencia de 19 de abril de 1938) 307

COMPETENCIA.—De la teoría contemporánea de la **atribución o determinación de competencia** surgen las siguientes consecuencias: la función legislativa permanece intacta en el Organo al cual la Constitución la ha atribuído; esta función no es en ningún caso delegable. Pero el Congreso tiene la facultad, en cierta medida, de dotar al Gobierno de la competencia necesaria para expedir reglamentos sobre materias ordinariamente reservadas a la ley, con la condición de que este discernimiento de competencia sea especial y determinado —y lo que es más importante aún— que el reglamento o decreto dictado mediante autorización, aunque verse sobre una materia legislativa, conserve su carácter propio de acto administrativo, aunque en sentido material sea susceptible de que se le considere como acto legislativo. Efecto igualmente interesante de la teoría de la atribución de competencia es la de que los reglamentos dictados mediante autorización legislativa —en los límites señalados por las autorizaciones y en el dominio en que ellas se producen— pueden modificar las disposiciones legales que anteriormente hubieren

reglado ese mismo dominio. Los decretos en materia legislativa, aunque permanezcan como actos de naturaleza reglamentaria, reciben de la ley un poder igual al suyo, y este poder los habilita, eficazmente, para hacer lo que haría la ley en el mismo caso, y aun para modificar un texto de ley preexistente. De acuerdo con estas nociones, no hay dificultad ninguna en comprender que la Ley 187 de 1936, al instituír que dentro de ciertas condiciones las Intendencias y Comisarías forman Circunscripciones Electorales independientes, con los organismos adecuados, para la designación de sus Representantes, y al encargar al Gobierno de darle cumplimiento a la norma, autorizándolo al efecto para fijar el sistema de voto, las entidades electorales y demás requisitos, no hizo otra cosa que atribuír una competencia especial al Ejecutivo, extendiendo su acción reglamentaria ordinaria, señalada en el artículo 115 de la Constitución. La fijación del sistema de voto, así como la determinación de las corporaciones electorales encargadas de realizar la actividad administrativa querida por el legislador —todo ello verificado por el Decreto 450 de 1937 en desarrollo de las autorizaciones conferidas por la Ley 187 de 1936— no ha sido materia de controversias, no obstante que estas materias son incuestionablemente de índole legislativa, lo que quiere decir que generalmente se regla por medio de una ley lo que a ellas se refiere. Sin embargo, la constitucionalidad del Decreto 450 por tales extremos, no ha sido impugnada ni discutida siquiera. Las mismas razones concurren, por tanto, en favor del artículo 6º del mismo Decreto, pues si bien es verdad que la asignación de jurisdicción se la reserva casi siempre el legislador para sí, no quiere ello decir que el procedimiento adoptado —que tan amplio respaldo encuentra en la moderna doctrina de la determinación de competencia— sea contrario a los preceptos positivos del derecho público colombiano, ya que no existe texto constitucional ninguno que imponga la obligación de conferir la jurisdicción por el único medio de la ley. (Sentencia de 22 de junio de 1938) 399

COMPETENCIA (administrativa y electoral en la Intendencia del Chocó).—El artículo 23 de la Ley 130 de 1913 estableció ocho Tribunales en todo el territorio del país. En virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que lo declaró inexequible, se dictó la Ley 25 de 1928, cuyo artículo 1º señaló una nueva división territorial contencioso-administrativa, dando al Tribunal Administrativo de Cali jurisdicción en el Departamento del Valle y en la Intendencia del Chocó.

De otro lado, el artículo 13 de la misma Ley 25 dispuso que de los juicios de nulidad de las elecciones de Representantes al Congreso conocería el Tribunal de la capital del Distrito Electoral correspondiente.

De esta manera, la regla general sobre competencia territorial fijada en el artículo 1º vino a sufrir una excepción, en cuanto por el artículo 13 la materia relativa a las acciones que pudiera originar la elección de miembros de la Cámara quedó adscrita a una competencia distinta. En otros términos, al mismo tiempo que el artículo 1º señaló la competencia por razón del territorio, el 13 la fijó en atención a la materia, **ratione materiae**. La Ley 25 de 1928 contiene, pues, en su artículo 13, una regla especial de competencia por razón de la materia particular que gobierna, regla inspirada en el propósito de hacer coincidir la división electoral del país con la división contencioso-administrativa.

Sentado lo anterior, no puede haber vacilación en afirmar que el Tribunal Administrativo de Cali, por ministerio del ordinal d) del artículo 1º de la Ley 25, tiene jurisdicción para conocer de todos los negocios sujetos al recurso contencioso-administrativo que se susciten en el territorio del Departamento del Valle y de la Intendencia del Chocó, a excepción de los sustraídos de su conocimiento por una disposición especial, como ocurre con los juicios que provoque la elección de Representantes a la Cámara. En efecto, de acuerdo con el explícito mandato del artículo 13 de la Ley

25, los pleitos electorales relativos a estas elecciones surgidos en la Intendencia del Chocó, caían bajo la jurisdicción del Tribunal de Medellín, ya que el Departamento de Antioquia, junto con aquel territorio nacional, formaban una sola Circunscripción Electoral para la designación de Representantes al Congreso, de acuerdo con la división establecida por la Ley 93 de 1922, cuyo artículo 2º dispone que el Distrito Electoral de Medellín está compuesto por el Departamento de Antioquia y la Intendencia del Chocó, y elegirá 18 Representantes.

Si lo dicho sobre competencia del Tribunal de Medellín, fue evidente bajo el imperio de la Ley 93 de 1922, continuó siéndolo hasta 1937, no obstante que posteriores normas sobre división electoral sustituyeron la Ley 93, pues todas conservaron intacta la dependencia del Chocó respecto de la Circunscripción de Antioquia, hasta que entró a regir el Decreto 450 de 1937. Las nuevas disposiciones —Acto legislativo número 1º de 1930 y Decreto número 113 de 1931— no alteraron ni modificaron las reglas de la Ley 25 de 1928 sobre división territorial y competencia del Tribunal Administrativo de Medellín.

En desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1936 —5º de la Codificación— se incorporó en la Ley 187 de 1936 el artículo 11.

El sentido de este artículo —no obstante los defectos de su redacción y la impropiedad de sus términos— es muy claro y guarda completa armonía con el contenido del precepto constitucional que le sirve de fundamento. Por medio del artículo 11 hace presente el legislador su voluntad de que determinadas porciones del territorio nacional, antes sujetas a una relación de dependencia administrativa y política con respecto a otras secciones de superior jerarquía, tengan en adelante una organización superior autónoma. Para ello fija las condiciones o supuestos que deben concurrir con el objeto de que aquella transformación se realice; y al mismo tiempo atribuye al Organo Ejecutivo del Poder Público la competencia necesaria para que haga el señalamiento de las corporaciones electorales, del sistema de voto y de los demás requisitos que deben llenarse para el cumplimiento de los fines previstos.

Dentro de esta interpretación puede estimarse que la Ley 187 de 1936 tampoco produjo —por sí sola— el efecto jurídico de cambiar la competencia del Tribunal encargado de conocer de las controversias electorales del Chocó, en lo que concierne a la elección de Representantes a la Cámara.

No hay exactitud en sostener que la norma en referencia hubiera modificado el ordenamiento de la Ley 25 de 1928 en su artículo 13. Hasta la época de la expedición de la Ley 187 de 1936 el Tribunal Administrativo de Medellín debía conocer de las demandas de Representantes del Círculo Electoral de Antioquia, formado por el Departamento de este nombre y la Intendencia del Chocó. Esta situación sólo desapareció cuando la región chocoana fue erigida en Círculo Electoral independiente, fenómeno que vino a realizar el Decreto Ejecutivo número 450 de 1937, dictado en desarrollo del artículo 11 de la Ley 187 de 1936.

Erigida la comarca chocoana en Circunscripción Electoral autónoma, y organizado su régimen y sistema de voto por los cinco primeros artículos del Decreto 450, automáticamente perdió el Tribunal Administrativo de Medellín la jurisdicción que hasta entonces había conservado para los conflictos ocasionados por la elección de Representantes, pues Medellín dejó de ser la cabecera del Círculo Electoral compuesto por Antioquia y el Chocó.

Como consecuencia del nuevo estado de cosas, el artículo 6º del Decreto 450 proveyó al señalamiento del régimen jurisdiccional administrativo, conforme había provisto a su composición electoral independiente. Esta manifestación de la voluntad del Ejecutivo encuentra su justificación en los mandatos de la ley y en otras prescripciones del decreto, desde luégo que la abstención del Gobierno en tal sentido

Páginas.

hubiera producido fatalmente el efecto de dejar sin el debido control jurisdiccional actos de tan singular importancia y extraordinaria gravedad como son todos los que se relacionan con la función del sufragio. En fuerza del artículo 6º del Decreto 450, es el Tribunal Administrativo de Medellín el que tiene la competencia suficiente para continuar conociendo de los negocios electorales suscitados con motivo de la elección de Representantes al Congreso por la Intendencia del Chocó.

Se ha sostenido que el artículo 6º del Decreto número 450 de 1937 no puede ser aplicado por contrario al artículo 1º de la Ley 25 de 1928. Para que esa tesis tuviera consistencia jurídica sería necesario haber demostrado primero —y ello es indemostrable— que el artículo 1º de la Ley 25 de 1928 rige la jurisdicción contencioso-administrativa en litigios que versen sobre elecciones de Representantes a la Cámara. Sólo entonces sería incompatible tal disposición con la proferida por el Gobierno. (Sentencia de 22 de junio de 1938) 393

CONTRATOS (autorizaciones para celebrarlos).—Aparte de que el artículo 10 del Decreto número 911 de 1932 no entraña autorización sustantiva para contratar, sino reglas adjetivas que deben observarse en la celebración de contratos previamente autorizados por leyes especiales, considera el Consejo de Estado que dicho artículo se refiere a contratos de alguna duración, como los relativos a la ejecución de obras o a la prestación de servicios, pues se contempla el caso de que la ejecución se extienda a más de la vigencia del año fiscal y de que en la Ley de Apropiaciones haya saldo no comprometido, que sea suficiente para atender al costo de la parte del contrato que haya de ejecutarse en ese año; pero de ninguna manera puede sostenerse que lo dispuesto en él sea aplicable a un contrato de compraventa, cuyo valor debe pagarse al tiempo de la celebración. De todos modos el citado artículo 10 supone que por lo menos una parte del contrato, la que va a ejecutarse en la vigencia respectiva, debe pagarse durante ella, y, por lo mismo, supone también que en el Presupuesto existe partida destinada al efecto. Interpretar el artículo en otro sentido sería dejar a voluntad del Gobierno disponer de los Presupuestos futuros, o la facultad de contraer compromisos que no podrían cumplirse, si el Congreso no incluye partida en las Leyes de Apropiaciones venideras, lo cual desacreditaría la palabra oficial. (Dictamen de 21 de junio de 1938) 356

CONTRATOS (autorizaciones para celebrarlos).—Para fijar con exactitud el sentido del artículo 20 del Código Fiscal, es preciso formular dos observaciones. Primera. Que no implica una autorización sustantiva, sino adjetiva, es decir, que no faculta al Gobierno para adquirir bienes, sino que reglamenta la manera como aquél debe proceder cuando considere "de urgente necesidad la adquisición de un bien para el Estado," siempre que exista, de antemano, facultad expresa al respecto, y no se haya votado la partida correspondiente en el Presupuesto. El Gobierno puede entonces adquirir el bien por compra, aprobación al efecto el crédito respectivo, o a título de permuta, con el lleno de las formalidades establecidas en dicho artículo 20. Segunda. Que indudablemente, el precepto indicado contempla el caso de adquirir y pagar el bien de que se trate durante la vigencia en curso, pero no autoriza la celebración de contratos que han de realizarse y pagarse en vigencias venideras. Estas dos observaciones proceden también respecto de los artículos 9º y 10 del Decreto número 911 de 1932. El artículo 9º aclara aún más este pensamiento, porque supone la existencia de ley sustantiva que autorice la celebración de los contratos. (Dictamen de 21 de junio de 1938) 358

CUENTAS.—El Consejo de Estado se reafirma en la siguiente doctrina sentada en jurisprudencias anteriores: cuando un empleado de manejo paga sumas mayores de las relacionadas en las respectivas órdenes de anticipo, viola las disposicio-

Páginas.

nes de la Resolución número 14 de 1928 y de la Circular número 4 de 1932, expedida por la Contraloría General de la República para reglamentar el control de las erogaciones de fondos públicos nacionales, con el fin exclusivo de evitar el exceso de gastos sobre las apropiaciones respectivas; pero cuando aparece, según el balance general del año, que los pagos imputables al artículo del Presupuesto a que los gastos se refieren, no fueron superiores a la suma presupuesta, la glosa queda sin fundamento, ya que no se afecta la sana política fiscal que la Contraloría persigue con sus disposiciones reglamentarias del control previo. (Sentencia de 7 de abril de 1938) 452

CUENTAS.—El artículo 1º del Decreto número 420, del 3 de marzo de 1936 dispone que los contratos cuyo valor sea menor de $ 1.000 sólo necesitan **para su validez** de la aprobación del Ministro respectivo, y cuando el valor del contrato exceda de $ 500 se requiere además que conste por escrito, que reúna las formalidades exigidas por la ley. Pero en ninguna parte de tal artículo, ni en los de la Ley 13 de 1935, que dicho Decreto reglamenta, existe mandato que imponga a un pagador la obligación de exigir la exhibición del contrato, por ejemplo, para la adquisición de materiales para una obra, si las cuentas que presenta el acreedor o vendedor, están debidamente legalizadas, refrendadas por la Contraloría General de la República y aprobadas por el Ministro o por el funcionario que autoriza el gasto. (Sentencia de 7 de abril de 1938) 452

CUENTAS.—No encuentra el Consejo de Estado la disposición terminante que obligue a un pagador a pedir la exhibición de un contrato a propósito de órdenes de pago en las cuales no se alude a ningún convenio y que están, por lo demás, provistas de todos los requisitos formales. En casos tales, conforme a la Ley 13 de 1935, es el Ministerio respectivo quien debe hacer cumplir, en la adquisición de materiales con destino a una obra pública, por ejemplo, las formalidades ordinarias: contrato escrito, licitación pública, etc., o aprobación del Presidente de la República. El Consejo de Estado, en casos análogos, en fuerza de su jurisdicción en segundo grado sobre los juicios de cuentas, y por consiguiente, con las mismas facultades que la Contraloría General de la República, entidad de primera instancia para resolver de los alcances y absolver a los responsables, ya que no se concibe juzgador **a quo** con mayores atribuciones para el conocimiento y fallo que el juez **ad quem**, ha optado por relevar de toda responsabilidad fiscal al cuentadante que no ha exigido la exhibición del contrato. (Sentencia de 7 de abril de 1938) 452

D

DEMANDA (admisión de la).—El auto que niega la admisión de la demanda por cuestiones de forma, o sea porque no está redactada en términos legales, o porque le falta alguno de los requisitos que la ley establece al respecto, o porque no se presentan con ella los documentos que deben acompañarse, es un auto interlocutorio que debe dictar el Magistrado ponente, por sí solo, y no el Tribunal en pleno, conforme a los artículos 466 —ordinal 2º— del Código Judicial, y 49 de la Ley 130 de 1913. Otra cosa sucede cuando no se admite la demanda por razones de fondo, como cuando no es competente el Tribunal para conocer del juicio, o cuando la acción es extemporánea o está prescrita, porque en esos casos el auto que no admite la demanda es interlocutorio, pero con fuerza de sentencia definitiva, al tenor del artículo 467 del Código Judicial, y como entonces el auto pone término a la instancia y hace imposible la continuación del juicio, debe dictarse por el Tribunal en pleno. (Auto de 3 de junio de 1938) 351

Páginas.

DEMANDA (presentación de la).—El artículo 81 de la Ley 130 de 1913, reformado por el 4º de la Ley 71 de 1931, concede noventa días para demandar en forma legal la nulidad de los actos del Gobierno, tiempo que empieza a contarse desde la publicación de la respectiva providencia en el **Diario Oficial**, o, en defecto de la publicación, desde que se comunica al interesado.

No puede alegarse que una demanda fue introducida durante el tiempo señalado, cuando no ha sido presentada ajustándola a los requisitos legales, porque el Consejo de Estado ha sostenido, en numerosos fallos, que no es suficiente presentar la demanda de cualquiera manera, dentro del término fijado, sino que es necesario que ella esté ajustada a la ley para ser admitida. (Auto del 14 de junio de 1938) 354

DECRETOS (reglamentarios).—En repetidas ocasiones el Consejo de Estado ha sentado una doctrina enteramente acorde con la establecida por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que un decreto debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar. La razón de ser del decreto es la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, facilitando su interpretación y cumplimiento de parte de la misma administración y de los particulares. Todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley debe desenvolverlo de manera detallada y comprensiva el decreto reglamentario. Pero nada más que eso. De ahí que introducir, so pretexto de reglamentación, normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones a los ciudadanos más allá del contenido intrínseco de la ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones, que constituye una clara violación de la voluntad legislativa, cuya vida se pretende asegurar. (Auto de 7 de abril de 1938) 297

DERECHOS ADQUIRIDOS.—En Colombia la garantía constitucional de la propiedad privada y de los derechos adquiridos es suficiente para resguardar los derechos de los particulares, pues la ley que viole tales situaciones es inconstitucional. Cuando se trata de la aplicación de leyes expedidas por motivos de utilidad pública o de interés social, la Constitución misma ha reglamentado la responsabilidad legislativa, imponiendo al Estado la obligación de indemnizar plenamente a las personas que resulten perjudicadas por la aplicación de tales leyes. El respeto de los derechos adquiridos está debidamente complementado por la disposición que prohibe al Estado establecer monopolios sin que medie indemnización a las personas que ejerzan la industria que se monopoliza. En síntesis, se puede decir que la responsabilidad del Estado por perjuicios causados por el Organo Legislativo está regulada en la Constitución. Si se tiene un "derecho adquirido," o si se usa de la libertad de industria reconocida en la Constitución, el legislador no puede desconocer estas situaciones jurídicas concretas sino en casos precisos, en los cuales tiene obligación de indemnizar plenamente a los particulares. La Ley 38 de 1918 complementa y desarrolla el principio constitucional, cuando establece la responsabilidad general del Estado en todos aquellos casos en que cause un perjuicio. (Sentencia de 21 de junio de 1938) 496

DERECHOS ADQUIRIDOS.—Para que exista un derecho adquirido no basta con tener la posibilidad de establecer una empresa. Mientras no se haya ejercitado esa facultad legal, se está en presencia de una situación jurídica general que puede ser modificada por el legislador en cualquier momento, siempre que, por otra parte, éste no infrinja otros preceptos constitucionales. Para que haya violación de un derecho adquirido, es menester que existan situaciones jurídicas concretas o individuales que se desconozcan en la nueva ley. (Sentencia de 21 de junio de 1938) 496

E

Páginas.

ELECTORALES (acciones).—Si se considera nulo en sí mismo el registro de escrutinio formado por un Consejo Electoral, por ser falso o apócrifo, puede y debe acusarse únicamente ese registro, dentro del término fijado en el artículo 190 de la Ley 85 de 1916; pero si se considera que aquél es nulo por ser falsos o apócrifos los registros formados por los Jurados de Votación o por los Jurados Electorales, es necesario, para que la acción prospere, que previa y oportunamente se hayan acusado aquellos registros, dentro del término fijado en el citado artículo 190, porque de lo contrario la acción resulta extemporánea. (Sentencia de 19 de abril de 1938).... 339

ELECTORALES (adición de la demanda).—El Consejo de Estado ha sentado la jurisprudencia de que las demandas electorales no pueden aclararse, corregirse, enmendarse o adicionarse sino dentro del término que la ley concede para incoar la acción, o sea, en el caso de que se solicite la nulidad de un escrutinio, dentro de los cuatro días que fija el artículo 190 de la Ley 85 de 1916. Cuando la adición de la demanda se presenta después de vencido dicho término, es incuestionable que queda fuera del término legal, por lo cual no debe admitirse, ni debe abrirse el juicio a prueba, por ser extemporánea también esa solicitud, que debe hacerse en el propio libelo de la demanda. (Sentencia de 19 de abril de 1938) 339

ELECTORALES (nulidades de los escrutinios).—Conforme al artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, las corporaciones escrutadoras únicamente pueden declarar nulidades por cuatro causas o motivos, que desde luégo deben aparecer plenamente probados ante ellas, a saber: exceso en las votaciones, consistente en que sufrague un número de ciudadanos superior al que arroje el respectivo censo electoral, que hoy debe estar formado por los nombres y números de las cédulas de todos los ciudadanos provistos de su respectiva cédula de ciudadanía; cuando los registros electorales hayan sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los haya expedido; cuando se establezca que ha habido errores aritméticos, y cuando hayan de tenerse en cuenta registros que "evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos." Como una consecuencia de lo dicho, es claro que la corporación electoral que quiera declarar una nulidad debe expresar claramente la causa o motivo por el cual declara la nulidad y la manera como aparecen probados los hechos respectivos, a fin de que las autoridades contencioso-administrativas puedan, llegado el caso, apreciar directamente si la declaratoria de nulidad se ajustó o nó a las prescripciones legales. (Sentencia de 25 de mayo de 1938) 346

ELECTORALES (inscripción de las listas).—La resolución concerniente a la válida o inválida inscripción de una lista de candidatos entraña, por excelencia, una cuestión de derecho. De suerte que, si por una parte el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 prohibe a los escrutadores decidir sobre puntos de derecho y, si por otra, los casos relativos a puntos de hecho están taxativamente enumerados y en ninguno de ellos se comprende lo relativo a la inscripción de las listas, fuerza es convenir que no puede el escrutador dejar de computar los votos otorgados a favor de una lista dada de candidatos por defectos o informalidades en su inscripción. Acreditada la inscripción de una lista, su validez se presume y obliga, por tanto, al escrutador, precisamente porque no está a su alcance, sino que es de la competencia de los Tribunales Administrativos, la determinación de la legalidad o ilegalidad del acto verificado por el funcionario inscriptor. No puede un escrutador abstenerse de computar a una lista los sufragios por ella obtenidos en las elecciones, so pretexto de examinar si dicha lista se inscribió con el lleno de los requisitos de la ley por no haberse acompañado la constancia de las aceptaciones de los candidatos, pues tal circunstancia

Páginas.

comprende una cuestión de derecho, ajena, por consiguiente, a las atribuciones de la entidad escrutadora. (Sentencia de 22 de junio de 1938) 399

ELECTORALES.—Si de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 los escrutadores no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, que, como expresa la ley, quedan reservadas a los Tribunales Administrativos y al Consejo de Estado, es claro que una vez llevado a éste un hecho de los que le corresponde calificar, no se explicaría una inhibición que impidiera el examen de fondo. (Sentencia de 22 de junio de 1938) 399

ELECTORALES (rectificación de los escrutinios).—El hecho de haberse dejado de computar votos emitidos en favor de una lista en la cual se cumplió el requisito de la inscripción previa, no es causal de nulidad del registro de escrutinio determinada en las leyes electorales. El Capítulo XI del Código de Elecciones, así como las Leyes 96 de 1920 y 7ª de 1932, establecen taxativamente cuáles son los motivos por los cuales se puede anular una elección o un registro de escrutinios, y en ninguna de tales normas legislativas se encuentra comprendido ese caso. En cambio, y de conformidad con el artículo 184 y siguientes de la Ley 85 de 1916, debe ordenarse la rectificación del escrutinio, para subsanar la irregularidad apuntada. (Sentencia de 22 de junio de 1938) 399

ELECTORALES (aceptación de los candidatos).—Al inscribir la lista se omitió llevar la aceptación de los compañeros del actor, y por tanto, la inscripción de estos nombres carece de validez legal. El nombre del actor queda amparado por la circunstancia de aparecer demostrado que él sí aceptó, desde luégo que firmó la diligencia de inscripción. Se dirá que no aparece la aceptación expresa, pero al respecto basta explicar que tal formalidad es necesaria cuando personas extrañas al candidato proponen la inscripción, que es lo normal; pero que la aceptación simplemente verbal es suficiente, cuando la lista es presentada por el mismo candidato que la encabeza y realiza así una aceptación implícita. (Sentencia de 22 de junio de 1938) 399

ELECTORALES (listas).— La Ley 7ª de 1932, en el inciso 3º del artículo 3º, señaló el máximum de nombres que deben contener las listas en las eleceiones populares. Dice así la disposición citada: "Las listas que se inscriban no podrán contener un número mayor de candidatos que el de personas por elegir en la respectiva Circunscripción." Respecto del mínimum, no hay ningún texto legal que lo fije, y en consecuencia, no tiene ningún límite, siendo válidos los votos emitidos por listas que contengan un solo nombre. Esta conclusión no pugna con ninguna disposición de la Ley 85 de 1916, ni contraviene a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 7ª citada, que contempla un caso completamente distinto. Así lo ha establecido el Consejo de Estado en constantes jurisprudencias. (Sentencia de 31 de marzo de 1938) 427

ELECTORALES (identidad de la persona del candidato).—El tercer argumento de la demanda está formulado así: "El seudónimo de un individuo no es su nombre de ciudadano; puede ser su nombre de combate político o su nombre de ejercicio literario; el derecho de ciudadanía se predica respecto de determinada persona que tiene un nombre en la vida civil y política correspondiente a su nombre de pila." Verdad es que el seudónimo de un individuo no es su nombre civil y que en la lista demandada figura inscrito uno de los candidatos con denominación que corresponde a un seudónimo. Si en realidad esta circunstancia pudiera significar una grave irregularidad cuando se suscitaran dudas sobre la persona elegida, no tiene importancia cuando de las pruebas traídas al juicio se desprende con claridad meridiana la identidad entre el individuo que usa el seudónimo y el candidato inscrito. (Sentencia de 31 de marzo de 1938) 427

Páginas.

ELECTORALES (prueba del acto acusado).—Ha sido constante la jurisprudencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado en el sentido de negar toda realidad jurídica a la controversia, cuando no se trae al expediente oportunamente el acto materia de la acusación. No importa que el documento, echado de menos en la primera instancia, haya sido traído en la segunda por el actor. La Ley 96 de 1920 señala el procedimiento a que deben sujetarse los negocios electorales. En ella se establece que esta clase de juicios se abrirán a prueba por un término de diez días, en la primera instancia, cuando haya hechos que probar y las partes lo soliciten. Aplicada en la primera instancia esta disposición y practicadas en dicho término todas las pruebas que solicitó el actor, no puede tenerse en cuenta en la segunda instancia la copia auténtica del acto acusado, traída después de que en el fallo materia del recurso se señaló su omisión. No existiendo en la segunda instancia término probatorio, el Consejo de Estado sólo puede considerar las pruebas practicadas y agregadas oportunamente, cuando ellas han sido pedidas en tiempo. Código Judicial, artículo 598. (Sentencia de 5 de abril de 1938) 450

ELECTORALES.—Es injurídica e inmoral la tesis de un Tribunal Administrativo en cuanto confunde el derecho que tienen los particulares de reclamar contra los cómputos de las corporaciones electorales, siempre que el resultado de la elección sea distinto del que se hubiera obtenido sin las irregularidades cometidas, con una atribución del Tribunal que equivaldría a juzgar por anticipado el resultado de la rectificación que corresponde ordenar en la sentencia. El Tribunal **a quo** ha debido analizar el motivo que indujo al Consejo Electoral del Departamento para excluir del escrutinio general el registro correspondiente a determinado Municipio; comparar tales motivos con las pruebas producidas dentro del juicio y concluir si la corporación escrutadora se movió dentro de la esfera legal o nó, y en este caso reparar el error, ordenando la revisión y rectificación del escrutinio. Pero no declarar que era improcedente la inclusión del pliego electoral en el escrutinio general, por cuanto los votos emitidos en dicho Municipio y no computados, al no alterar la nómina actual de los elegidos, no tendría utilidad práctica un nuevo escrutinio. (Sentencia de 16 de mayo de 1938). 430

ELECTORALES.—La simple afirmación de que en unas elecciones se cometieron fraudes, consignada en un acta de escrutinio, no basta para invalidar los registros respectivos. Por consiguiente, un Consejo Electoral Departamental, basado en esa simple afirmación, no puede en derecho ni en justicia abstenerse de computar los registros respectivos. (Sentencia de 16 de mayo de 1938) 430

ELECTORALES (registros).—Para hablar de documentos de la misma naturaleza, sería preciso poner frente a un registro electoral otro registro contradictorio. Pero es a todas luces inaceptable que se pretenda desvirtuar un documento público de la naturaleza de un registro electoral, con un simple certificado de los que suscribieron ese documento. Los documentos públicos, ha dicho el Consejo de Estado, gozan de especial protección legal en cuanto a la verdad de los hechos que en ellos se consignan, cuando están autorizados por funcionarios que ejercen cargos por autoridad pública, en los términos del artículo 632 del Código Judicial. El documento público es el acta de votación y no el certificado del funcionario que la suscribió, por lo cual tiene que prevalecer aquélla, máxime cuando éste acusa un dato inexacto que impone la correspondiente investigación criminal. (Sentencia de 16 de mayo de 1938) 430

EXPLOTACION (concepto de la).—Fundándose el actor en antigua doctrina del Consejo de Estado sostiene que, para los efectos de la exención de impuestos de que trata el artículo 13 de la Ley 37 de 1931, por "explotación" debe entenderse el con-

Páginas.

junto de operaciones destinadas a sacar provecho de la industria del petróleo, o sea todos los negocios propios de su ejercicio desde la producción hasta el consumo, inclusive.

Uno de los significados de "explotación" es "extraer de las minas la riqueza que contienen." Tal alcance, en parte, le dio el legislador en el caso presente.

En efecto, examinadas las expresiones o frases de las distintas normas legales que contienen aquella palabra, es forzoso aceptar que ella se refiere necesariamente a determinada zona, superficie, área o terreno que sea objeto de concesión o contrato a favor de determinada persona natural o jurídica. No admiten una acepción diferente, entre otros, los artículos 2º, 16, 17, 18, 19, 21 y 35 de la Ley 37 de 1931, y el 26 de la Ley 160 de 1936, que habla de **"terrenos** donde hayan de hacerse la exploración y la explotación." Si así no fuera, ocurriría, por ejemplo, al aplicar la tesis de la demanda, que cada uno de los Municipios donde se comerciara con petróleo o sus derivados podría reclamar el cinco por ciento de la regalía pagada a la Nación por razón de sus contratos en el año anterior, y que habría de denominar "explotadores" a los intermediarios de tal negocio para todos los efectos legales. (Sentencia de 5 de abril de 1938).. 311

I

IMPUESTO (de industria y comercio).—El Consejo de Estado ha venido observando cómo los Cabildos abusan del impuesto de industria y comercio, que debe estar informado en la más estricta proporcionalidad para que no destruya el legítimo derecho de los industriales a que no se restrinjan sus actividades por tasas ruinosas o fórmulas diferenciales, que contrarían las normas generales que deben prevalecer en los tributos. (Auto de 2 de junio de 1938) 467

IMPUESTO (de residentes).—Parece 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 gastado por el colombiano ausente, sino sólo lo que hubiera sido girado sobre fondos existentes en Colombia. 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 número 804 de 1932, a todos los giros para individuos o familias extranjeras. Al generalizarse el impuesto, subsistió la expresión "con fondos existentes en Colombia"; pero desde esta nueva faz no puede separarse el texto literal del sentido económico que da a la expresión una finalidad. 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 en Colombia 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 una compañía no da órdenes de pago en el Exterior y entrega a sus empleados extranjeros la totalidad de los sueldos por ellos devengados en Colombia, dichos empleados tienen que apelar al cambio extranjero para subvenir al sostenimiento de sus familias en el Exterior, **pagando natur l-mente el impuesto de residentes.** (Sentencia de 20 de mayo de 1938) 437

IMPUESTO (de residentes).—El punto materia de la controversia puede concretarse así: ¿Está sometida una compañía al impuesto de residentes —creado por el artículo 2º del Decreto 1683 de 1931, y modificado posteriormente por los Decretos números 280, 420 y 804 de 1932, y 163 de 1937, y por las Leyes 12 de 1932 y 46 de 1933— por pago de sueldos devengados en Colombia por empleados extranjeros, y cubiertos en parte con fondos reservados en el Exterior?

Páginas.

En primer término, es necesario dejar establecido que por la sola circunstancia de que con los giros hechos por una compañía no hubieran salido materialmente fondos de Colombia, no es acertado sostener que esos giros no pueden ser objeto de control ni de impuestos colombianos en general. Tal proceder de una 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. Y si no es aceptable la tesis de quienes afirman de manera absoluta que todo pago de empleados debe hacerse en Colombia, en cambio no hay lugar a dudas de que se causa el impuesto de residentes siempre que, por ocurrir al medio de no pagar íntegramente en el país las sumas que devenguen, se hacen giros para subvenir a los gastos de las familias de los mismos empleados en el Exterior.

Confirma lo anterior el estudio del fenómeno que se verificaría con dos compañías que se pusieran en situaciones enteramente distintas: una, que al empeñarse en negocios en Colombia deja en el Exterior parte de su capital para atender con él los pagos que demanden por fuera las familias de los empleados extranjeros que trabajen en Colombia; 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 paga trabajos ejecutados en Colombia con giros sobre el Exterior sin el gravamen del veinte por ciento 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: que los giros hechos en las circunstancias contempladas para la primera de las dos compañías entrañan en el fondo una operación de cambio internacional, porque no es preciso un traslado de fondos en el sentido material, sino que basta que de hecho se sustraigan de la circulación nacional dineros ganados mediante trabajo prestado en Colombia. (Sentencia de 20 de mayo de 1938) 437

IMPUESTO (de residentes).—No procede la conclusión de que, si se acepta que deben pagar determinado gravamen los giros hechos por una compañía establecida en Colombia sobre fondos existentes en el Exterior, podría deducirse lógicamente que el capital mismo de la compañía en el extranjero debe pagar el impuesto de patrimonio en Colombia. El giro saca de la circulación colombiana parte del sueldo de un empleado que trabaja en Colombia e impide así el acrecentamiento natural de las reservas. El trabajo desarrollado en Colombia equivale a una incorporación de riqueza. En tanto que el capital situado fuera de nuestras fronteras no tiene por qué estimarse como un patrimonio gravable dentro de ellas. (Sentencia de 20 de mayo de 1938) 437

IMPUESTO (de residentes).—Antes de concederse a una compañía minera la autorización de exportar el cuarenta por ciento del valor de sus ventas de oro, es necesario comprobar las necesidades que justifiquen el giro, y entre esas necesidades no podría estar la de pagar empleados de la compañía que trabajen en Colombia. En cuanto a la obligación de vender al Banco de la República, al cambio del ciento trece por ciento, el quince por ciento del valor de los giros o del producto de las exportaciones, implica ella un gravamen de carácter general para todas las compañías mineras. En tanto que el impuesto de residentes sólo cobija a la compañía o a los empleados cuando ellos voluntariamente se ponen bajo las fórmulas que reglamentan tal impuesto y por una u otra actividad apelan al cambio extranjero destinado a las familias de los mismos. En este último caso, en ninguna forma puede sostenerse que haya doble gravamen. (Sentencia de 20 de mayo de 1938) 437

IMPUESTO PREDIAL (exención del).—El Consejo de Estado no puede compartir la opinión de que todos los bienes cuyo pro-

Páginas.

ducto se destina al servicio del culto, están exceptuados del impuesto predial, y que, por lo tanto, carece de toda importancia el hecho de que una casa cural esté destinada en parte a fines lucrativos. De conformidad con la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato, las propiedades eclesiásticas pueden ser gravadas libremente por el Estado. Y es claro que tal disposición, que hace parte de un pacto bilateral, y que es también un precepto positivo de la legislación, perdería todo su valor y su eficacia si estuviera al arbitrio de los directores de la Iglesia Católica en Colombia sustraer la totalidad de sus bienes al impuesto, consagrando sus frutos al servicio del culto. Son únicamente los **edificios destinados al culto,** no todos los bienes eclesiásticos en general, los que no pueden ser gravados. La excepción favorece también a los Seminarios Conciliares y a las casas episcopales y curales. (Sentencia de 19 de abril de 1938) 307

IMPUESTOS (exención de).—El ordinal f) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 permite a los Municipios establecer contribuciones sobre expendios de cualquier clase. Los artículos 31 y 32 de la Ley 37 de 1931 establecieron un impuesto en favor de la Nación sobre las concesiones relativas a la exploración y explotación del petróleo de propiedad nacional, lo mismo que el 35 ibídem, sobre la exploración y explotación del petróleo de propiedad privada, por lo cual se sostiene que los acuerdos y resoluciones que graven los establecimientos o agencias destinados a la venta del petróleo o sus derivados, violan la prohibición legal de gravar los Municipios objetos ya gravados por la Nación. El verdadero alcance del artículo 13 de la Ley 37 de 1931 da a entender con claridad cómo la contribución municipal denominada de "Industria y Comercio" no recae sobre objetos comprendidos en las exenciones que aquél consagra, sino sobre actos de **distribución** distintos del transporte. Además, las regalías no afectan sino la **producción,** y no pueden calificarse de impuestos por su carácter de participaciones de origen contractual. El impuesto sobre el petróleo de propiedad privada contempla, asímismo, un fenómeno de producción. (Sentencia de 5 de abril de 1938) 311

IMPUESTOS (exención de).—De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 37 de 1931, la exención de impuestos departamentales y mumunicipales comprende: los actos preparatorios de la extracción de petróleo denominados "exploración," o sea el conjunto de trabajos tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o nó petróleo en cantidades comercialmente explotables (artículo 18); la extracción misma como base de la explotación; el producto que se obtiene, es decir, mezclas naturales de hidrocarburos que se encuentran en la tierra, cualquiera que sea el estado físico de aquéllas, y que componen el petróleo crudo, lo acompañan o se derivan de él (artículo 1º), y por tanto, los derivados; las maquinarias y elementos indispensables para el beneficio o explotación, para la refinación y transporte, el **transporte** mismo, y todo ello en beneficio exclusivo de los respectivos concesionarios o contratistas. Los actos enumerados, excepto el transporte, son anteriores a los de distribución, a las actividades propiamente mercantiles, y de ahí por qué el **expendio** o **venta** y muchísimas otras manifestaciones de dichas actividades no se hallan exentas de los anotados tributos. En síntesis, las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, regulan materias propias de la legislación de minas y no han pretendido incursiones en la comercial. (Sentencia de 5 de abril de 1938) 311

IMPUESTOS (sobre espectáculos públicos).—Al estatuír el ordinal 1º del artículo 7º de la Ley 12 de 1932 que, para atender al servicio de los bonos del empréstito patriótico, se establece: "1º Un impuesto del diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase," quedó prohibido terminantemente a las Asambleas Departamentales gravar en lo sucesivo estos espectáculos, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del

Páginas.

artículo 97 del Código Político y Municipal, que dice: "Son funciones de las Asambleas..... 3º Establecer y organizar los impuestos que necesiten para atender a los gastos de la Administración Pública con arreglo al sistema tributario nacional, **pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación,** a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley." El hecho de que en el texto de una ordenanza se haya empleado la fórmula "restablécese el impuesto de sanidad sobre los espectáculos públicos," no modifica ni altera la cuestión; por sobre este modo de expresión, existe la realidad de un impuesto que la Asamblea pone en vigencia con posterioridad al gravamen nacional. (Sentencia de 15 de junio de 1938) 460

INSTANCIAS (en asuntos municipales).—Los asuntos municipales sólo tienen segunda instancia ante el Consejo de Estado en los casos a que se contraen los artículos 14 de la Ley 72 de 1926, 5º de la Ley 70 de 1930 y 1º y 2º de la Ley 89 de 1936, o sea cuando los negocios proceden del distrito capital, de las capitales de Departamento, de los Municipios de presupuesto no inferior a trescientos mil pesos y del Municipio de Quibdó. Pero hay también dos instancias para los asuntos de otras procedencias, en los cuales tengan interés directo los Municipios, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 53 de 1917; sólo que ambas instancias se surten en los Tribunales inferiores, la primera ante un solo Magistrado y la segunda ante los restantes.

No se sabe si el Tribunal, al pretermitir una de estas dos instancias, no tuvo presente la disposición del artículo 3º de la Ley 53 de 1917, o si fue que la desechó por considerarla subrogada por el artículo 5º de la Ley 70 de 1930. En el segundo caso erró en la aplicación de las reglas para deducir la derogatoria tácita o implícita de una disposición legal, porque el artículo 3º de la Ley 53 de 1917 es un precepto de excepción a favor de los Municipios, semejante al del artículo 1508 del Código Judicial que establece la formalidad de la consulta de las sentencias en los juicios civiles, cuando en ellas se declaran obligaciones a cargo de las entidades públicas; esto es una disposición de carácter especial que no puede considerarse derogada por otra de carácter general como la del artículo 5º de la Ley 70 de 1930, que suprimió la segunda instancia para los asuntos municipales, a excepción de los que se refieren a las capitales de los Departamentos. (Auto de 29 de marzo de 1938) 292

J

JURISDICCION (de los Tribunales Administrativos).—No ha dicho la ley a cuál de los Tribunales Seccionales corresponde conocer de los juicios sobre revisión del impuesto sobre la renta en el caso de un territorio que, como el del Chocó, corresponde para los efectos fiscales a una sección, y en lo relativo a la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria, a otra sección. En consecuencia, debe seguirse en estos casos el principio adoptado en la Ley 130 de 1913, de que la jurisdicción de los Tribunales se decide por el lugar de la residencia de las corporaciones o funcionarios cuyas providencias sean objeto de la demanda de revisión, no por el vecindario de las personas interesadas en ella, como en los casos de jurisdicción voluntaria, y concluír que el Tribunal competente es el del lugar de la residencia del funcionario que actuó en la primera instancia del proceso de liquidación del impuesto, pues no hay razón ninguna para atribuír el conocimiento de estos negocios al del lugar de la residencia del funcionario ante quien se desarrolló la última instancia, ni al Consejo de Estado por sí solo. (Auto de 30 de marzo de 1938)..... 295

JURISDICCION (por concepto de impuestos).—La liquidación de los impuestos de patrimonio, renta y exceso de utilidades que hace el Administrador de Hacienda Nacional nunca es definitiva, aunque no sea reclamada. Al Jefe de Rentas e Im-

Páginas.

puestos Nacionales le corresponde, al proceder a su revisión, mantenerla o modificarla de acuerdo con las Leyes 81 de 1931 y 78 de 1935, lo que a su vez ocurre cuando se acude a la jurisdicción administrativa contra lo resuelto por dicho Jefe, ante quien termina la actuación administrativa por el expresado concepto. En último análisis, por consiguiente, el Tribunal Administrativo y el Consejo de Estado obran sobre la base de la liquidación primitiva hecha por el Administrador de Hacienda Nacional, y de ahí por qué es competente en primera instancia el Tribunal dentro de cuya jurisdicción territorial obra el respectivo Administrador de Hacienda Nacional. (Auto de 18 de abril de 1938) 317

JURISDICCION (por concepto de impuestos).—¿Qué Tribunal conoce de las demandas que se dirigen contra las resoluciones del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales por concepto de impuestos de patrimonio, rentas y exceso de utilidades? En asuntos de impuestos, se aplican, por lo que hace a los trámites procedimentales, los artículos 54 a 63 de la Ley 130 de 1913. Prescribe el 56 que la demanda debe presentarse personalmente ante el Secretario del Tribunal Seccional Administrativo **correspondiente,** si el demandado reside en el mismo lugar en que dicho Tribunal tiene su asiento. De lo cual se infiere, armonizando tal precepto con los artículos 57 y 58, que para efectos de jurisdicción no atiende la ley al hecho del domicilio del demandante, es decir, descarta la noción jurídica de competencia **ratione personae** y excluye, por tanto, la que se funda en la voluntad de una de las partes. El artículo 1º de la Ley 25 de 1928 determina la jurisdicción territorial de los Tribunales Administrativos, la cual incluye la competencia **ratione materiae,** que por regla general les ha conferido la Ley 130 de 1913, en los artículos 38 y siguientes. Es, pues, forzoso concluír que la competencia de los Tribunales Administrativos se adapta a la división territorial de la República, con el objeto de que conozcan de las controversias que se susciten entre los particulares y las entidades o autoridades nacionales, departamentales o municipales que actúan dentro del radio de su jurisdicción. Y no obsta que las atribuciones del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales se extiendan a toda la República en materia de impuestos de patrimonio, renta y exceso de utilidades, porque la ley no colocó sus decisiones en el mismo pie que las de los Ministros ante la jurisdicción contencioso-administrativa. (Auto de 18 de abril de 1938)..... 317

JURISDICCION (prórroga de la).—Venidos los autos al Consejo de Estado, y estudiado el negocio para darle el curso legal, se encontró que está viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, por lo cual se ordenó poner la causal respectiva en conocimiento de las partes. Notificado el auto personalmente, el apoderado del actor manifestó que allana la nulidad, y que ratifica lo actuado, alegando que "la competencia que se fija por razón del lugar en donde debe ventilarse el juicio, es prorrogable de acuerdo con el artículo 153 del Código Judicial." No comparte el Consejo de Estado la opinión expresada, de que la jurisdicción es prorrogable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del Código Judicial, porque no se está en ninguno de los casos contemplados en el artículo 152 allí, y porque quien tiene derecho de pedir reposición de lo actuado en un juicio referente a liquidación de impuestos sobre la renta y exceso de utilidades es el Estado, por conducto del Fiscal, y éste no puede prorrogar la jurisdicción, según el inciso final del artículo 153 del Código Judicial, ni puede ratificar lo actuado, de conformidad con el artículo 460 del propio Código. (Auto de 3 de mayo de 1938) 344

JURISDICCION.—La tesis que informa la base fundamental y la estructura misma del derecho contemporáneo, o sea la tesis de que por no poder el legislador estar presente en la universalidad de las relaciones humanas, y por ser esas relaciones profundamente mudables y cambiantes, dentro de una recta inteligencia de la función de administrar justicia deben

Páginas.

los jueces remediar los vacíos e imperfecciones de la ley escrita, acudiendo a otra fuente del derecho, o sea a la fuente real, que resulta de la combinación de un elemento experimental y un elemento racional, descubierto por el intérprete a virtud de la libre investigación científica, ha sido felizmente consagrada en la legislación colombiana de una manera expresa en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que revela una admirable comprensión de las necesidades de la vida social y una sorprendente anticipación científica. Siendo un principio general e incontestable del derecho universal que toda controversia debe tener un juez y que no puede existir entre los ciudadanos la odiosa desigualdad consistente en que, dentro de paridad de circunstancias, los unos puedan disfrutar de los beneficios de una jurisdicción que decida de sus litigios mientras que los otros no lo logren, resulta claro que si hubiera ausencia de ley positiva aplicable, como ocurriría si el Decreto número 450 de 1937 fuera ilegal o inconstitucional, o ambas cosas a la vez, bien podría el Consejo de Estado, supliendo el vacío correspondiente, acudir a los principios generales del derecho a fin de reconocer la jurisdicción a que está sometida la Intendencia del Chocó en lo relativo a la elección de Representantes al Congreso. (Sentencia de 22 de junio de 1938)..... 399

L

LEGALIDAD (de las normas administrativas).—Hay diferencia entre declarar constitucional una norma y declararla legal. El campo de la Carta Fundamental comprende sólo los principios generales que representan un mínimum obligatorio para la armónica convivencia social. Más allá de este radio surgen innumerables expresiones de la vida jurídica que es preciso organizar y reglamentar por medio de leyes. Por eso en ausencia de una ley que encuadre dentro de normas especiales una rama de la actividad humana, el Organo Ejecutivo, al desarrollar normalmente leyes ya existentes, puede desde luégo dictar normas que no contravienen la Constitución, cuyas prohibiciones y limitaciones son poco numerosas. Mas expedida una ley destinada a regular íntegramente una materia, es a esa fuente donde es preciso acudir para apreciar la extensión de la facultad reglamentaria ejercida concretamente respecto de ella. Y si resulta que el decreto extralimita concretamente la voluntad del legislador, o somete a una traba determinado acto abandonado a la esfera libre por el querer de la ley, la norma de categoría inferior es ilegal en este punto. (Auto de 15 de noviembre de 1937) 283

LICENCIAS.—Es inadmisible confundir un contrato con una licencia. El que obtiene una licencia no ha intervenido para nada en su expedición; se ha limitado a solicitarla. El no puede prestar su consentimiento para un acto administrativo que corresponde a la autoridad y que procede de facultades que le son peculiares. El particular se somete a los términos de la licencia en la misma forma en que se somete a los de las resoluciones y decretos, o, para decirlo mejor, toda licencia es una resolución. (Auto de 15 de noviembre de 1937) 283

M

MAESTROS (inamovilidad de los).—Los maestros inscritos en el escalafón nacional del magisterio no pueden ser removidos caprichosa y arbitrariamente, sino de acuerdo con las normas contenidas en el Decreto número 1602 de 1936. De acuerdo con el artículo 10 de dicho Decreto, un Gobernador sólo puede destituír un maestro de escuela o un inspector provincial, cuando se haya comprobado que dicho maestro o inspector ha incurrido en alguna de las causales determinadas en el artículo 8º Cuando el Ejecutivo departamental procede en otra forma, es decir, no acata lo estatuído en la norma primeramente citada, y destituye maestros sin previa comprobación de las causales previstas, está violando

Páginas.

ostensiblemente la regla superior; su acto se sale de la esfera de sus atribuciones y amerita, por consiguiente, la sanción de nulidad. (Sentencia de 30 de junio de 1938) 470

MONOPOLIOS.—Cuando el Estado asume el monopolio de una rama industrial, es claro que los particulares quedan sometidos a un régimen especialísimo: de ninguna manera pueden ocuparse en la actividad monopolizada, sino con autorización suficiente otorgada por el beneficiario. Desde luégo, la forma, los requisitos y el alcance de tal autorización dependen de la voluntad del Estado, y pueden oscilar dentro de una amplísima escala que a veces llega hasta una restricción extremada, y a veces es compatible con una dilatada capacidad de iniciativa y movimiento. No es en manera alguna cierto que, pronunciada la palabra monopolio, se cierre toda posibilidad de discriminación y de análisis, como si todos los monopolios fueran legalmente idénticos en su ejercicio.

¿Cuál es la autoridad encargada de definir este asunto, cuál es el Organo del Poder Público que fija los límites y características del monopolio? No puede vacilarse en considerar que es el Congreso, o sea la Representación Nacional, puesto que se trata de organizar la administración de una parte del patrimonio nacional, y puesto que el artículo 27 de la Constitución dispone expresamente que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de una ley, y carece por entero de apoyo jurídico la opinión de que el Ejecutivo pueda recortar, menoscabar, estorbar o hacer nugatoria dicha esfera de actividad, por su propia iniciativa, aun contra expresa norma legal. (Auto de 15 de noviembre de 1937) 283

P

PERJUICIOS.—Afirma el actor que el tránsito del régimen jurídico señalado en ley anterior al de ley posterior, acarrea graves perjuicios a las entidades interesadas. Pero semejante perjuicio se hace reposar abstractamente en el cambio de situación jurídica, cosa que no parece admisible, pues si una ley que restringe un derecho adquirido puede ponerse inmediatamente en vigencia conforme a la Constitución y a la ley —artículo 36 de la Constitución Nacional, reproducido por la enmienda de 1936 bajo el número 26, y artículo 18 de la Ley 153 de 1887— un resultado desfavorable de esta índole no puede fundar la suspensión provisional, so pena de paralizar la vida administrativa del país y de suprimir el ejercicio de competencias o atribuciones absolutamente legítimas. (Auto de 7 de abril de 1938) 297

PERJUICIOS.—Muchos actos administrativos ocasionan desde el punto de vista material evidentes perjuicios a personas de derecho público o privado, pero ellos no pueden considerarse dentro de la técnica jurídica como tales. Es ese el caso, por ejemplo, de la creación de nuevos Municipios, segregándolos de los existentes. Es indudable que el distrito mutilado experimenta daños notorios. Pero ellos no pueden tomarse en cuenta porque el beneficio general de la colectividad, que resulta del acto, los hace inoperantes y no permite contemplar sino los aspectos favorables que trae consigo el ejercicio de la competencia que tienen las Asambleas para crear nuevos Municipios. (Auto de 7 de abril de 1938) 297

PRUEBA (carga de la).—Como lo ha sostenido el Consejo de Estado en un fallo reciente, recogiendo una tesis muy sólidamente respaldada en la doctrina jurídica, todo proceso implica un diálogo de pruebas entre las partes. No es admisible entender que el viejo aforismo **onus probandi incumbit actori** reduzca a una actividad meramente pasiva la posición del demandado o impugnador. Establecido por el demandante un determinado hecho en forma susceptible de producir una razonable convicción, corresponde a la otra parte desvirtuar las bases de esa convicción, con probanzas más amplias y más fuertes, so pena de no ver confirmadas sus pretensiones por el juez. (Sentencia de 19 de abril de 1938) 307

R

Páginas.

RECURSOS (contra los autos de suspensión provisional).—Conforme a la doctrina sentada por el Consejo de Estado en su sesión del 20 de abril de 1938, no procede el recurso de apelación contra los autos de suspensión provisional, a pesar de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 28 de 1922, porque se estima abolido ese recurso respecto de los autos interlocutorios a virtud de las disposiciones pertinentes del actual Código Judicial, y tampoco puede el Magistrado sustanciador otorgar por sí mismo el recurso de súplica que debe ser interpuesto directamente ante los Consejeros restantes de la Sala. (Auto de 29 de abril de 1938) 304

S

SERVICIOS PUBLICOS (descentralización de los).—El Consejo de Estado opina que la afirmación de que el Consejo de Ferrocarriles es mandatario de la Nación en la gestión administrativa, está en un todo reñida con la realidad jurídica. Desde un punto de vista meramente doctrinario, el Consejo de Estado afirma que los servicios públicos no se rigen, salvo casos excepcionales, por el sistema del mandato civil ni comercial.

Al establecer el Consejo de Ferrocarriles el legislador no le dio mandato alguno. Solamente empleó un procedimiento técnico para descentralizar una rama del servicio público. La descentralización administrativa puede referirse a dos clases de instituciones de derecho público: o bien a las personas jurídicas territoriales —Departamentos y Municipios—, o bien a instituciones que agrupan con independencia y con poder propio de decisión uno o varios servicios públicos.

Hay descentralización cuando la ley o el reglamento dan a la entidad inferior un poder propio de decisión, que se concreta generalmente en la libre disposición de un patrimonio autónomo especialmente adscrito. De esta manera se liberta de la disciplina y el control jerárquico a organismos que de otro modo estarían a ellos sometidos. (Sentencia de 21 de junio de 1938) 496

SERVICIOS PUBLICOS (autonomía de los).—La autonomía de las instituciones descentralizadas está condicionada por el ejercicio de la **tutela administrativa.** Dice el profesor Hauriou en su obra **Derecho Administrativo:** "La tutela administrativa presenta los siguientes caracteres: 1º Es un control administrativo que no se ejerce sino por los tribunales administrativos; 2º Se establece principalmente en el interés general del Estado y con el fin de mantener a las autoridades administrativas descentralizadas **dentro de los límites de sus atribuciones,** y con el fin de evitar los abusos y las tiranías locales." La tutela la ejerce la autoridad superior sobre la inferior por dos causas principales: bien por razones de oportunidad, como cuando la autoridad superior considera que el acto de la autoridad inferior no es conveniente; bien cuando este acto se sale de la legalidad o está viciado de nulidad por exceso o desviación de poder. Es muy importante esta distinción, pues el Consejo de Estado estima que no sería competente para controlar el ejercicio de una tutela de la primera clase. En efecto, las autoridades administrativas gozan de un cierto "poder discrecional" para apreciar razones de oportunidad.

La primera causal solamente se encuentra establecida en nuestra ley en casos muy contados. Nuestra descentralización es muy amplia. Sólo en muy raras ocasiones puede una autoridad superior modificar, reformar o anular los actos de una administración descentralizada, por motivos de conveniencia. Se pueden citar como ejemplo los casos previstos en los artículos 1º y 3º de la Ley 71 de 1916 y por los numerales 16 y 17 del artículo 169 del Código Político y Municipal.

Por el contrario, por causa de ilegalidad siempre se puede ejercer la tutela administrativa. El artículo 120 de la Constitución Nacional, en su numeral 2º, obliga al Presidente a velar por el estricto cumplimiento de las leyes.

Páginas.

Luego le impone la obligación de ejercer por motivos de ilegalidad la tutela. Con mayor razón se la impondrá cuando ésta no ha sido atribuída por la ley a ninguna otra autoridad. Por lo demás, existen en nuestra legislación numerosos textos generales que regulan esta materia: numerales 5º y 7º del artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910; numeral 8º del artículo 68 del Código Político y Municipal; artículos 1º y 3º de la Ley 11 de 1913. (Sentencia de 21 de junio de 1938) 496

SUPLICA (recurso de).—Cuando un Magistrado o un Consejero de Estado procede con carácter distinto del de juez **ad quem,** los autos interlocutorios que dicte sólo son susceptibles del recurso de súplica para ante la Sala de Decisión; los que dicte con el carácter de juez **ad quem** no son suplicables, pues el recurso propio es el de reposición, al tenor del artículo 484 en relación con el 511 del Código Judicial. ¿Cuándo procede un Magistrado como juez **ad quem**? Pues precisamente en el caso en que decide por sí solo la apelación interpuesta ante el inferior, juez **a quo**, como se contempla en el artículo 503 del citado Código. En tal evento sus providencias de índole interlocutoria no son suplicables, porque, de serlo, el auto materia del recurso vendría a quedar sujeto a un tercer grado de jurisdicción, lo que sería inconcebible. La súplica, pues, no tiene cabida sino cuando el Magistrado actúa en condición distinta a la de juez **ad quem,** o, lo que es lo mismo, cuando su carácter es el de ponente. Entonces el único recurso que la ley otorga contra sus autos interlocutorios es el de súplica para ante los Magistrados restantes a intento de que éstos tengan oportunidad de enmendar el agravio que haya podido causarse a las partes. Surgen de lo dicho las siguientes consecuencias: Primera. El recurso de súplica excluye el de apelación, porque la ley al consagrarlo expresa que es el **único recurso** que cabe contra los autos interlocutorios dictados por un Magistrado cuando no procede como juez **ad quem**; Segunda. Excluye el de reposición y, por tanto, es impropio impetrar la súplica como subsidiaria de ésta. Esto es muy fundado, desde luégo que la súplica, que tiene el mismo régimen de la reposición, es en sus efectos equivalente a esta última: sólo se diferencia de ella en la manera como se decide; Tercera. El recurso de súplica debe promoverse ante los Magistrados restantes de la Sala y no ante el autor del auto recurrido, pues claramente lo enseña así la disposición que lo reglamenta. (Auto de 27 de abril de 1938) 368

SUSPENSION PROVISIONAL.—Para decretar la suspensión de un acto administrativo acusado de nulidad, debe el juzgador hacer un análisis somero y provisional de la providencia que se somete a su estudio, sin entrar a profundizar los puntos jurídicos materia de la controversia, a fin de poder conservar su libertad de apreciación para el momento de proferir el fallo definitivo, cuando va a tener a la vista todo el cuerpo del proceso, donde con frecuencia hay pruebas y alegaciones que permiten variar el juicio primitivamente formado sobre el negocio respectivo. Para decretar la suspensión basta encontrar a primera vista una contradicción entre los preceptos objeto de la demanda y una norma superior de derecho, contradicción que es la base indispensable de los perjuicios de carácter público y privado que vienen a experimentar la ciudadanía en conjunto o alguna o algunas personas particulares. (Auto de 21 de octubre de 1937) 277

SUSPENSION PROVISIONAL.—¿Cuáles son los efectos de la suspensión provisional acordada por el Consejo de Estado frente a una sentencia de primer grado, en la cual se reconoce la validez del acto suspendido, o se abstiene el Tribunal de declarar la nulidad pedida en la demanda? Para resolver la cuestión es preciso considerar que contra las sentencias de primera instancia, dictadas por los Tribunales de lo Contencioso, cabe a las partes el recurso de apelación y que, por expreso mandato del artículo 65 de la Ley 130 de 1913, tal apelación debe otorgarse en el efecto devolutivo. Entraña

Páginas.

la apelación concedida en tal efecto —de conformidad con las reglas de los artículos 499 y 500 del Código Judicial— que el fallo debe cumplirse mientras el Superior (el Consejo de Estado en los juicios administrativos) resuelve definitivamente en última instancia. No se presenta ninguna dificultad cuando la sentencia de primera instancia se pronuncia en el sentido de declarar la validez del acto administrativo acusado, si esta sentencia no se apela por parte legítima, pues la suspensión provisional previamente decretada por el Tribunal o por el Consejo de Estado queda sin efecto alguno y debe, por tanto, dársele el debido cumplimiento al fallo definitivo. Esto, porque la suspensión, como recurso esenciamente transitorio, deja de tener eficacia jurídica y pierde su razón misma de ser una vez que el juicio se ha surtido en su plenitud y sobre él ha recaído un pronunciamiento de fondo.

Mas urge, ciertamente, la dificultad cuandoquiera que contra la sentencia definitiva se interpone oportunamente el recurso de apelación, ya que debe aquélla cumplirse mientras se surte la instancia ante el superior, como consecuencia del efecto devolutivo del recurso establecido en el artículo 65 de la Ley 130 de 1913.

Mediante la aplicación estricta de este precepto y de sus concordantes del Código de Procedimiento Civil —artículos 449 y 500— las cosas se presentarían de la siguiente manera: aplicación del acto acusado y extinción de los efectos de la suspensión provisoria, por una parte; y por otra, trámite del recurso de apelación del fallo, con la posibilidad de que el Consejo de Estado revoque la decisión del inferior y se pronuncie por la nulidad del acto. Esto conduciría al absurdo de que tal acto, inicialmente suspendido por el Consejo y luégo declarado nulo en forma definitiva, surtiría efectos jurídicos en el lapso intermedio entre las sentencias de primero y segundo grado.

Empero, estima el Consejo de Estado que tal conflicto es apenas aparente y que se soluciona fácilmente por medio de la interpretación armónica de los artículos 65 y 93 de la Ley 130 de 1913. En efecto, establece esta última disposición que las sentencias **definitivas ejecutoriadas** de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión, por parte de la justicia ordinaria. Lo que entraña, en cierto modo, una modalidad especial dentro del sistema que rige las apelaciones en lo judicial, desde luégo que, como se ha visto por los artículos 499 y 500 del Código de Procedimiento Civil, la providencia sujeta al recurso de apelación en lo devolutivo debe cumplirse mientras el superior resuelve. Por el contrario, en el procedimiento administrativo las cosas ocurren de muy distinta manera: la sentencia definitiva es apelable en el efecto devolutivo, por regla general, pero no se cumple —o no es obligatoria según el citado texto del artículo 93 de la Ley 130 de 1913— sino cuando está ejecutoriada, o lo que es lo mismo, cuando no puede hacerse valer contra ella recurso de ninguna clase. (Informe de 30 de marzo de 1938)..... 364

SUSPENSION PROVISIONAL.—La suspensión provisional del acto sometido al recurso contencioso-administrativo está establecida en el artículo 59, ordinal d), de la Ley 130 de 1913, en relación con el 2º de la Ley 80 de 1935, y encuentra sus antecedentes inmediatos en la Constitución Nacional (artículos 191 y 197 de la Codificación Constitucional). Por su naturaleza es una medida de carácter provisorio que tiene por objeto la protección de la sociedad y del ciudadano contra los actos de la administración; y de ella hacen uso los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo para evitar un perjuicio notoriamente grave en los intereses de la una o del otro. Sus efectos jurídicos inmediatos son los de dejar sin aplicación el acto administrativo acusado de nulidad, mientras llegue el fallo de fondo a pronunciar ésta con fuerza de verdad legal o a reconocer su plena validez. (Informe de 30 de marzo de 1938) 364

Páginas.

SUSPENSION PROVISIONAL.—No existe en el procedimiento administrativo regla especial alguna para tramitar la apelación de los autos interlocutorios, por lo cual hay que ocurrir, de conformidad con los artículos 51 y 104 de la Ley 130 de 1913, a los correspondientes del Código Judicial. Enseña éste, en el artículo 502, la manera de tramitar la apelación por el superior respectivo, es decir, se refiere a aquellos negocios para los cuales la ley ha señalado dos instancias o grados. No es, pues, aplicable tal norma a los casos que sólo tienen única instancia ante el Consejo de Estado. Menos puede ser aplicable la disposición siguiente, porque ésta preceptúa que si el superior es un Tribunal, entiende en la apelación por medio del Magistrado a quien le toque en reparto. Igualmente se contrae este precepto a los juicios que tienen dos instancias, en los cuales el Tribunal o el Consejo de Estado ejerce la jurisdicción superior, caso en el cual la apelación la decide un Magistrado y no la Sala Plena.

De todo lo cual surge la conclusión de que el recurso de apelación dentro de una misma entidad constituída en forma plural no existe dentro de las normas judiciales vigentes y de que, por tanto, no hay trámite señalado al respecto.

De aceptarse, entonces, con criterio de excepción, la apelación que estableció el artículo 2º de la Ley 28 de 1922, surgiría la dificultad insalvable de que no hay tramitación fijada para dicho recurso, sin que pueda el Consejo de Estado resolver de plano, porque ello sólo le está permitido cuando conoce en segunda instancia de la suspensión o no suspensión promovida por los Tribunales —artículo 2º de la Ley 80 de 1936. (Auto de 27 de abril de 1938) 368

BIBLIOGRAFÍA

Organizaciones especiales de los servicios públicos

ROGER BONNARD
Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Burdeos

Traducción de Carlos Valencia Estrada,
Relator del Consejo de Estado.

NOCIONES GENERALES

A la forma normal de organización de los servicios públicos, o sea por administración, se oponen dos formas especiales que son el *establecimiento público* y el *servicio público concedido.*

La oposición entre estas formas de organización se manifiesta en lo concerniente a las relaciones entre el servicio y la autoridad administrativa que lo dirige. Esta dirección puede permitir una subordinación más o menos estrecha del servicio a la autoridad dirigente. Lo esencial de la diferencia entre las formas de organización reside precisamente en las diferencias en cuanto a la subordinación del servicio y también en los procedimientos que se adopten para atenuar esa subordinación.

En efecto, el servicio público administrado se caracteriza por una estrecha subordinación a las autoridades que lo dirigen. Las otras formas, el establecimiento público y el servicio público concedido, permiten, al contrario, una atenuación de la subordinación y además cierta autonomía respecto de las autoridades dirigentes. En otros términos, mientras que el servicio administrado implica la centralización del servicio, las otras formas, el establecimiento público y el servicio concedido, realizan una *descentralización del servicio,* que es un procedimiento de organización administrativa diferente de la descentralización administrativa territorial, puesto que en vez de cierta autonomía de las autoridades que dirigen el servicio hay autonomía del servicio mismo respecto de las autoridades dirigentes.

Pero si el establecimiento público y el servicio concedido tienen el rasgo común de realizar una descentralización del servicio, difieren profundamente entre sí por la manera como realizan esa descentralización y por el grado de descentralización que permiten.

Con relación al servicio administrado, la característica esencial del establecimiento público es la de poseer un patrimonio propio. Tiene patrimonio; en otros términos, tiene personalidad moral, en tanto que el servicio administrado no tiene patrimonio propio: los bienes y los derechos que este último utiliza pertenecen al patrimonio de las autoridades administrativas que lo dirigen. El hecho de poseer un patrimonio propio es la fuente principal de la autonomía del establecimiento público.

Mas, por otra parte, el establecimiento público conserva íntegramente el carácter de organismo público. Su patrimonio propio entra en la categoría de los patrimonios públicos. Los individuos que constituyen su personal son agentes administrativos y funcionarios públicos. El estatuto de ese personal experimenta, sin embargo, las consecuencias de la autonomía provocada por el patrimonio propio: la subordinación del personal a las autoridades dirigentes se atenúa.

El servicio público concedido, lo mismo que el establecimiento público, también tiene un patrimonio propio. Con la diferencia de que aquél no es un organismo público. Su patrimonio entra en la categoría de los patrimonios privados y su personal está constituido por individuos que conservan la condición de simples particulares, inclusive en los órganos directivos del servicio. No obstante, aunque administrado por un organismo que tiene el carácter de organismo privado, el servicio continúa siendo un servicio público. Todo el régimen del servicio público concedido procede de la combinación de estas dos ideas: servicio público administrado por un organismo privado.

Finalmente, es preciso notar que, desde el punto de vista rentístico, el establecimiento público y el servicio concedido se prestan a lo que se llama la *industrialización del servicio.* La cual consiste en que el servicio se baste rentísticamente a sí mismo, equilibrando sus gastos con sus ingresos. Porque, teniendo el servicio un patrimonio propio, hay posibilidad de separar su hacienda de la de las autoridades administrativas que lo dirigen.

No por ser formas excepcionales de la organización de los servicios públicos, el establecimiento público y el servicio público concedido dejan de estar bastante generalizados, a causa de que las razones de ser de esas formas de organización se encuentran más y más cada día en los servicios públicos.

1º La razón principal que milita en favor de la organización por administración, y que se opone a las formas especiales de organización, se relaciona con la posibilidad de modificar la organización del servicio. El servicio público está esencialmente destinado a satisfacer necesidades de interés público. Esas necesidades son cambiantes. Por consiguiente, la organización del servicio en su estructura y su funcionamiento deben ser modificables, a fin de que el servicio se adapte a los cambios de las necesidades que debe satisfacer. Ahora bien: es merced a la subordinación del servicio a sus autoridades dirigentes como hay posibilidad y facilidad de realizar esas modificaciones del servicio. El servicio por administración, que implica tal subordinación, favorece, pues, la adaptación del servicio a las necesidades. Por el contrario, las otras formas de organización no favorecen esa adaptación, puesto que las caracteriza cierta descentralización del servicio, cierta autonomía del servicio frente a las autoridades dirigentes. Esa autonomía, en la medida que existe, disminuye para las autoridades dirigentes la posibilidad y la facilidad de modificar el servicio adaptándolo, según convenga, a las necesidades.

Tal es la objeción capital que puede formularse al establecimiento público y al servicio público concedido: la autonomía que implican estas formas de organización puede obstaculizar, hasta cierto punto, las transformaciones del servicio. Ahora bien: como todos los servicios son susceptibles de exigir transformaciones, parece que tales formas especiales deberían descartarse. Si no lo han sido completamente, aún más, si en la actualidad son ampliamente admitidas, ello se debe a que, en determinados casos, ofrecen ventajas que conviene asegurar y que constituyen la razón de ser de dichas formas.

2º En primer lugar, esas formas de organización tienen ambas la particularidad de que permiten la industrialización del servicio. Por consiguiente, si se quiere que un servicio se industrialice, es decir, que

equilibre sus gastos con sus entradas, ya que no integralmente, a lo menos mediante cierta ayuda rentística de la autoridad dirigente, habrá que organizarlo como establecimiento público o como servicio público concedido. La industrialización del servicio es, pues, una de las razones de ser de esas formas especiales de organización.

3º Por otra parte, especialmente en cuanto se refiere al establecimiento público, la razón de ser que le es propia estriba en que esa forma de organización es especialmente favorable para atraer las liberalidades en favor del servicio. Por consiguiente, habrá tanto mayor disposición para otorgar una liberalidad cuanto mayor seguridad exista de que la liberalidad se consagrará al fin a que se la destina. De suerte que, entre otras ventajas, la organización como establecimiento público favorecerá a los servicios susceptibles de recibir liberalidades. Es el caso, principalmente, de los servicios de asistencia.

4º Finalmente, la razón de ser esencial del servicio público concedido es que esta forma de organización conviene más cuando el servicio exige una administración industrial o comercial un tanto complicada; ello, a causa de que los organismos del servicio son organismos privados. Porque los organismos privados son más aptos que los organismos públicos para la gestión industrial o comercial. Es por esto por lo que la organización de los servicios en forma de concesión es de fecha relativamente reciente. Su necesidad, en efecto, no se ha hecho sentir sino en cierta etapa del desarrollo de la intervención del Estado, cuando el Estado ha llegado a asumir tareas industriales o comerciales. Es, pues, a los servicios que tengan el carácter de empresas industriales o comerciales a los que conviene aplicar la forma del servicio público concedido. Por lo demás, es en tales casos cuando esa forma se aplica.

Tales son las razones de ser de esas formas especiales de organización de los servicios públicos y los casos en los cuales se justifica recurrir a ellas. Hay, pues, abuso en el empleo de esas formas cuando se las aplica sin que exista alguna de las razones de ser que las justifican.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS

La característica del establecimiento público es la de ser un servicio público que posee un patrimonio propio. El patrimonio propio es, pues, la idea esencial en la noción de establecimiento público. De esta idea dimanan lógicamente todos los elementos de descentralización del servicio que supone el establecimiento público. Ella domina todo el régimen administrativo y rentístico del establecimiento público.

Pero de que el régimen del establecimiento público tenga su fuente en esa idea de patrimonio propio, no se desprende necesariamente que haya para los establecimientos públicos un régimen único, igual para todos ellos. De suerte que una ojeada de conjunto sobre los establecimientos públicos tiene que limitarse forzosamente a principios generales. Un conocimiento preciso y profundo de los establecimientos públicos no puede adquirirse sino examinando separada y sucesivamente cada uno de ellos.

REGIMEN ADMINISTRATIVO

Acerca del régimen administrativo, cabe examinar, en cuanto ellas tienen un alcance general o se plantean de idéntica manera para todos los establecimientos públicos, las reglas relativas a su creación y supresión, a la autonomía del establecimiento y a las adquisiciones a título gratuito.

A. Creación.—En materia de creación de establecimientos públicos domina el principio de que un servicio público no puede constituirse

en establecimiento público sino en virtud de una decisión del Estado que se refiera especialmente a ese servicio. Esta regla es una aplicación del principio general en materia de creación de patrimonios colectivos. Al frente de esos patrimonios hay, debe haber, según el concepto admitido, una personalidad moral. Ahora bien: la persona moral se considera en derecho francés como creación individual del Estado, cuando, por lo demás, la ley no atribuya por vía general e impersonal la personalidad al grupo.

En principio, pues, para la creación de cada establecimiento público debe intervenir un acto especial con la mira de operar esa creación, a menos que una disposición legislativa o reglamentaria, por vía general, haya conferido la personalidad a determinada categoría de servicios públicos y autorizado al mismo tiempo la creación de esos servicios sin intervención de una decisión especial de la autoridad superior. Generalmente, a pesar del reconocimiento por vía legislativa o reglamentaria de determinada categoría de establecimientos públicos, se requiere sin embargo una decisión especial para la creación de cada uno de ellos.

Mas cabe preguntar qué condición se requiere para que el acto especial que crea un servicio constituya ese servicio en establecimiento público, le atribuya un patrimonio y le confiera personalidad moral. A este respecto, la jurisprudencia decide que no es necesario que la ley o el decreto formulen de manera expresa la atribución de la personalidad moral. Basta que contengan, en cuanto a la organización del servicio, reglas que supongan esa personalidad. Es así como la calidad de establecimiento público se reconoció a la administración de los ferrocarriles del Estado antes de que la ley le hubiera expresamente conferido la personalidad moral.

Competencia para la creación de los establecimientos públicos.—La competencia para crear el establecimiento público varía según que el establecimiento dependa del Estado o de una administración local.

1º Por lo que toca a los *establecimientos públicos del Estado,* durante largo tiempo dominó la regla de que esos establecimientos podían crearse por decreto.

Pero la ley fiscal del 13 de julio de 1925 —artículo 205— vino a decidir que la creación de los establecimientos públicos del Estado no podría en lo sucesivo verificarse sino en virtud de una ley, la cual debería determinar el objeto del establecimiento y los principios de su funcionamiento y conferirle la personalidad civil y la autonomía rentística. Se estableció la competencia legislativa porque se quiso acabar con la competencia del Gobierno, con el objeto de poner coto a la multiplicación de establecimientos públicos, cuya creación no tenía más objeto que sustraer determinadas actividades administrativas de la vigilancia administrativa y rentística del Parlamento.

2º Por lo que toca a los *establecimientos públicos locales,* la competencia para crearlos pertenece en principio a la autoridad que posee el poder de supervigilancia administrativa sobre las autoridades de las cuales el establecimiento depende directamente y no a las autoridades mismas que dirigen el servicio: estas últimas no tienen en principio el poder de transformar en establecimientos públicos los servicios públicos que de ellas dependen. De esta suerte, los establecimientos públicos locales se crean en virtud de decreto. Excepcionalmente, algunos establecimientos públicos municipales pueden crearse en virtud de resolución prefectoral.

Sin embargo, hay casos en que, por excepción, y en virtud de una disposición legislativa expresa, el acto de creación de un establecimiento público local puede verificarse por la autoridad administrativa de la cual éste depende, sin que se requiera autorización de la autoridad su-

perior. Como excepción de esta clase, puede citarse la creación de los establecimientos públicos interdepartamentales previstos por la ley del 9 de enero de 1930. Tales establecimientos pueden ser creados por los consejos generales interesados, sin que medie decreto de autorización y en virtud de simple comunicación dirigida al ministro de lo interior.

No hay que confundir la hipótesis que acaba de considerarse, y en la cual una autoridad administrativa local recibe de la ley la facultad de constituir establecimientos públicos, con aquella otra en que la ley impone a las autoridades administrativas locales la obligación de organizar determinado establecimiento público. En esta última hipótesis, en realidad, el establecimiento público es creado por la ley y la autoridad administrativa local no interviene sino para dar cumplimiento al mandato legislativo. Tal es el caso de algunos establecimientos públicos de asistencia, especialmente de los establecimientos de asistencia médica gratuita.

Distinción entre los establecimientos públicos y los establecimientos de utilidad pública.—El establecimiento de utilidad pública es una institución que se asemeja al establecimiento público en lo que atañe a la forma de su creación. En efecto, es un organismo que tiene patrimonio propio y que ha recibido la personalidad moral en virtud de una intervención especial del Estado, por medio del acto denominado "declaración de utilidad pública."

Sin embargo, esas dos instituciones no son idénticas.

La diferencia entre el establecimiento de utilidad pública y el establecimiento público consiste en que éste es un servicio público y aquél una empresa privada, que nada tiene que ver, claro está, con las sociedades civiles o comerciales. Es una empresa privada a la cual ha concedido personería el Estado, en desarrollo del principio de que, fuera de las sociedades civiles o comerciales, las personas morales tanto privadas como públicas no tienen una existencia espontánea y deben ser creadas por el Estado.

A pesar de la identidad de origen, existe una diferencia muy marcada entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública. Constituyen ambos instituciones personalizadas. Pero el uno es un servicio público y el otro una empresa privada. Sólo que no basta formular en estos términos la distinción. Hay que precisar más aún cómo puede reconocerse que la institución es un establecimiento público o un establecimiento de utilidad pública. A este respecto surgen dificultades al encontrar frecuentemente en ambos casos un acto de creación análogo de parte del Estado. Ha sido necesario, no obstante, resolver la cuestión, ya que ella no es meramente teórica. Hay, en efecto, un gran interés práctico en precisar el criterio de distinción, porque una y otra clase de establecimientos están sometidas a regímenes jurídicos diferentes. Por ejemplo, la competencia jurisdiccional es diferente: la jurisdicción administrativa es competente en lo que se refiere a los establecimientos públicos, puesto que son servicios públicos. El recurso por exceso de poder es admisible contra las decisiones que emanan de los establecimientos públicos. Las obras de éstos están sometidas al régimen de las obras públicas. En cuanto a las donaciones y legados, las reglas de aceptación varían para una y otra clase.

El criterio fijado por la jurisprudencia es el siguiente: hay que tener en cuenta, en el origen del establecimiento, lo referente a quien ha tomado la *iniciativa de su creación.* La diferencia no puede residir sino en la iniciativa y no en el acto mismo creador, puesto que este acto emana siempre del Estado. Si, pues, la iniciativa de la creación ha venido de un particular, hay establecimiento de utilidad pública. Si, al contrario, la iniciativa ha emanado del Estado, hay establecimiento público.

B. Supresión.—Un establecimiento público puede desaparecer por el hecho de que se retire al servicio la personalidad civil, convirtiéndolo así en un servicio administrado directamente, o por el hecho de que se suprima el servicio mismo.

La supresión del establecimiento público puede verificarse de dos maneras:

1ª Por *vía general,* cuando interviene una ley para suprimir una categoría de establecimientos públicos, como la ley de separación de las Iglesias del Estado, que suprimió los establecimientos públicos del culto como tales.

2ª Por *vía particular,* cuando determinado establecimiento público se suprime en virtud de decreto o por otro procedimiento.

Por lo que toca a la competencia, domina el principio de que la supresión debe efectuarse por la misma autoridad que tiene el poder de creación.

Patrimonio del establecimiento público suprimido.—La cuestión de la suerte del patrimonio del establecimiento público suprimido, ha suscitado dificultades y provocado vivas discusiones. Para dilucidar esa cuestión, hay que distinguir las dos maneras de supresión del establecimiento público, según que desaparezca por simple retiro de la personalidad o por supresión del servicio mismo.

1º *Supresión del establecimiento público por administración directa del servicio.*—En este caso la solución es sencilla. El patrimonio del establecimiento público suprimido volverá al patrimonio de la autoridad administrativa de la cual dependía el establecimiento.

Efectivamente, en el establecimiento público no se encuentra sino un procedimiento de técnica administrativa y rentística, que consiste en desvincular una fracción del patrimonio de una autoridad administrativa para atribuirla a un servicio público con la mira de asegurar el buen funcionamiento de éste. Cuando cesa esa desvinculación por el hecho de que el servicio vuelve a ser administrado directamente, lo natural es que el patrimonio del servicio vuelva al patrimonio general del que se había desvinculado, ya que, en suma, se le podrá continuar utilizando como antes.

2º *Supresión del establecimiento por supresión del servicio público.* En este caso, hay que aplicar los principios que rigen en materia de patrimonios colectivos suprimidos. La solución será diversa según el concepto que se adopte en lo que concierne a la naturaleza del patrimonio.

1º Dentro del concepto subjetivo del patrimonio, que supone que una persona es su titular, la supresión del establecimiento público hace desaparecer esa persona, así como todos los elementos que la constituían. Por consiguiente, los bienes deben considerarse como bienes vacantes. Deberán volver al dominio del Estado.

2º Al contrario, dentro del concepto objetivo del patrimonio, que consiste en individualizar el patrimonio afecto a determinado fin, la supresión del servicio no entraña la vacancia de los bienes. Esa supresión significa que el Estado no quiere ya proseguir el fin que perseguía el establecimiento. Lo cual no implica que el patrimonio y los bienes que lo constituían puedan desviarse del fin para el cual se constituyeron.

Habrá que admitir entonces, como consecuencia de que la finalidad debe continuar realizándose por un organismo privado, que a este organismo deben devolverse los bienes del establecimiento público suprimido.

C. Autonomía.—La constitución de un servicio público en establecimiento público tiene por objeto procurar al servicio cierta descentralización y, en consecuencia, conferirle cierta independencia respecto de la autoridad administrativa, a la cual está subordinado. Esa independencia varía mucho en extensión para los diversos establecimientos públicos. Ello depende de la situación de los órganos directivos del establecimiento público desde el punto de vista de su elección y de sus poderes.

1º *Elección.*—El órgano directivo de un establecimiento público dotado de cierta independencia, ordinariamente está constituido por un consejo o junta y por un agente ejecutivo. Los miembros de ese consejo son generalmente nombrados por la autoridad de la cual depende el servicio.

Pero pueden también formar parte del consejo miembros que se sustraigan a dicho nombramiento, ora porque de derecho formen parte del consejo, ya porque sean elegidos por los agentes del servicio. En este caso, se atenuará evidentemente la subordinación del consejo y el establecimiento gozará de hecho de mayor autonomía.

2º *Poderes.*—Desde este punto de vista, se verificará el máximum de descentralización cuando el consejo tenga poderes de decisión propios y no esté sometido sino a la simple vigilancia administrativa de la autoridad y también cuando el agente ejecutivo esté directamente subordinado al consejo.

Al contrario, la descentralización será restringida cuando el consejo no desempeñe sino un papel consultivo, el poder de decisión pertenezca a la autoridad administrativa y el agente ejecutivo esté subordinado a esta última. Pueden existir también entre estos dos extremos modalidades intermedias susceptibles de graduar la descentralización.

D. Adquisiciones a título gratuito.—Como el establecimiento público tiene un patrimonio propio, puede por sí mismo adquirir y enajenar. Entre las reglas concernientes a esa actividad patrimonial, sólo cabe mencionar las relativas a las adquisiciones a título gratuito, donaciones y legados a favor de los establecimientos públicos, y principalmente las reglas relativas a la aceptación de esas liberalidades. Vamos a encontrar a este respecto reglas análogas a las que rigen para los demás patrimonios públicos: es decir, reglas que fijan a la aceptación o modalidades o límites.

1º *Modalidades de la aceptación.*—En principio, la aceptación es dada por los administradores del establecimiento. Sin embargo, esa aceptación está sometida a una autorización previa en dos casos:

1º Cuando media *reclamación de la familia:* la autorización se da entonces por decreto del Consejo de Estado;

2º Cuando se trata de donaciones o legados hechos con *cargas, condiciones o vinculaciones inmuebles,* la autorización debe darse por decreto del Consejo de Estado si se trata de establecimientos públicos del Estado, y por resolución prefectoral si se trata de establecimientos públicos departamentales o municipales.

2º *Límites de la aceptación.*—El poder de aceptar una liberalidad está limitado por la especialidad del establecimiento público, en lo que concierne a las liberalidades con cargas.

Dicha especialidad, en efecto, tiene como consecuencia que las donaciones y legados, hechos con cargas o condiciones que no encajen dentro de la especialidad del establecimiento, no pueden aceptarse por éste. Sin embargo, la donación o el legado pueden adjudicarse a la au-

toridad o al servicio que tengan competencia para aceptarlos, siempre que, no obstante, no se opongan a ello las intenciones del testador o del donante.

Domina, pues, la misma regla que para el Estado, los departamentos o los municipios, con la diferencia de que es más rigurosa para los establecimientos públicos, ya que la especialidad del establecimiento es más estrecha, pues la especialidad de un servicio está limitada generalmente a una sola atribución, en tanto que las especialidades departamentales o municipales se extienden a cierto número de atribuciones.

REGIMEN RENTISTICO

Consecuencia del patrimonio propio, los establecimientos públicos tienen recursos rentísticos sujetos generalmente a un presupuesto especial. Esos recursos rentísticos varían de naturaleza y el presupuesto especial reviste diversas formas.

a) Recursos rentísticos.—La naturaleza de los recursos rentísticos varía según los establecimientos. Podemos dividirlos en recursos extraordinarios y recursos ordinarios.

1º *Recursos extraordinarios.*—Están constituídos por el producto de las donaciones y legados y también por el de los préstamos que el establecimiento esté autorizado para contratar. Esos recursos pueden ser importantes, ya que es precisamente para poder recibir a título gratuito y adquirir en préstamo para lo que el servicio se constituye en establecimiento público.

2º *Recursos ordinarios.*—Provienen casi siempre de las tasas percibidas por el servicio con ocasión de las prestaciones que suministra a los particulares o también de los impuestos cuyo producto está expresamente vinculado al servicio. De esta suerte, para los establecimientos que poseen tales recursos, se deroga el principio fiscal de la no vinculación de las entradas a los gastos.

Sin embargo, la forma de establecimiento puede conferirse no sólo a los servicios remunerados sino también a los servicios gratuitos. Es lo que sucede, principalmente, con los servicios de asistencia. En tales casos, los recursos ordinarios están representados en las *subvenciones* suministradas regularmente por la autoridad administrativa que dirige el servicio.

b) Presupuesto especial.—Los establecimientos públicos tienen siempre un presupuesto especial; es decir, sus ingresos y sus egresos funcionan separadamente y no se incorporan al presupuesto general de la autoridad administrativa de la cual dependen. Ese presupuesto especial reviste, según los casos, tres formas diferentes: ora la de un presupuesto anexo, ora la de un presupuesto autónomo, ora, finalmente, la de un presupuesto con carácter industrial.

1º *Presupuesto anexo.*—Esta forma no es exclusiva de los establecimientos públicos. Se la encuentra también en algunos servicios administrados directamente, cuando media el propósito de darse cuenta exacta de sus resultados fiscales.

El presupuesto anexo consiste en agrupar fuera del presupuesto general determinado conjunto de ingresos y de egresos, sin desvincularlos, no obstante, completamente. Efectivamente, el presupuesto anexo continúa vinculado al general, en cuanto sus resultados se traducen en déficits o en excedentes. Los déficits se incorporan a título de gastos y los excedentes a título de entradas. De suerte que, en un presupuesto anexo, el presupuesto general soporta en definitiva los déficits de la gestión rentística del establecimiento público y se beneficia de sus excedentes. Otra consecuencia de esa vinculación es la de que el presupues-

to anexo está sometido a las mismas autorizaciones presupuestales que el presupuesto general.

2º *Presupuesto autónomo.*—El presupuesto autónomo es la forma característica del presupuesto de los establecimientos públicos. Se diferencia del presupuesto anexo en el sentido de que está completamente desvinculado de todo otro presupuesto, y, particularmente, del presupuesto general de la autoridad administrativa de la cual depende el establecimiento. De suerte que la autoridad presupuestal, que interviene respecto al segundo, no tiene por qué ocuparse del primero. El presupuesto autónomo, como todos los demás actos del establecimiento público, está sometido simplemente a la supervigilancia administrativa.

Pero, en principio, esa autonomía no implica forzosamente que el establecimiento público tenga que equilibrar por sí solo su presupuesto. En efecto, si los recursos son insuficientes, la autoridad administrativa interviene en forma de subvenciones para hacer frente a los gastos. Como ejemplos de presupuesto autónomo pueden citarse el presupuesto de las universidades y el de los establecimientos de beneficencia.

3º *Presupuesto industrial.*—El presupuesto de carácter industrial es una forma nueva, que cada vez más hay tendencia a conferir tanto a los presupuestos anexos como a los autónomos de los servicios públicos remunerados, cuando se quiere industrializar el servicio, es decir, obligarlo a cubrir los gastos con los propios recursos.

El presupuesto industrial, en efecto, consiste ante todo en que los excedentes, en vez de incorporarse al presupuesto general, en todo o en parte, como sucede con el presupuesto anexo, siguen perteneciendo al establecimiento para constituir un fondo de reserva. Por otra parte, los déficits quedan a cargo del establecimiento y debe afrontarlos ora recurriendo al fondo de reserva, ora contratando préstamos garantizados con los beneficios futuros del propio establecimiento.

Se persigue así, en el presupuesto industrial, un doble objeto. Se quiere, ante todo, evitar al presupuesto general la carga definitiva de los déficits del servicio. Se quiere, además, permitir al establecimiento público que funcione como una empresa privada con los excedentes de que resulte beneficiario. En efecto, con los fondos de reserva constituídos como queda dicho, los establecimientos públicos poseerán medios eficaces para mejorar y ampliar sus equipos. El presupuesto del servicio de correos, telégrafos y teléfonos está actualmente organizado conforme a este tipo industrial.

SERVICIOS PUBLICOS CONCEDIDOS

Noción del servicio público concedido.—La concesión es un procedimiento de organización de los servicios públicos, consistente en que: un particular, llamado concesionario, se compromete para con la autoridad administrativa, llamada autoridad concedente, a organizar y hacer funcionar un servicio público durante una duración limitada conforme a ciertas condiciones impuestas, con capitales y equipos pertenecientes en todo o en parte al concesionario, y a garantizar los gastos de organización y de funcionamiento del servicio principalmente por medio de tasas percibidas de los usuarios del servicio y accesoriamente merced a subvenciones u otras ventajas suministradas por la administración concedente.

Análisis de la noción.—Conviene subrayar los elementos de la noción de servicio público concedido a fin de despejar algunas nociones afines.

1º *Empresa de economía mixta.*—En principio los organismos del servicio público concedido son de orden privado.

1º El individuo encargado de organizar y hacer funcionar el servicio, el concesionario, no adquiere la calidad de funcionario público: conti-

núa siendo un simple particular. Con mayor razón los agentes y empleados del concesionario tampoco son agentes públicos, sino empleados particulares. Si el concesionario es una sociedad —lo que ocurre generalmente, dada la importancia de las empresas— esa sociedad es una sociedad privada.

El concesionario recibe la concesión a consecuencia o en virtud de un acuerdo entre él y la administración concedente. Los términos de ese acuerdo están contenidos en el acto de la concesión, el cual viene así a precisar los derechos y obligaciones del concesionario y del concedente por lo que atañe a la organización y al funcionamiento del servicio. La atribución de la situación del concesionario es, pues, netamente convencional. En ello estriba una de las diferencias jurídicas entre el concesionario y el funcionario, porque la atribución de la situación del funcionario es unilateral de parte de la administración.

2º El patrimonio vinculado al servicio es propiedad del concesionario y esa propiedad es una propiedad privada. Sucede, empero, que, entre los bienes vinculados al servicio, algunos son propiedades administrativas. Ordinariamente son terrenos que pertenecen a la administración y continúan siendo propiedad de ésta, puestos a disposición del concesionario a título de subvención en especie.

Así, en principio, el personal y los bienes de los servicios públicos concedidos conservan el carácter de privados. Ahora bien: en los últimos años ha surgido una forma especial de servicio público concedido, la cual entraña precisamente la derogación de ese principio: se trata de la *empresa de economía mixta.*

En esta forma del servicio público concedido que es la empresa de economía mixta, aparece la tendencia a equiparar el servicio a la organización por administración directa, ya que los organismos de aquél no son ya meramente privados. En efecto, tal forma consiste en que, en la sociedad concesionaria que ha recibido la concesión del servicio el Estado, u otras personas administrativas, participan a título ora de accionistas ora de obligacionistas suscribiendo una parte del capital-acciones o del capital-obligaciones. Lo cual implica para la administración participante o el tener representantes en el consejo de administración, si es accionista, o un delegado especial que represente sus inteses, si es obligacionista. Por lo demás, la representación del Estado en el consejo de administración es cosa admitida, aun cuando el Estado no sea accionista. Finalmente, en tesis general, se admite que la participación fiscal y administrativa de la administración, debe siempre ser inferior a la mitad de las partes. De esta manera se ha querido evitar que la administración tenga mayoría en la empresa. Porque, si tuviera esa mayoría, el servicio dejaría de ser concedido para convertirse en servicio por administración directa.

De esta manera a los elementos puramente privados, que constituyen los organismos del servicio concedido ordinario, vienen a agregarse en la empresa de economía mixta elementos públicos tanto en el personal como en los bienes. No se trata ya de economía privada; no se trata tampoco exclusivamente de economía pública: se trata, según la denominación adoptada, de economía mixta, economía que es a la vez pública y privada.

Esta forma de empresa de economía mixta ha sido adoptada principalmente para las empresas hidro-eléctricas concedidas y para los servicios públicos municipales concedidos. Leyes especiales han previsto igualmente para determinadas empresas su organización como empresas de economía mixta.

2º *Empresas privadas inspeccionadas.*—Aunque, ora en su totalidad, ora cuando menos en su mayoría (empresas de economía mixta), el servicio público concedido tenga un carácter privado por lo que res-

pecta al personal que hace funcionar el servicio y a los bienes vinculados a ese funcionamiento, no por ello la empresa deja de ser un servicio público. Es esta una idea capital que domina los principales aspectos del régimen del servicio público concedido.

Por eso conviene distinguir cuidadosamente los servicios públicos concedidos de las *empresas privadas inspeccionadas.* Con las prácticas de la economía dirigida, actualmente son cada vez más numerosos los casos de empresas en las cuales interviene el Estado, al igual que en los servicios públicos concedidos, para autorizarlas e imponerles condiciones de funcionamiento. Sin embargo, ellas no constituyen servicios públicos concedidos sino únicamente empresas privadas inspeccionadas.

Conviene saber en qué se reconoce que determinada empresa no es sino una empresa privada inspeccionada, porque el régimen varía según se trate de un servicio público o de una empresa privada. Hé aquí el criterio a que es posible atenerse.

En principio, puede decirse que hay servicio concedido cuando el Estado se reserva respecto a la organización y al funcionamiento del servicio una inspección tan rigurosa, que implique de su parte la aprehensión de la empresa y la voluntad de que sea un servicio público y no una empresa privada; sobre todo cuando el Estado se reserva un poder discrecional en cuanto a la fijación de las condiciones de prestación del servicio y de las tarifas de precios de esa prestación. En otros términos, cuando el Estado impone discrecionalmente a la empresa determinado funcionamiento industrial o comercial.

Por el contrario, no hay sino empresa privada inspeccionada cuando la inspección del Estado se atenúa hasta el punto de dejar a la empresa cierta libertad desde el punto de vista industrial o comercial. Por ejemplo, las concesiones mineras, bajo el régimen establecido por la Ley del 9 de septiembre de 1919, no son ya servicios públicos concedidos, sino únicamente empresas privadas inspeccionadas. Si bien es cierto que determinadas condiciones (carácter temporal de la concesión con reversión al Estado, inspección del Estado y participación en los beneficios), pudieran hacer pensar que se trata de un servicio público, por otro aspecto la amplísima libertad industrial y comercial que se deja al concesionario de la mina, excluye la idea de servicio público e implica que no se trata sino de una empresa privada inspeccionada. La jurisdicción ha consagrado implícitamente esta solución al resolver que las obras mineras no son obras públicas.

3º *Concesiones de obras públicas.*—La concesión puede recaer no sólo sobre el funcionamiento sino también sobre la organización del servicio. Ahora bien: como esa organización del servicio exige generalmente la ejecución de determinadas obras en inmuebles, y como esas obras tienen la calidad de obras públicas puesto que se trata de obras ejecutadas en inmuebles destinados a asegurar el funcionamiento de un servicio público, la concesión comprende ordinariamente, además de la concesión del servicio por lo que respecta a su funcionamiento, una *concesión de obras públicas* que recae sobre las obras necesarias para la organización del servicio.

Sin embargo, puede haber concesión de servicio sin concesión de obras públicas. Porque un servicio público puede concederse sin que la concesión suponga necesariamente la ejecución de una obra. Tal acontece principalmente cuando el servicio concedido utiliza obras públicas ya construidas y conservadas por la administración. Ejemplo: un servicio de transportes automoviliarios que utilice las vías de comunicación al igual que los demás usuarios de esas vías. Pero tal situación es excepcional: generalmente la concesión del servicio comprende también una concesión de obras públicas.

Desde el punto de vista actual, esa concesión de obras públicas es un elemento secundario dentro de la concesión: la concesión del servicio mismo es el elemento principal. Si se recurre al procedimiento de la concesión, es debido esencialmente a que se quiere asegurar con ese procedimiento la marcha del servicio. La concesión tiene en miras no tanto la organización cuanto el funcionamiento del servicio. No hay concesión de obras públicas sino en cuanto hay concesión del servicio mismo y como accesoria de la concesión del servicio.

Primitivamente y durante largo tiempo, fue el punto de vista contrario el que prevaleció. Se consideraba que, dentro de la concesión, el elemento esencial era la concesión de la obra pública y la concesión del funcionamiento del servicio no era sino accesoria. Se recurría a la concesión sobre todo con la mira de organizar el servicio y el servicio mismo no se concedía sino para dar al concesionario un medio de recuperar los gastos de organización.

De esta suerte, el procedimiento que hoy corrientemente se llama cada vez más "concesión de servicio público", se denominaba antes "concesión de obras públicas." Se quería indicar así que lo esencial era la concesión de la obra. En materia de obras públicas se oponía el concepto de empresa al de concesión; y esa oposición dimanaba de la forma de remuneración de la obra.

Esta evolución de los puntos de vista en lo concerniente al servicio público concedido se explica por las siguientes razones:

Cuando en la primera mitad del siglo XIX se tuvo la idea de acudir al procedimiento de la concesión —fueron las empresas ferrocarrileras las que sugirieron esa idea— fue la preocupación de organizar el servicio la que movió a hacerlo. Dada la importancia de las obras por ejecutar y de los capitales requeridos, se pensó que el Estado no era capaz de semejante esfuerzo fiscal y que únicamente los particulares podían asumirlo. En aquella época de liberalismo rígido, se tenía un concepto modesto del papel y de las capacidades fiscales del Estado. De esta manera los servicios públicos se concedieron al principio con miras a su organización mucho más que con miras a su funcionamiento.

Ahora bien: si posteriormente la concesión del servicio con miras a su funcionamiento ha pasado a ocupar el primer plano, es porque se han invertido los puntos de vista en cuanto a las posibilidades del Estado. Se ha caído en la cuenta de que el Estado es muy capaz, por medio de empréstitos, de asumir el esfuerzo fiscal necesario para la organización de los servicios, y de que, al contrario, no está capacitado para asegurar el funcionamiento de determinados servicios o que, por lo menos, ese funcionamiento puede asegurarse mejor por conducto de un organismo privado. Es así como más y más cada día la razón de ser esencial de la concesión de servicios públicos parece referirse al funcionamiento del servicio.

NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO DE LA CONCESION

La cuestión de la naturaleza jurídica del acto de la concesión es primordial y esencial, porque ella domina y regula lógicamente los principales aspectos del régimen de la concesión. Ahora bien: a propósito de esa naturaleza jurídica ha habido dos conceptos sucesivos, cada uno de los cuales, uno después del otro, ha sido admitido implícitamente por la jurisprudencia.

A. Primer concepto.—El primer concepto concerniente al acto de la concesión fue un concepto puramente contractual. El acto de la concesión se consideraba como un *contrato* propiamente dicho.

1º Se partía de la idea de que hay en la conclusión de la concesión un acuerdo de voluntades entre el concedente y el concesionario, y de que todo acuerdo de voluntades se reduce a un contrato; por otra parte, se asimilaba la concesión de servicio público, considerándola principalmente como una concesión de obras públicas, a la negociación de obras públicas, esta sí un verdadero contrato;

2º Se concluía que el acto de la concesión era integralmente y en todas sus disposiciones un contrato, inclusive las disposiciones concernientes a la organización y al funcionamiento del servicio; por consiguiente, el concesionario, lo mismo que cualquier empresario de obras públicas, se encontraba integralmente en una situación jurídica individual contractual y de esa suerte era contractualmente como estaba obligado a organizar y hacer funcionar el servicio; finalmente, en relación con los usuarios, existía una estipulación por otro, consentida por la administración concedente en el contrato celebrado entre ella y el concesionario, estipulación en virtud de la cual el usuario podía exigir del concesionario el funcionamiento del servicio.

Tal fue el concepto contractual, admitido durante largo tiempo y consagrado por la jurisprudencia en lo que concierne al acto de la concesión del servicio público. Ese concepto en la actualidad ha sido descartado y reemplazado por otro.

B. Concepto actual.—El acto de concesión de servicios públicos se considera actualmente como un acto complejo. Ese acto está compuesto de tres elementos, que son un *acto reglamentario,* un *acto-condición* y un *contrato.* Mas, a pesar de esa forma compleja, la concesión constituye un acto único, porque sus tres actos constitutivos están condicionados entre sí.

Se ha abandonado el concepto puramente contractual y se ha llegado al concepto de acto complejo, en virtud de una doble consideración: si, por una parte, el servicio es administrado por un particular, por otra parte la empresa continúa siendo un servicio público sin perder nada de su carácter de tál.

Conviene precisar el contenido y la razón de ser de cada uno de los elementos del acto de concesión.

a) El acto reglamentario.—El objeto de la parte reglamentaria del acto de concesión es fijar las reglas de organización y de funcionamiento del servicio, sobre todo en lo que concierne a las prestaciones que deben suministrarse a los usuarios y a las tasas que pueden percibirse de ellos; ora sea formulando directamente esas reglas, ora remitiendo a las leyes o reglamentos que las tienen ya establecidas. La parte reglamentaria establece así el estatuto reglamentario de organización y de funcionamiento del servicio.

De suerte que ese estatuto del servicio es fijado unilateralmente por la administración concedente e impuesto al concesionario. Por otra parte, siendo reglamentario, ese estatuto vale por sí mismo a la vez para el concesionario y para los usuarios. Estos últimos derivan directamente sus derechos de las disposiciones del estatuto, sin que sea necesario que intervenga una estipulación por otro para conferírselos.

Se ha llegado así a admitir esta parte reglamentaria en el acto de concesión por las razones siguientes:

1ª La empresa concedida continúa siendo un servicio público. Se trata de reglar la organización y el funcionamiento de un servicio público;

2ª La administración, que tiene en principio el poder de fijar unilateralmente la organización y el funcionamiento de los servicios públicos, no puede renunciar a ese poder unilateral, aun cuando el servicio sea concedido.

b) El acto-condición.—Esta parte del acto de concesión es consecuencia necesario y obligada de la parte reglamentaria.

En efecto, el estatuto reglamentario prevé en la organización y funcionamiento del servicio determinadas facultades y obligaciones, o sea una situación jurídica reglamentaria para quien organice y haga funcionar el servicio, es decir, para el concesionario. Pero esa situación reglamentaria deberá conferirse a quien acepte ser el concesionario del servicio. Es preciso, pues, que se cumpla un acto-condición. De manera que, en el acto de concesión, como consecuencia necesaria de su parte reglamentaria, hay un acto-condición, que tiene por objeto atribuir al concesionario la situación de organizador y de administrador del servicio, tal como esa situación se halla establecida en las disposiciones reglamentarias del acto de concesión.

c) El contrato.—Si el acto de concesión no contuviera sino el acto reglamentario y el acto-condición que acaban de describirse, el concesionario se encontraría en la misma situación que un funcionario público y el acto de concesión sería análogo a un nombramiento de funcionario. Ahora bien: el concesionario no es funcionario público. Aunque administrador de un servicio público, continúa siendo un simple particular. Hé aquí la explicación de por qué se agrega al acto de concesión un tercer elemento, que es un contrato propiamente dicho, es decir, un acto convencional creador de situación jurídica individual. Ese contrato abarca los siguientes aspectos. Prevé:

1º La duración de la concesión;

2º Ventajas especiales consentidas por la administración a favor del concesionario, tales como subvenciones en especie o en dinero y garantías de intereses, independientes de las tasas que se perciben de los usuarios, tasas que figuran en el estatuto reglamentario del servicio;

3º Cierto equilibrio rentístico de la empresa: es decir, que, con la reserva de cierta eventualidad que se deja a cargo del concesionario, la administración se compromete a garantizarle determinado beneficio, o cuando menos a no estorbárselo sobre todo con el ejercicio de su poder unilateral de organización del servicio.

Situación del concesionario.—Del carácter complejo del acto de concesión resulta que el concesionario se encuentra en una situación jurídica compleja, en el sentido de que ella es en parte reglamentaria y en parte contractual: reglamentaria, por lo que toca a los poderes y deberes relativos a la organización y al funcionamiento del servicio; contractual, por lo que atañe a los poderes y deberes provenientes de las ventajas personales, pecuniarias o de otra índole, que le son consentidas por la vía del contrato.

Así el concesionario de servicios públicos no se encuentra en una situación puramente contractual como el empresario de obras públicas, ni en una situación puramente legal o reglamentaria como el funcionario público.

Su situación no es puramente contractual, puesto que él garantiza el funcionamiento de un servicio público; ni puramente reglamentaria, puesto que él continúa siendo un simple particular.

Nota Bibliográfica

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Director, Guillermo Neira Matéus. Año XIII, números 137-138. Comprenden el primer semestre de 1938. Imprenta Nacional.

De suma importancia es el contenido de esta entrega; se refiere a las materias siguientes:

Proposición por medio de la cual se nombra Presidente honorario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia al Excelentísimo doctor Eduardo Santos; proposición de saludo a Bogotá, con motivo de su IV centenario; el título de Ciudad concedido al pueblo de Santafé. *El idioma y los abogados*, artículo muy interesante que pone de relieve lo inaceptable del concepto de que los abogados en sus escritos, deben "sacrificar la belleza de la forma a la exactitud de la idea," sin percatarse de que la claridad y la concisión son auxiliares de la exactitud; que la estética no admite el sacrificio de la belleza de la forma y que el abogado tiene una verdadera responsabilidad histórica al dictar sus escritos; es autor de este trabajo el distinguido jurista Luis M. Baudizzone.

La facultad reglamentaria ante el Derecho Administrativo, por el académico de número doctor Horacio Hernández.

El doctor Hernández es un enamorado del Derecho Administrativo; su devoción por tan importante rama del Derecho Público, es innegable. En este artículo hace el ilustre académico un importante estudio de la facultad reglamentaria; halla la distinción entre ella y las facultades extraordinarias, concluyendo que existe la primera en épocas normales y la segunda en épocas anormales; sostiene que la facultad reglamentaria se ejerce como función administrativa y que tiene su fundamento en la organización del Poder Público, y su explicación en el Derecho Administrativo.

La propiedad literaria y artística en Colombia, por el doctor Francisco Samper Madrid.

Estudio de verdadero interés jurídico y aun histórico, donde se analiza ampliamente esta clase especial de propiedad; su autor, gran jurisconsulto, estudia varias legislaciones al respecto; todo esto hace de esa pieza jurídica un trabajo verdaderamente prestante.

Filosofía y Derecho, por Monseñor José Alejandro Bermúdez.

Trabajo presentado para tomar posesión como académico de número de la Colombiana de Jurisprudencia. En esta disertación se analizan, comentan y estudian ampliamente las relaciones entre la Filosofía y el Derecho; se estudian las diversas escuelas filosóficas y se termina diciendo que la norma eficaz para la reforma del mundo, siempre ha de venir del Oriente.

Por el decoro del Parlamento, por el doctor Luis Alejandro Gaitán.

Aquí se estudian las incompatibilidades para gestionar ante los Poderes Públicos; se señala como execrable el que hoy sea frecuente ver litigar a miembros del Congreso ante los Tribunales de justicia, como apoderados de particulares y como mandatarios de compañías y casas extranjeras; estas apuntaciones son de palpitante actualidad.

La acción transmisora del dominio, por el académico doctor Milciades Cortés.

Este artículo, como todos los del ilustre profesor Cortés, tiene abundante doctrina y sesuda jurisprudencia, como que allí se estudian las diversas acciones del dominio, y se encuentra la transmisora, hasta ahora no tratada por los comentaristas.

De la discusión, por el maestro y académico doctor César Julio Rodríguez.

Es un bello estudio de la etimología y razón de ser del vocablo *discusión,* muy importante dentro del léxico frecuente en los Tribunales.

Una cuestión de Derecho Mercantil, por el académico doctor Rafael Obando R.

Estudia con amplio criterio el punto, de por sí importante, relativo a si cabe sanear por ratificación un contrato de sociedad afectado de nulidad absoluta, en presencia de los artículos 2º de la Ley 50 de 1936 y 473 del Código de Comercio; el autor concluye que la nulidad de la sociedad no puede sanearse por ratificación.

El delito militar, según el Derecho Constitucional Colombiano, por el distinguido jurista doctor Ramón Rosales.

Conferencia de enorme trascendencia desde que allí se estudian los tópicos relativos al delito militar, cuándo existe, cómo se distingue del delito común; todo esto tratado a la luz de las disposiciones militares y de las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia. El doctor Eduardo Santos felicitó al conferenciante doctor Rosales y asistió a la conferencia.

Problemas sobre competencia de los Tribunales Administrativos, por el académico de número doctor Guillermo Neira Matéus.

Es un juicioso y correcto estudio donde se preconizan dos doctrinas importantes; es la una la de que los Tribunales Administrativos tienen competencia para conocer de los juicios sobre nulidad de los acuerdos municipales que aprueben contratos; y es la otra la de que las designaciones hechas por los Concejos Municipales, al ser acusadas, dan lugar a juicios administrativos y no a juicios electorales.

La obligatoriedad de los tratados internacionales en las relaciones privadas, por el abogado Ramón Solórzano, del foro de Nicaragua y Guatemala.

Es un estudio trascendente por la importancia de la materia a que se refiere y por la manera como se halla tratado.

El deber del abogado y la función social del mismo.

Son piezas eruditas y que bien se hallan en la *Revista de la Academia de Jurisprudencia;* de esos trabajos son autores el doctor Henoch D. Aguiar, Presidente del Colegio de Abogados de Córdoba, y Eduardo Augusto García, distinguido jurista.

El gobernante, por Guillermo Neira Matéus.. ..

Estudio de interés, que pone de presente la dificil tarea de gobernar a los pueblos y de dirigir los Estados.

El uso de la toga.

La Academia emitió su concepto.

El proyecto sobre tabaco.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia hizo un sesudo e interesante estudio de las diversas normas jurídicas sobre el particular, y lo envió al Congreso, pues la honorable Cámara Representantes le solicitó a la Academia tal estudio.

También se trata en esta entrega de las relaciones internacionales de la Academia, y se destina una sección especial para la jurisprudencia administrativa; allí se publican importantes fallos; cierra la entrega, que consta de 193 páginas, la lista de todos los académicos.

INDICE



SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Actos de los Gobernadores:

Páginas.

Boyacá. Decreto número 405 de 1937. Sentencia por la cual se confirma el fallo apelado de primera instancia del Tribunal Administrativo de Tunja. Actor, Ana Celmira Medina. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 501

Caldas. Decreto número 326 de 1937. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Manizales. Actor, doctor Luis Salas B. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 470

Cundinamarca. Demanda de nulidad contra un acto de la Gobernación de Cundinamarca. Auto por el cual el Consejo de Estado se inhibe de conocer de la apelación intentada contra un auto del Tribunal Administrativo de Bogotá. Actor, doctor Ernesto León Gómez. Consejero, doctor Isaías Cepeda 351

Cundinamarca. Demanda de nulidad del Decreto número 532, de 17 de julio de 1937. Auto por el cual se revoca el del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 26 de octubre de 1937, y en su lugar se ordena aceptar la demanda. Actor, Elías Gómez Acosta. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 507

Santander. Demanda de nulidad de las Resoluciones números 31 de 1932, 24 de 1933 y 21 de 1936. Sentencia por la cual se revoca la de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga con fecha 13 de marzo de 1937, y en su lugar se declara que no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda. Actor, doctor Manuel Roa Bernal. Consejero ponente. doctor Isaías Cepeda 333

Salvamento de voto del Consejero doctor Carlos Lozano y Lozano al fallo anterior 336

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Ramón Miranda y Elías Abad Mesa al fallo anterior 337

Asuntos municipales:

Bogotá. Demanda de nulidad de la Resolución número 91 de 1936, expedida por la Secretaría de Hacienda, confirmada por la Junta Asesora de la Administración Municipal. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bogotá proferida el 1º de septiembre de 1937. Actor, Parroquia de Las Nieves. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano 307

Cali. Demanda de nulidad de los Decretos números 86 y 157 de 1936, expedidos por el Alcalde Municipal. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cali. Actor, Celso Flórez Pardo. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa 320

Ibagué. Demanda de nulidad del Acuerdo número 37 de 1934, "por el cual se provee a la pavimentación de las calles de la ciudad y se crea un empleo." Sentencia por la cual se confirma el fallo del Tribunal Administrativo de Ibagué, de 25 de mayo de 1937. Actor, doctor Alejandro Valencia. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 521

Medellín. Providencias dictadas por el Concejo en los días 8 y 9 de septiembre de 1937, por medio de las cuales se clasificó el impuesto que la Tropical Oil Company debe pagar por expendio de gasolina y artículos varios. Auto que confirma el de suspensión provisional proferido por el Tribunal Administrativo de Medellín con fecha 5 de abril de 1938. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas.. 467

Páginas.

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Elías Abad Mesa y Ramón Miranda al auto anterior 469

Popayán. Demanda de nulidad de los artículos 1º, ordinal b), y 4º del Acuerdo número 18, de 23 de septiembre de 1925; 1º y parágrafo del Acuerdo número 92, de 28 de febrero de 1936, y 1º del Acuerdo número 1, de 24 de marzo de 1937, y de las Resoluciones de 19 de mayo de 1936 y 27 de abril de 1937, de la Junta de Hacienda del Distrito. Sentencia por la cual se revoca la de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Popayán, y en su lugar se dispone que no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda. Actor, Tropical Oil Company. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa 311

San Andrés (Antioquia). Nulidad de varios acuerdos del Concejo. Auto por el cual el Consejo de Estado se abstiene de admitir un recurso de hecho y consiguientemente de conceder una apelación. Actor, doctor Alfredo Cock. Consejero, doctor Carlos Lozano y Lozano 292

Consultas:

Informe referente a una consulta del Ministerio de Gobierno sobre los efectos de la suspensión provisional de un acto administrativo, decretada por el Consejo de Estado, en tanto que el Tribunal de primera instancia ha fallado el mismo negocio declarando la validez del acto. Aprobado por unanimidad en sesión de fecha 30 de marzo de 1938. Consejero informante, doctor Ramón Miranda 364

Contratos:

Ministerio de Guerra. Contrato celebrado por los Ministros de Guerra y de Hacienda y Crédito Público, el 7 de abril de 1938, con la Beneficencia de Cundinamarca, sobre compra de un terreno para construír un aeródromo en las inmediaciones de Bogotá y otras estipulaciones. Dictamen por el cual se decide que dicho contrato no se ajusta a las autorizaciones legales. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda..... 356

Ministerio de Educación Nacional. Dictamen por el cual se decide que no se ajusta a la ley el contrato celebrado el 16 de diciembre de 1937 con el señor Mario Camargo, Gerente de la Compañía de Radio Colombiana, para la adquisición de una radiodifusora. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 516

Ministerio de Correos y Telégrafos. Dictamen por el cual se conceptúa que no está ajustado a la ley el contrato celebrado con el apoderado del señor Olimpo del Valle, con fecha 5 de febrero de 1938. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 511

Cuentas:

Tesorería General de la República. Cuentas del Contador de la Sección de Caja de la Tesorería anteriores a 1925. Auto de fecha 31 de mayo de 1938, por el cual se declara que no es el caso de reponer y no se repone la anterior providencia del Consejo de Estado, de fecha 12 de noviembre de 1928, la cual confirma a cargo del responsable, señor Tomás Fernández, hoy sus herederos, el alcance por la cantidad de $ 149.268.27, que le dedujo la Contraloría General de la República en auto número 1485, del 30 de noviembre de 1927. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda 373

Salvamento de voto del Consejero doctor Pedro Martín Quiñones al auto anterior 397

Administración de Hacienda Nacional del Meta. Sentencia por la cual se reforma el auto de fenecimiento número 3540, del 5 de noviembre de 1937, dictado por la Contraloría General de la República en la cuenta correspondiente al mes de diciembre de 1936, en el sentido de reducir el alcance a cargo del responsable a la suma de veintiún centavos. Actor, Isaac Arbeláez. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 452

Páginas.

Salvamento de voto del Consejero doctor Pedro Martín Quiñones al fallo anterior 458

Pagaduría del Departamento de Publicaciones Oficiales. Sentencia por la cual se fenece sin alcance alguno la cuenta correspondiente al mes de febrero de 1937 y se revoca el auto de la Contraloría General de la República número 3126, de 29 de septiembre de 1937. Responsable, Carlos E. Valenzuela. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 504

Decretos ejecutivos:

Demanda de nulidad contra los Decretos ejecutivos números 1044 y 1228 de 1937. Auto de 21 de octubre de 1937, por el cual se decreta la suspensión provisional, en su integridad o en parte, de varios artículos de los mencionados Decretos. Actor, doctor Julio Navarro T. Consejero, doctor Carlos Lozano y Lozano 277

Auto de 15 de noviembre de 1937, por el cual se accede a reponer el de fecha 21 de octubre, únicamente en lo que se refiere al artículo 43 del Decreto 1044 de 1937, cuya suspensión se levanta. Consejero, doctor Carlos Lozano y Lozano 283

Decretos números 1606 y 1717 de 1937. Auto de 7 de abril de 1938, por el cual se decreta la suspensión provisional de los artículos 4º, 6º, 9º, 23 y 24 del Decreto número 1606, y 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto número 1717. Actor, doctor Timoleón Moncada. Consejero, doctor Carlos Lozano y Lozano..... 297

Auto de 29 de abril de 1938, por el cual no se accede a la reposición del de fecha 7 del mismo mes, ni se concede el recurso de apelación ni el de súplica, interpuestos por el Fiscal del Consejo, ni se considera la solicitud de reconsideración formulada por el actor. Consejero, doctor Carlos Lozano y Lozano 304

Decreto número 647, del 16 de marzo de 1937. Sentencia por la cual se declara nulo dicho Decreto. Actor, doctor Raimundo Rivas. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 323

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Elías Abad Mesa y Ramón Miranda al fallo anterior 331

Demanda de nulidad del Decreto número 321, de 11 de enero de 1937. Sentencia por la cual se declara nulo el mencionado Decreto. Actor, Ernesto Esguerra Serrano. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 484

Electorales:

Boyacá. Demanda de nulidad de la elección del señor Carlos Bermúdez para Diputado por el Círculo Electoral del Centro. Sentencia por la cual se confirma el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Tunja. Actor, Luis Enrique Zambrano. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 450

Bucaramanga. Demanda de rectificación del escrutinio de los votos emitidos en las elecciones para Concejales el día 3 de octubre de 1937. Sentencia por la cual se confirma el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga con fecha 29 de noviembre de 1937. Actor, Miguel Santiago Gómez. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 427

Cundinamarca. Demandas de nulidad del registro y de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral en los días 27, 28, 29 y 30 de abril y 1º de mayo de 1937. Sentencia por la cual se revoca la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bogotá, de fecha 13 de octubre de 1937, y en su lugar se niegan las peticiones de las demandas. Actores, doctor Jesús Alberto Mora y Ramón Corredor Z. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 339

Cundinamarca. Demanda de nulidad de las elecciones verificadas el 4 de abril de 1937, tanto para Diputados a la Asamblea como para Representantes al Congreso Nacional. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bogotá. Actores, doctor Juan Uribe Cualla y otros. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 490

Página

Intendencia del Chocó. Demandas de nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Chocó en los días 12, 13 y 14 de mayo de 1937, en las elecciones para Representantes al Congreso. Sentencia por la cual se reforma la de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Medellín con fecha 30 de septiembre de 1937, y se decreta la rectificación de los escrutinios y la expedición de las respectivas credenciales a quienes corresponda. Actores, doctores Diego Luis Córdoba y Marino Abadía Valencia. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda 399

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Isaías Cepeda y Ricardo Tirado Macías al fallo anterior 423

Salvamento de voto del Consejero doctor Pedro Martín Quiñones al fallo anterior 424

Magdalena. Demanda de revisión o rectificación de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral en los días 23 y 24 de abril de 1937, con motivo de las elecciones verificadas el 4 del mismo mes para Diputados a la Asamblea y Representantes al Congreso. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Santa Marta, de fecha 9 de octubre de 1937, y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 25 de 1928, se ordena rectificar el escrutinio por el mismo Consejo de Estado, pero únicamente en lo relativo a la elección de Representantes. Actor, doctor Dionisio Rincones Ponce. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 346

Magdalena. Demandas de nulidad de algunos actos ejecutados con motivo de las elecciones para Diputados y Representantes. Sentencia por la cual se revoca la de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Santa Marta, con fecha 23 de agosto de 1937. Actores, Bernardo López, José Ramón Lanao Loaiza y Roberto Castañeda. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 430

Santander. Demandas de nulidad de los votos y de la declaratoria de elección de los doctores Juan José Turbay y Andrés Ayala Muñoz y del señor Arturo Regueros Peralta para Representantes al Congreso, por la Circunscripción de Bucaramanga, en las elecciones verificadas el 4 de abril de 1937. Sentencia por la cual se declara nula la elección de los dos primeros y se niegan las demás peticiones de las demandas. Actores, doctores Luis Ernesto Puyana y Rodolfo García García y señor Antonio Picón R. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 474

Impuestos:

Resolución número 91 de 1936, expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Bogotá, confirmada por la Junta Asesora de la Administración Municipal. Sentencia por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bogotá, de fecha 1º de septiembre de 1937. Actor, Parroquia de Las Nieves. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano 307

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Resoluciones por las cuales no se accedió a revocar otra del Inspector Seccional de Medellín, en la que se dedujo a la Pacific Metals Corporation un impuesto adicional sobre la renta correspondiente al año de 1935. Auto por el cual se confirma la providencia apelada del Tribunal Administrativo de Cali, que desechó la demanda. Actor, doctor Alfredo Córdoba. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano 295

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Juicio de nulidad de las Resoluciones números 520 H y 851 de 1937. Auto por el cual se pone en conocimiento de las partes la causal de incompetencia de jurisdicción prevista en el artículo 448 del Código Judicial. Actor, doctor Jesús Echeverri Duque. Consejero, doctor Elías Abad Mesa 317

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Juicio de nulidad contra las Resoluciones números R 522 H, del 25 de mayo, y R 665 H, del 10 de junio de 1937. Auto por el cual se de-

Páginas.

clara nulo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, inclusive, en adelante. Actor, doctor Jesús Echeverri Duque. Consejero, doctor Isaías Cepeda 344

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Resoluciones números 1282 y 1338, de 28 de septiembre y 9 de octubre, respectivamente, de 1937. Providencia por la cual se confirma el auto del Tribunal Administrativo de Cali, de 13 de diciembre de 1937, que no admitió la demanda de nulidad. Actor, Anglo Colombian Development Company Limited. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 509

Ordenanzas:

Atlántico. Ordenanza número 92 de 1936. Sentencia que revoca la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Barranquilla, y en su lugar falla que es nulo el artículo 5º de dicha Ordenanza y el artículo 12, pero éste únicamente en lo relacionado con la vigencia del artículo 5º Actor, Alberto R. Osorio. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 460

Salvamento de voto del Consejero doctor Carlos Lozano y Lozano al fallo anterior 464

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Ramón Miranda y Elías Abad Mesa al fallo anterior 466

Santander. Juicio de nulidad del artículo único de la Ordenanza número 21 de 1931. Sentencia por la cual se revoca la de primera instancia y en su lugar se declara que no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda. Actor, doctor Manuel Roa Bernal. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 333

Salvamento de voto del Consejero doctor Carlos Lozano y Lozano..... 336

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Ramón Miranda y Elías Abad Mesa 337

Pensiones:

Solicitud de reconsideración, emanada del Fiscal del Consejo de Estado, de la sentencia que reconoció una pensión a la viuda del Mayor Leonardo Novoa. Sentencia por la cual se niega la reposición solicitada. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones 487

Resoluciones ministeriales:

Ministerio de Guerra. Demanda de nulidad de la Resolución número 1046, de 22 de octubre de 1937. Sentencia por la cual se niega la demanda. Actor, Hernando Valenzuela. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 519

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Demanda de nulidad de la Resolución número 31, de 18 de marzo de 1937. Sentencia por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, doctor Ernesto Aparicio J. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa 314

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución número 156, de 5 de septiembre de 1936. Sentencia por la cual se falla que no hay lugar a anular dicha Resolución. Actor, Pato Consolidated Gold Dredging Limited. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 437

Salvamento de voto del Consejero doctor Ricardo Tirado Macías al fallo anterior 447

Ministerio de Educación Nacional. Demanda de nulidad de las Resoluciones números 448, del 14 de diciembre de 1937, y 23, del 19 de enero de 1938. Auto por el cual no se admite la demanda. Actor, Helio Fabio Echeverri. Consejero ponente, doctor Isaías Cepeda 354

Ministerio de Industrias y Trabajo. Resoluciones que constan en las notas números 5830 y 6666 de 1937, y número 5 de 1938. Auto de 7 de abril de 1938, por el cual no se accede a decretar la suspensión provisional de ellas. Actor, doctor Timoleón Moncada. Consejero ponente, doctor Carlos Lozano y Lozano 297

Página

Auto de 29 de abril de 1938, por el cual no se accede a la reposición del de fecha 7 del mismo mes ni se concede el recurso de apelación ni el de súplica interpuestos por el Fiscal del Consejo ni se considera la solicitud de reconsideración formulada por el actor. Consejero, doctor Carlos Lozano y Lozano 305

Ministerio de Obras Públicas. Demanda de nulidad de la Resolución de fecha 5 de junio de 1935. Sentencia por la cual se declara nula dicha Resolución. Actor, doctor Julio Navarro T. Consejero ponente, doctor Pedro Martín Quiñones.... 496

Sueldos de retiro:

Auto por el cual el Consejo de Estado no accede a reformar la sentencia de fecha 24 de julio de 1935. Actor, Paulino Rosas. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías 514

Suspensión provisional:

Auto de 7 de abril de 1938, por el cual no se accede a decretar la suspensión provisional de algunas resoluciones del Ministerio de Industrias y se decreta la de varios artículos de los Decretos números 1606 de 1937 y 1717 de 1937. Actor, doctor Timoleón Moncada. Consejero, doctor Carlos Lozano y Lozano 297

Auto de 21 de octubre de 1937, por el cual se decreta la suspensión provisional de varios artículos de los Decretos números 1044 y 1228 de 1937. Actor, doctor Julio Navarro T. Consejero, doctor Carlos Lozano y Lozano 278

Recursos de apelación o de súplica, interpuestos subsidiariamente al de reposición, por el Agente del Ministerio Público, contra el auto de suspensión provisional dictado por el Consejero sustanciador doctor Carlos Lozano y Lozano con fecha 29 de octubre de 1937. Auto de la Sala de Decisión, de fecha 27 de abril de 1938, por el cual se resuelve que el Consejo no tiene competencia para conocer ni decidir sobre la apelación interpuesta. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda 361

Jurisprudencia 52

Estudios jurídicos:

Roger Bonnard. Organizaciones especiales de los servicios públicos. Traducción de Carlos Valencia Estrada 551

Bibliografía:

Nota bibliográfica 567