REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

* * *

Relator y Director de los "ANALES",
ENRIQUE CORDOBA OJEDA

* * *

AÑO XXXV — TOMO LXII

NUMEROS 387 A 391

1958 a 1960

PROPOSICION

aprobada por unanimidad por el Consejo de Estado en sesión plenaria del día 23 de septiembre de 1959.

"El Consejo de Estado registra con profundo pesar el fallecimiento del ilustre jurisconsulto y hombre público doctor PEDRO ALEJANDRO GOMEZ NARANJO, quien honró con su presencia y luces a esta Corporación como miembro de ella, se hace solidario de la pena que aflige al señor Consejero de Estado doctor Pedro Gómez Valderrama, hijo del extinto, así como a los demás miembros de su familia y considera que tan infausto hecho determina una pérdida irreparable para la cultura jurídica del país".

Copias de esta proposición, en nota de estilo, serán entregadas a la señora viuda del doctor Gómez Naranjo y al señor Consejero de Estado doctor Pedro Gómez Valderrama por el Presidente de la Corporación".

PROPOSICION APROBADA UNANIMEMENTE EN LA SESION DE SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO, EL DIA VEINTE DE NOVIEMBRE DE 1959

El Consejo de Estado, en Sala Plena,

CONSIDERANDO:

Que en el día de hoy falleció en la ciudad de Londres el ilustre ex-Presidente de la República doctor ALFONSO LOPEZ, cuyo nombre se halla íntimamente vinculado a la historia del país y al agradecimiento nacional, por los servicios que prestó a Colombia en todos los momentos de su vida, en el ejercicio de la primera Magistratura, y en las más altas posiciones internacionales,

RESUELVE:

1º—Dejar constancia en el acta de la sesión de hoy, de su duelo por la desaparición de uno de los más eminentes ciudadanos de Colombia.

2º—Expresar su pesar a la señora viuda y a los hijos del señor doctor López.

3º—Asistir en corporación a los funerales del ex-Presidente.

4º—Levantar la sesión en señal de duelo.

Una comisión nombrada por la Presidencia del Consejo, pondrá copia de la presente Proposición en manos de la señora viuda e hijos del extinto.

A

ACTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Remoción de los Magistrados de los Tribunales Superiores.—Los actos realizados no se ajustaron a los preceptos constitucionales.—Están viciados de nulidad.—Deben permanecer hasta el vencimiento del período legal.—Ostensible incompatibilidad entre el texto constitucional y el Decreto extraordiario 0275 de 1954.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, siete de abril de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta)

REF.: Expediente número 66. Acción de plena jurisdicción. Actor: Dr. Baudilio Bernal Guzmán y otros.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el doctor Baudilio Bernal Guzmán formuló demanda ante el Consejo de Estado para que en sentencia definitiva se hiciesen estas declaraciones y condenas:

"**Primera.** — Que son nulos los actos de la Corte Suprema de Justicia realizados en sus sesiones del 25 de febrero y 10 de marzo de 1954, en virtud de los cuales quedó removido el doctor Baudilio Bernal Guzmán en su cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por haber sido nombrados para llenar todas las plazas de dicha Corporación los ciudadanos mencionados en el hecho tercero de esta demanda.

"**Segunda.**—Que como consecuencia de esta declaración, y para restablecer a mi mandante en los derechos que los indicados actos desconocieron, debe restituírse a mi mandante en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

"**Tercera.**—Que se condene a la Nación a pagarle a mi poderdante los sueldos que dejó de percibir desde la fecha de su separación hasta el día del reintegro, o hasta la terminación del período legal para que fue elegido, esto es, hasta el 30 de abril de 1955, en caso de que no se ordene su restitución.

"**Cuarta.**—Que para los efectos de la liquidación y pago de las prestaciones sociales que a mi mandante le corresponden como funcionario público se tenga en cuenta y se compute el tiempo desde que fue separado hasta el día de su período legal".

Relaciona los hechos generadores del derecho impetrado, así:

"Primero.—El doctor Baudilio Bernal Guzmán, mi poderdante, fue ele-

gido Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por la Corte Suprema de Justicia el día siete (7) de mayo de 1951, para un período de cuatro años que se inició el 1º de mayo del mismo año.

"Segundo.—El doctor Baudilio Bernal Guzmán tomó posesión de la mencionada investidura el día 18 de mayo de 1951, la cual desempeñó satisfactoriamente durante todo el tiempo que permaneció al frente de ella.

"Tercero.—Con fecha 25 de febrero y 10 de marzo de 1954, la Corte Suprema de Justicia, con la sola base del Decreto Extraordinario número 0275 de 1954, procedió a reemplazar a todos los Magistrados en ejercicio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sin haberse vencido el período legal para el cual fueron elegidos, nombrando en su lugar a los señores Jesús María Arteaga, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Ernesto Cediel Angel, Luis Enrique Cuervo A., José María Esguerra Samper, Julio Pardo Dávila, Francisco Tafur Morales, Ricardo Uribe Holguín, Jorge Zamudio Aguirre, Carlos Arturo Posada, Saúl Amézquita, Antonio Vicente Arenas, Guillermo Hernández Peñalosa, Vicente Laverde Aponte, Guillermo Moncayo, Simón Montero, Gustavo Orjuela Hidalgo y Arturo Posada. Los anteriores funcionarios tomaron posesión de sus cargos el día 22 del mes de marzo de 1954.

"Cuarto.—Como consecuencia de estos hechos, el doctor Baudilio Bernal Guzmán, mi mandante, quedó separado de su cargo sin haberse vencido el período legal para el que fue elegido, lo cual le ha causado graves perjuicios, que son materia de las súplicas de esta demanda".

Se citan como disposiciones quebrantadas los artículos 30, 160, y 215 de la ConstituciónNacional; A) de las disposiciones transitorias del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, 5, 13 y 15 del Código Judicial, 279 del Código de Régimen Político y Municipal, y 67, 189 y concordantes del Código Contencioso Administrativo y se emite el concepto sobre la violación de esas normas legales.

A petición de parte y tomando en consideración que se cumplían los presupuestos de los artículos 396 y siguientes del Código Judicial, la Sala decretó la acumulación al negocio anterior de los juicios de idéntica naturaleza y objetivos propuestos por los doctores Rafael Ignacio García, Víctor M. Royero, Ciro Ramírez González, Luis Alfonso Pérez, Arturo Ríos García, José A. Habeych B., Pedro Gómez Arenas, Mario García Gómez, Augusto Mora Urrea, Gerardo González N., Patricio Villalba V., Manuel M. Rozo, Nepomuceno Bernal M., Jorge Carrasquilla M., Juan B. Barrios, Alvaro Hinestrosa, Vicente Bustamante I., Gilberto Gómez T., Vicente Vernaza Gómez, Rafael Gómez B., Enrique Nieto C., Pedro I. Camacho, Rafael Rovira B., Ernesto Escallón, Mario A. Di Filippo, Jesús María Fontalvo F., Augusto Miranda, Osvaldo Consuegra C., Federico Rodríguez B., Juan Tovar Daza, Roberto Pineda C., César Dimas Barrero, Jorge Moreno F., Rito Quintero Díaz, Juan B. Pineda R, Francisco Supelano Medina, Hernán Salamanca P. y Jorge A. León G.

Los hechos generadores de las acciones intentadas, el derecho invocado, el concepto de violación y las súplicas de las demandas son similares en

todos los juicios acumulados, circunstancia por la cual la Sala se abstiene de relatarlos aisladamente.

Tramitados los juicios acumulados con arreglo a las normas procesales y corrido el traslado de rigor al señor Agente del Ministerio Público, este funcionario emitió su concepto de fondo que resume así:

"Como síntesis de lo expuesto, se llega a las siguientes claras conclusiones, a saber:

"1ª—La H. Corte Suprema de Justicia, al remover a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con base en el Decreto Extraordinario número 0275, violó el artículo 160 de la Constitución Nacional, porque su decisión no se fundamentó en ninguna causal legal, ni para ello se observaron las formalidades previstas por la ley, y por ende, los actos acusados son nulos.

"2ª—El Decreto Extraordinario 0275, fundamento que sirvió a la Corte para la remoción de los Magistrados demandantes, pugna abiertamente con las disposiciones constitucionales del artículo 160 y del artículo A) de las disposiciones transitorias y, en consecuencia, con apoyo en la atribución del artículo 215 de la C. N., no debe aplicarse.

"Así las cosas, es procedente la anulación de los actos demandados, y el consiguiente restablecimiento de los derechos violados, que debe consistir en el pago de los sueldos dejados de devengar durante el período legal, pues no es posible ahora reintegrar a los Magistrados reemplazados, toda vez que el respectivo período se halla vencido.

"En tal virtud, esta Fiscalía CONCEPTUA que debe accederse a las peticiones de la demanda, ordenando como medidas para el restablecimiento del derecho, el pago de los sueldos dejados de devengar por los demandantes desde la fecha de su remoción, hasta la terminación del período legal".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Prescribe el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo que la acción encaminada a obtener la reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de los cuatro meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto. Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia por medio de las cuales fueron reemplazados los demandantes de los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores que venían desempeñando no requerían notificación, ni estaban sometidas al requisito de la publicación en la forma que lo exige el Código Contencioso Administrativo. De acuerdo con este planteamiento, el término de caducidad de la acción se inicia con la ejecución del acto, es decir, con la posesión de las personas que hayan sustituído a los actores.

En los casos que se estudian, todas las demandas fueron presentadas oportunamente ante la Secretaría del Consejo de Estado y, por consiguiente, las acciones fueron ejercitadas en tiempo.

A continuación se estudiará la situación de cada uno de los demandan-

tes desde el punto de vista de los hechos invocados por ellos como causa generadora de derechos.

BAUDILIO BERNAL GUZMAN

Fue designado por la Corte Suprema de Justicia para desempeñar el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión del 7 de mayo de 1951. Tomó posesión el 18 de mayo del mismo año y ejerció sus funciones hasta el 22 de marzo de 1954, inclusive, fecha en que fue reemplazado.

JUAN B. BARRIOS

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 1º de octubre de 1951. Tomó posesión el 10 del mismo mes y ejerció el cargo hasta el 22 de marzo de 1954, día en que fue reemplazado.

JORGE A. LEON G.

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951. Tomó posesión el 25 de los mismos mes y año y ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

RITO QUINTERO DIAZ

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de mayo de 1951. Tomó posesión en 21 de mayo del mismo año y ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

ROBERTO PINEDA CASTILLO

Fue designado en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 7 de mayo de 1951 como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá. Se posesionó en 21 de mayo del mismo año y ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

ERNESTO ESCALLON

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951 y se posesionó el 21 de los mismos mes y año. Ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

PEDRO I. CAMACHO C.

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de mayo de 1951 y se posesionó en 21 del mismo mes. Ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

ALVARO HINESTROSA

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria de fecha 7 de mayo de 1951 celebrada por la Corte Suprema de Justicia y se posesionó en 21 de los mismos mes y año y ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

JORGE CARRASQUILLA H.

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá por la Corte Suprema de Justicia en sesión extrordinaria celebrada el 7 de mayo de 1951. Tomó posesión el 23 de mayo del mismo año y ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

NEPOMUCENO BERNAL MENDEZ

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el 7 de mayo de 1951. Se posesionó en 21 de mayo del mismo año y ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

MANUEL M. ROZO

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia en 7 de mayo de 1951, habiéndose posesionado el 21 de los mismos mes y año. Ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

RAFAEL IGNACIO GARCIA

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el 7 de mayo de 1951 y se posesionó el 21 de los mismos mes y año. Ejerció hasta el 22 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

VICENTE VERNAZA GOMEZ

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Cali en sesión extraordinaria de 7 de mayo de 1951 celebrada por la Corte Suprema de Justicia. Se posesionó en 6 de junio del mismo año y ejerció hasta el 2 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

CIRO RAMIREZ GONZALEZ

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona en sesión extrardinaria de 7 de mayo de 1951 celebrada por la Corte Suprema de Justicia. Se posesionó en 31 de mayo del mismo año y ejerció hasta el 16 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

JUAN B. PINEDA ROPERO

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona en sesión extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia celebrada el día 7 de mayo

de 1951. Se posesionó en 28 de mayo del mismo año y ejerció hasta el 11 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

HERNAN SALAMANCA PORRAS

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Tunja en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951 y se posesionó en 31 de los mismos mes y año. Ejerció hasta junio 5 de 1954, fecha en que fue reemplazado.

JORGE MORENO FERRO

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Tunja en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951. Se posesionó en 22 de mayo del mismo año y ejerció hasta junio 16 de 1954, fecha en que fue reemplazado.

AUGUSTO MIRANDA

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena en sesión de 16 de junio de 1951 celebrada por la Corte Suprema de Justicia. Se posesionó el 22 de junio del mismo año y ejerció hasta agosto 16 de 1954, fecha en que fue reemplazado.

MARIO ALIRIO DI FILIPPO

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena en sesión celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 16 de junio de 1951 y se posesionó el 30 de junio del mismo año. Ejerció hasta el 23 de mayo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

VICENTE BUSTAMANTE IRIARTE

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena en sesión de 19 de enero de 1953 celebrada por la Corte Suprema de Justicia. Se posesionó en 20 de febrero del mismo año y ejerció hasta el 31 de mayo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

PATRICIO VILLALBA V.

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951. Se posesionó en 9 de junio del mismo año y ejerció hasta el 26 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

MARIO GARCIA GOMEZ

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el 7 de mayo de 1951. Se posesionó en 23 de mayo del mismo año y ejerció hasta el 2 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

PEDRO GOMEZ ARENAS

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga en sesión de 7 de mayo de 1951 celebrada por la Corte Suprema de Justicia. Se posesionó en 23 de los mismos mes y año y ejerció hasta el 2 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

JOSE A. HABEICH D.

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga en sesión celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 16 de julio de 1951 y se posesionó el 31 de julio del mismo año. Ejerció hasta el día 2 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

RAFAEL ROVIRA BOLAÑO

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta en sesión del 19 de enero de 1953 celebrada por la Corte Suprema de Justicia. Se posesionó en febrero 10 del mismo año y ejerció hasta el día 7 de abril de 1954, fecha en que fue reemplazado.

RAFAEL GOMEZ BERNIER

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta por la Corte Suprema de Justicia en su sesión del 7 de mayo de 1951. Se posesionó el día 2 de junio del mismo año y ejerció hasta el 7 de abril de 1954, fecha en que fue reemplazado.

VICTOR M. ROYERO

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta en sesión del día 7 de mayo de 1951 celebrada por la Corte Suprema de Justicia. Se posesionó en 1º de junio del mismo año y ejerció hasta abril 7 de 1954, fecha en que fue reemplazado.

CESAR DIMAS BARRERO

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Tunja en sesión extraordinaria celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951. Tomó posesión oportunamente y ejerció hasta el 8 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

FRANCISCO SUPELANO MEDINA

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Tunja por la Corte Suprema de Justicia en sesión celebrada el día 7 de mayo de 1951. Tomó posesión el 21 de los mismos mes y año y ejerció hasta el 1º de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

AUGUSTO MORA URREA

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga en sesión del 8 de octubre de 1953 celebrada por la Corte Suprema de Jus-

ticia. Tomó posesión en 17 de noviembre del mismo año y ejerció hasta el 2 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

LUIS ALFONSO PEREZ

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de San Gil por la Corte Suprema de Justicia en sesión celebrada el día 7 de mayo de 1951. Se posesionó en 26 de los mismos mes y año y ejerció hasta el 11 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

ARTURO RIOS GARCIA

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de San Gil por la Corte Suprema de Justicia en sesión del 16 de abril de 1953 y se posesionó el 2 de mayo del mismo año. Ejerció hasta el 2 de junio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

OSVALDO CONSUEGRA G.

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla por la Corte Suprema de Justicia en sesión del 8 de marzo de 1953 y se posesionó el 16 de abril del mismo año. Ejerció hasta el 20 de abril de 1954, fecha en que fue reemplazado.

JUAN TOVAR DAZA

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla en sesión celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951 y se posesionó en 31 de mayo del mismo año. Ejerció hasta el 10 de mayo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

FEDERICO RODRIGUEZ BARRIOS

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla en sesión celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951 y se posesionó en 31 de los mismos mes y año. Ejerció hasta el 3 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

GERARDO GONZALEZ NAVARRA

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla en sesión de la Corte Suprema de Justicia celebrada el 7 de mayo de 1951 y se posesionó en 31 de los mismos mes y año. Ejerció hasta el 20 de abril de 1954, fecha en que fue reemplazado.

ENRIQUE NIETO CARROLL

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla en sesión del 7 de mayo de 1951 celebrada por la Corte Suprema de Justicia y se posesionó en 31 de los mismos mes y año. Ejerció hasta el 3 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado.

JESUS MARIA FONTALVO F.

Fue designado Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla en

sesión celebrada por la Corte Suprema de Justicia el día 7 de mayo de 1951 y se posesionó en 4 de junio del mismo año. Ejerció hasta el 22 de julio de 1954, fecha en que fue reemplazado.

La organización institucional colombiana reposa sobre dos principios esenciales: el de la separación de funciones entre los órganos del poder público, y el de la colaboración armónica entre ellos. Sobre esas dos bases han de alcanzarse los fines que persigue el Estado. Esa tesis de derecho público universal se desenvuelve en la Constitución en regulaciones jurídicas destinadas a mantener la relativa autonomía de las tres ramas y a conservar la independencia de los funcionarios encargados de la gestión de los negocios públicos.

Se señalan las atribuciones del Congreso, las del Presidente de la República y autoridades subalternas, y las del órgano jurisdiccional, en tal forma que quedan jurídicamente delimitados los campos de competencia. A la vez se establece un sistema de cooperación entre las tres ramas que, sin afectar la órbita de acción de cada una de ellas, permite desarrollar las funciones en busca de un objetivo común. Pero como las reglamentaciones constitucionales y legales por sí solas no tienen virtualidad suficiente para asegurar la libre determinación de los órganos, se complementó el régimen de competencia con estatutos generales que garantizan a las personas encargadas del servicio público su libertad de decisión y que las ponen al amparo de coacciones extrañas. Así, la autonomía funcional del órgano se adiciona con la independencia del agente.

Al Presidente de la República se le confiere mandato por un período determinado, de idéntica manera como se asegura la libertad legislativa del Congreso, la administrativa de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales, y la jurisdiccional del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y de los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales.

El señalamiento de esos lapsos tiene una finalidad de conveniencia general, que no particular para las personas de los agentes que desempeñan las funciones. El objetivo esencial no es otro que el de obtener eficiencia en la prestación de los servicios mediante la garantía de estabilidad en los cargos, y el de evitar las intrusiones de los otros órganos del poder público con desmedro de los fines esenciales que persigue el Estado. Los derechos personales de los funcionarios individualmente considerados son tutelados por la Constitución y las leyes en cuanto por ese medio se consiguen fines de interés colectivo. En este orden de ideas, la estabilidad del régimen político y jurídico está en gran parte condicionado por acatamiento de los cánones constitucionales y legales que aseguran la permanencia de los funcionarios al frente de sus respectivos destinos. Caprichosamente no se puede restringir el período establecido para el Presidente de la República, para los Senadores, Representantes, Magistrados de la Corte Suprema, Consejeros de Estado, Diputados a las Asambleas Departamentales, Magistrados de los Tribunales, Jueces, etc., sin provocar una alteración de los fines buscados por la Carta fundamental y un

quebrantamiento de principios esenciales de nuestra organización jurídica.

Desde el punto de vista de la Constitución y de las leyes, los tres órganos del poder público están colocados en un mismo pie de igualdad. No hay grados jerárquicos de ninguna naturaleza entre ellos. Sólo la índole de la funcion que a cada uno se le ha asignado, el contenido político o técnico de su misión y la fuerza de coacción que legítimamente puede desarrollar, establecen ciertos matices diferenciales y singularidades propias. Las ramas ejecutiva y legislativa, por razón del cúmulo de poderes políticos y de compulsión que sus funciones conllevan, tienen una influencia material más definida y concreta sobre ciertos aspectos de la actividad nacional que la que tiene el órgano jurisdiccional. Pero a éste lo acompaña una fuerza moral que da la medida de la seriedad institucional de un país. El desconocimiento de los fueros especiales asignados por la Constitución Nacional y por las leyes a los organismos jurisdiccionales, afecta las instituciones nacionales en el mismo grado y en idénticas proporciones a como serían perturbadas con la negación de los derechos que corresponden a las otras ramas del poder. No obstante, en razón de que carece de atribuciones políticas propiamente dichas y de fuerza coercitiva para imponer sus decisiones, el respeto a los fueros judiciales ha tenido inveteradamente una deficiente protección de hecho de parte de los otros poderes, a pesar de que la Constitución y las leyes otorgan a los organismos jurisdiccionales una tutela más eficiente desde el punto de vista estrictamente jurídico.

Esa es la razón para que el constituyente colombiano haya sido especialmente celoso en todas las épocas en su empeño de asegurar la autonomía de los magistrados y jueces. En ese sentido no se ha limitado a asignar períodos fijos a tales funcionarios, sino que ha señalado un régimen jurídico más rígido y eficaz que los pone al amparo de las intervenciones desmedidas de los órganos legislativo y ejecutivo.

Principio básico de nuestra organización institucional es aquel que consagra la autonomía del órgano jurisdiccional y la independencia de los agentes que prestan el servicio público de administrar justicia. La libertad de juzgamiento está tutelada en la Constitución Nacional en dos formas: la de la determinación de períodos para los funcionarios, cualquiera que esea el grado que ocupen dentro de la escala jerárquica, y la de la inamovilidad en el ejercicio de sus cargos, complementada por un régimen riguroso de protección económica. Así, en el artículo 160 de la actual codificación constitucional se ordena expresamente que los magistrados y jueces no serán suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con el cumplimiento de las formalidades determinadas por las leyes, ni depuestos por infracciones penales sin que medie sentencia judicial proferida por el respectivo superior. Más aún; impulsado por el propósito definido de tutelar hasta el máximo la autonomía de los jueces, el constituyente consideró indispensable asegurar no solamente la inamovilidad de los funcionarios judiciales, sino garantizar las condiciones económicas mínimas en que prestan su servicio. En la misma norma citada se estatuye que las asignaciones de los magistrados y jueces no podrán suprimirse o disminuírse en forma que perjudique a las personas que es-

tén en ejercicio de los cargos. Se puso así un dique a toda posibilidad de interferencia que pretendan tener los legisladores y administradores en la esfera de acción propia del poder judicial. Este riguroso régimen de tutela no persigue objetivo distinto que el de amparar la libertad de decisión y la autonomía del órgano jurisdiccional que, en esta forma, queda al margen de las maniobras indebidas de los otros poderes. Así, al establecer la Carta un sistema de protección aparente de las personas que desempeñan la función, lo que se hace en realidad es amparar la institución.

El acto legislativo número 3 de 1910 señaló los períodos que correspondían al Presidente de la República, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los Senadores y Representantes, a los Magistrados de los Tribunales Superiores y a los Diputados a las Asambleas Departamentales. En el artículo 36 de ese estatuto constitucional se dispuso que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serían elegidos para un período de cinco años y los de los Tribunales Superiores por un término de cuatro, en tanto que en el capítulo correspondiente a las disposiciones transitorias de esa reglamentación se adoptaron como fechas iniciales para contar los lapsos establecidos a favor de tales corporaciones y funcionarios, las siguientes:

La del Congreso Nacional, el 20 de julio de 1911;
La del Presidente de la República, el 7 de agosto de 1914;
La de las Asambleas Departamentales, el 1º de marzo de 1911;
La de la Corte Suprema de Justicia, el 1º de mayo de 1915; y
La de los Tribunales Superiores, el 1º de mayo de 1911.

Los lapsos correspondientes a estas corporaciones y funcionarios se venían contando con estricta sujeción al orden cronológico señalado por estas fechas. Las elecciones para Presidente de la República, para Senadores y Representantes lo mismo que el envío de ternas y la escogencia del personal que debía integrar la Corte, han estado condicionadas por la sucesión de períodos que arrancan de ese punto de partida, salvo algunos casos excepcionales y limitados. De idéntica manera ha procedido la Corte Suprema de Justicia, aun después de la enmienda constitucional de 1945, en las elecciones de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Si a los reformadores de 1910 los alentó el propósito constante y definido de estructurar un sistema jurídico de protección de la autonomía jurisdiccional, los gestores de la enmienda constitucional de 1945 no fueron en zaga. Por el contrario, ellos no se limitaron a ratificar el régimen institucional preexistente, sino que fueron mucho más allá en esos objetivos. La reforma de ese año extendió la tutela constitucional a las escalas inferiores de la jerarquía judicial, al señalar períodos a los Jueces Superiores, a los Jueces de Circuito, de Menores y Municipales. De ello se infiere que al constituyente de 1945 lo estimuló la finalidad de hacer aún más efectivo el sistema de amparo a la independencia de los jueces. Pocas veces ha sido ese propósito tan ostensible y manifiesto.

Esa la razón para que resulte verdaderamente incomprensible que, en momentos en que se perseguía por todos los medios jurídicos asegurar la

libertad de actuación de todos los jueces, se haya incurrido en la omisión de asignar período a los Magistrados de los Tribunales Superiores. El artículo 36 del acto legislativo de 1910 establecía:

"El período de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia será de cinco años, y de cuatro el de los Magistrados de los Tribunales Superiores. Unos y otros podrán ser reelegidos indefinidamente".

El artículo 49 del acto legislativo número 1 de 1945 dispuso:

"El artículo 143 (correspondiente al anteriormente trascrito) de la Constitución quedará así:

"Artículo 143.—El período de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia será de cinco años, y podrán ser reelegidos indefinidamente".

Esta norma guardó silencio en relación con los Magistrados de los Tribunales Superiores, omisión que no se subsanó en las reglas subsiguientes de la reforma. Es evidente que entre las disposiciones constitucionales expresamente derogadas no aparece la del artículo 143 de la Carta, pero, no obstante, el artículo 49 del acto legislativo de 1945 es tan ostensiblemente claro que no permite interpretación distinta a la que surge de su tenor literal. Si en el artículo 143 se señalaban períodos a los Magistrados de la Corte Suprema y a los de los Tribunales Superiores, y si posteriormente se dijo que esa regla constitucional quedaría regulando solamente lo relativo a los primeros, necesariamente habría que concluír, no obstante el convencimiento de que el constituyente de 1945 no pudo abrigar el propósito de eliminar el período de los Magistrados de los Tribunales, que por abares del juego legislativo y a pesar de la intención que se tuvo de extender la tutela constitucional a esos funcionarios, ellos quedaron al margen del sistema establecido en la Carta. Evidentemente que esta conclusión no se adapta rigurosamente a la lógica jurídica, pero no es función del juzgador la de legislar o dar por establecidas normas inexistentes, ni le es lícito desconocer el tenor literal de las disposiciones constitucionales con el pretexto de consultar su espíritu.

El silencio guardado en este punto concreto no admite apreciación distinta a la de un olvido absolutamente involuntario, que no al deliberado propósito de romper la armonía y unidad del estatuto constitucional. La razón que existía para mantener y aun hacer más severo el régimen de protección brindado a los jueces, era la misma que operaba con relación a los Magistrados de los Tribunales. Más aún, esas razones cobraban mayor fuerza, si ello es posible, en el caso de estos funcionarios, no solo por motivos de jerarquía, sino por el mayor cúmulo de poderes que les dá la ley.

La organización de la justicia ordinaria está desplazada principalmente sobre tres instituciones: Los Juzgados de Circuito, los Juzgados Superiores y los Tribunales de Distrito Judicial. Alrededor de esos ejes gira toda la administración de justicia en los campos del derecho civil, del derecho penal y del derecho laboral. Ellos son, técnicamente, los juzgadores de instancia, aunque en ciertas circunstancias y en virtud de deficiencias de nuestra organización judicial, a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia corresponda desempeñar también esas funciones. Pero, por regla general, los Tribunales son los supremos juzgadores de

instancia, misión, en sí misma, la más delicada y trascendental para la definición de los derechos particulares. En los Tribunales terminan las controversias propiamente dichas, porque el recurso de casación no tiene la condición jurídica de tercera instancia.

Dentro de esa organización judicial, los Tribunales Superiores ocupan una escala jerárquica notoriamente destacada que hace acreedores a los Magistrados de una protección más eficaz, si ello es dable, que la que se otorgue a funcionarios de inferior categoría. No sería admisible la interpretación del acto legislativo de 1945 en el sentido de que se quiso mantener el principio de la inamovilidad de toda clase de jueces con exclusión de los Magistrados de los Tribunales Superiores.

Ha sido esta la interpretación tácita que tradicionalmente se ha dado a la reforma. Tan evidente resulta esta apreciación que, no obstante la omisión en que se incurrió y a pesar de que a la Corte Suprema de Justicia no se le podía escapar ese hecho, esa corporación no había tenido vacilación alguna en estimar que los Magistrados de los Tribunales estaban amparados por un período. Fue indispensable la fuerza de un decreto extraordinario para crear una duda que jamás existió.

Por otra parte, en las codificaciones constitucionales que se han hecho con posterioridad a la enmienda de 1945 continúan figurando como normas vigentes las contenidas en las disposiciones transitorias del acto legislativo número 3 de 1910. Esta inveterada interpretación del texto constitucional había sido constantemente aceptada por los tres órganos del poder público, hasta el punto de que los períodos del Presidente de la República, de los Senadores, de los Representantes, de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores se habían adaptado a ese orden preestablecido. En el texto del informe rendido por el doctor Tulio Enrique Tascón al Consejo de Estado sobre la codificación constitucional posterior a la reforma de 1945, se dijo lo siguiente:

"La comisión os propone conservar la parte del artículo A) del acto legislativo número 3 de 1910, referente a las fechas iniciales de los períodos de las corporaciones y funcionarios públicos, e insertar luego todas las disposiciones transitorias del acto legislativo número 1 de 1945".

El anterior informe fue aprobado por la Sala Plena del Consejo de Estado y las reglas del artículo A) continuaron figurando en la codificación, inclusive la que señala la fecha inicial de los períodos correspondientes a los Magistrados de los Tribunales Superiores.

Al tiempo que existía la reglamentación constitucional referida, permanecían en vigencia algunas disposiciones legales que regulaban la situación general de los funcionarios públicos. En efecto, se establecía en el artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal que son empleados públicos las personas que desempeñen destinos creados o reconocidos por la ley. Entre ellos cita esa norma legal a los Magistrados que, de acuerdo con la definición que allí se dá, "son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejer-

citar sino en su calidad de empleados". En el artículo 279 del mismo estatuto se dijo que los empleados nacionales durarían cuatro años en el desempeño de sus respectivos cargos, período que debía contarse desde el 7 de octubre de 1911.

Esta norma general es aplicable en principio a los funcionarios públicos, pero su imperio está restringido y limitado por las modalidades especiales de nuestro régimen administrativo. Su aplicación práctica está condicionada por la vigencia de principios constitucionales y legales que garantizan la libertad de nombramiento y remoción de algunos funcionarios. Así, además de las disposiciones de la Carta Fundamental, que dan esas facultades al Presidente de la República y a otros organismos de la administración pública, en el artículo 282 del Código de Régimen Político y Municipal se prescribe que la determinación de períodos para los empleados nacionales, departamentales y municipales no coarta en nada la facultad de remoción, "si se le ha conferido especial y expresamente a alguna autoridad".

Estos mandamientos legales hay que interpretarlos en el sentido obvio que ellos tienen, es decir, en forma tal que solo en el caso de que exista texto expreso que otorgue la potestad de libre remoción, los funcionarios nacionales podrán ser excluídos libremente del servicio público por la autoridad competente. En el evento de que ni la Constitución ni la ley confieran ese poder específico de libre nombramiento y remoción, los funcionarios nacionales tendrán pleno derecho a desempeñar sus cargos por el término de cuatro años.

Pero ocurre que no existe disposición constitucional o legal que conceda a autoridad alguna, ni siquiera a la Corte Suprema de Justicia que es la entidad competente para hacer la elección, potestades para remover el personal de los Tribunales Superiores dentro de los cuatro años de período que, en consideración a la omisión de la Carta, fija el Código de Régimen Político y Municipal. Por el contrario, los preceptos del artículo 160 de la Constitución Nacional y las reglas contenidas en las disposiciones transitorias del acto legislativo de 1910 excluyen toda posibilidad de suspensión o destitución sin que previamente se llenen los requisitos señalados por la ley.

Si el artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal da a los Magistrados la calidad de empleados públicos; si los artículos 279 y 282 en armonía con el 160 de la Constitución Nacional les confieren un perío de cuatro años y garantizan su inamovilidad durante ese término, será preciso aceptar que durante la vigencia del artículo 36 del acto legislativo de 1910 los Magistrados de los Tribunales Superiores, gozaban de la doble protección constitucional y legal y que, al quedar eliminada la primera por fuerza de la omisión en que incurrió el constituyente de 1945, quedó en plena vigencia la segunda. El estatuto general para todos los funcionarios no tenía antes aplicabilidad directa a los Magistrados de los Tribunales porque ellos estaban protegidos por una reglamentación especial; pero al quedar suspendida esta última, aquella entró automáticamente a amparar los derechos de tales funcionarios. Así, pues, no obstante la reforma constitucional de 1945, los Magistrados de los Tribuna-

les quedaron tutelados por un régimen legal que les señalaba el período de cuatro años en el desempeño de sus cargos.

El artículo 36 del acto legislativo número 3 de 1910 y el 279 del Código de Régimen Político y Municipal coincidían exactamente en cuanto al término de duración fijado, pero discrepaban en lo referente a la fecha inicial señalada en uno y otro estatuto para contar los términos. El primero fijaba la del 1º de mayo de 1911 y el segundo la del 7 de octubre de 1910. ¿Cuál de ellas debía prevalecer en la etapa subsiguiente a 1945? Para la Sala no hay lugar a vacilaciones en aseverar que la primera de ellas, por las razones siguientes:

1ª—Porque el mandamiento contenido en el inciso 6º del artículo A) del acto legislativo de 1910, a pesar de la modificación del artículo 36 del mismo estatuto, continuó en vigencia después de la enmienda de 1945. Es cierto que el período establecido por la Constitución se eliminó, pero quedó subsistiendo el señalado en la ley y, consiguientemente, la fecha fijada en el acto legislativo no perdió su razón de ser como punto de referencia para la determinación de un período que supervivía aún;

2ª—Porque la disposición constitucional es de carácter especial para los Magistrados de los Tribunales Superiores, en tanto que la de la ley es general para todos los funcionarios nacionales y, de acuerdo con las reglas de hermenéutica jurídica, debe prevalecer la reglamentación especial;

3ª—Porque en caso de discrepancia entre la norma constitucional y la legal debe aplicarse preferentemente la primera; y,

4ª—Porque las elecciones de los Magistrados de los Tribunales Superiores se venían haciendo por la Corte Suprema de Justicia con arreglo al orden de períodos iniciados el 1º de mayo de 1911. Así en 1943 se les designó para un lapso de cuatro años que venció el último día de abril de 1947; en este año se les eligió por un término igual que finalizó el último de abril de 1951, y se les volvió a nombrar por otros cuatro años que debían terminar el 30 de abril de 1955. La Corte Suprema de Justicia se atuvo siempre, para efecto de hacer las elecciones y la regulación de períodos, a la fecha señalada en la Constitución y no a la fijada en el Código de Régimen Político y Municipal, dando aplicación preferente a los mandamientos de la Carta.

De acuerdo con esta interpretación, debe estimarse que el artículo 279 de la ley 4ª de 1913 es aplicable en su integridad, es decir, en cuanto fija el período de cuatro años y la fecha del 7 de octubre de 1910 para contarlo, a todos los funcionarios nacionales que estén colocados en las circunstancias prescritas en esa norma en armonía con los artículos 5º y 282 del mismo estatuto legal, pero solo regirá en su primera parte y no en la segunda, en los casos en que, como el de los Magistrados de los Tribunales, la Constitución determine la fecha de iniciación de los períodos sucesivos. En este evento, debe aplicarse preferentemente la regulación constitucional.

EL DECRETO EXTRAORDINARIO 0275 DE 1954

Es evidente que el constituyente de 1945 guardó silencio en relación con el período de los Magistrados de los Tribunales, pero esa omisión no

puede perjudicar en ningún caso a tan importantes funcionarios de la rama jurisdiccional, porque, como ya se vio, el Código de Régimen Político y Municipal los amparaba en sus derechos. A falta de una reglamentación constitucional, existía un estatuto legal que les asignaba un lapso de cuatro años y una disposición de la Carta que fijaba la fecha inicial para contar ese período. No obstante, el decreto extraordinario 0275 de 1954, dijo:

"Artículo 1º—El período de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial será de cuatro (4) años, que empezarán a contarse el día primero (1º) de febrero de 1954.

"Artículo 2º—Los actuales Magistrados de los Tribunales Superiores, elegidos bajo la vigencia del artículo 49 del acto legislativo número 1 de 1945, durarán en ejercicio de sus cargos hasta el día 31 de enero del presente año".

Esa reglamentación partió de dos erróneas apreciaciones: la de que los Magistrados de los Tribunales no tenían asignado período alguno, y la de de que no se había fijado la fecha de iniciación de un término que consideró inexistente. Consecuencialmente, en ese ordenamiento se determina un lapso y se señala una fecha. El primero coincide exactamente con el establecido en la antigua disposición de la Carta y en el Código de Régimen Político y Municipal, pero la segunda se aparta de lo prescrito en ambos estatutos.

El régimen constitucional y legal del estado de sitio implica la coexistencia del estado de derecho. La única diferencia entre el sistema jurídico imperante en uno y otro, es la de que en el segundo los poderes públicos funcionan con plenitud democrática dentro de sus respectivas órbitas constitucionales y los ciudadanos mantienen en su integridad el goce de sus fueros legales, en tanto que en las situaciones de emergencia, por mandato de la misma Constitución, el ejecutivo asume aquellas atribuciones propias del órgano legislativo que sean necesarias para dominar la conmoción interior y restaurar la normalidad, y limita la libertad en cuanto ella pueda afectar el orden público alterado.

Pero la Constitución sigue rigiendo y las leyes continúan en plena vigencia en tanto que ellas no afecten el reestablecimiento de la paz nacional o no paralicen la acción del ejecutivo enderezada a dominar el conflicto. Todo el sistema jurídico que no tenga incidencia sobre el estado de necesidad, creado a consecuencia del alzamiento o sobre la urgencia de restaurar la normalidad comprometida, es materia extraña a la actividad legislativa del Presidente de la República.

La ley, en esencia, es un mandamiento de carácter general, impersonal, objetivo y permanente formulado por la voluntad soberana. La órbita de su influencia reguladora es toda actividad humana y solo está limitada por la normación superior de la Constitución. Dentro de ese anchuroso campo, el legislador común se mueve con libertad en la creación del derecho positivo y en la reglamentación de las materias más disímiles y heterogéneas, y su potestad reguladora se extiende tanto a las cuestiones de orden político y social como a la imposición de tributos o a la reglamentación de los contratos de arrendamiento.

En esa inmensa esfera de potestades que tiene el legislador común, hay algunas que ocasional y transitoriamente puede tener el órgano ejecutivo del poder público en las situaciones de emergencia, pero solo en el carácter de facultades excepcionales y con la finalidad específica de dominar un estado de crisis. La razón de ser de esa especie de delegación restringida, es la de facilitar los medios e instrumentos legales que hagan posible el retorno al estado normal de derecho. De allí que el Presidente de la República no pueda, como sí lo puede el Congreso, dictar normas legales permanentes, ni derogar la legislación preexistente. Sus atribuciones se ejercitan en forma temporal y exclusivamente sobre aquellas materias relacionadas con la perturbación del orden público y con la necesidad de su restauración, pudiendo dictar las reglas generales y transitorias que conduzcan a ese objetivo o suspender aquellas que sean incompatibles con el estado de sitio. Todo el régimen jurídico preestablecido que no tenga relación directa con la situación de emergencia y que no obstaculice el retorno a la normalidad, es materia extraña a las regulaciones ejecutivas.

La primera observación que surge de la simple lectura del ordenamiento comentado, es la de que se apoya en el artículo 121 de la Constitución Nacional, en circunstancias que la materia que se pretendía regular no tenía relación alguna con las necesidades de mantener el orden público turbado o con la urgencia de restablecer la normalidad quebrantada. Ni los preceptos del artículo 279 del Código de Régimen Político y Municipal, ni los contenidos en las disposiciones transitorias del acto legislativo número 3 de 1910 eran incompatibles con el estado de sitio, porque ni siquiera en forma indirecta se relacionaban con el orden público. Para la conservación de la tranquilidad nacional era importante que los Magistrados de los Tribunales Superiores permanecieran al frente de sus cargos hasta el vencimiento del período legal, ya que en lugar de alterarse con ese hecho, se proveía eficazmente a su mantenimiento. Lo que sí podía afectar la normalidad institucional y atentar contra el orden público, era el procedimiento precipitado que se adoptó, que además de provocar agitaciones innecesarias en la opinión nacional, hería todo el sistema de derecho que garantiza la independencia de uno de los órganos del poder público.

Por otra parte, al establecerse en ese decreto extraordinario que la fecha de iniciación del período de los Magistrados de los Tribunales sería la del 1º de febrero de 1954, el legislador de emergencia, además de violar el artículo 121 de la Carta fundamental que no autoriza a tanto, desconocía el mandato del acto legislativo de 1910 que fijaba fechas distintas. Ese ordenamiento estaba en vigencia y debía ser acatado por el poder ejecutivo y por la Corte Suprema de Justicia.

Ante la ostensible incompatibilidad entre el texto constitucional y el del decreto extraordinario comentado, no había alternativa alguna para la Corte Suprema al tenor de lo preceptuado por el artículo 215 de la Constitución. El estatuto dictado por el Gobierno quebrantaba normas de nuestra Carta política, como las contenidas en las disposiciones transitorias del acto legislativo de 1910 y en el artículo 160 y, en tales circunstancias,

la Corte Suprema no estaba obligada a aplicarlo. Por el contrario, ha debido atenerse a los preceptos constitucionales en la elección de Magistrados de los Tribunales Superiores. Como al realizar los actos acusados dio aplicación preferencial a un decreto extraordinario incompatible con la Constitución Nacional, esa alta entidad jurisdiccional infringió los artículos A) de las disposiciones transitorias del acto legislativo número 3 de 1910, 160 y 215 de nuestra Carta fundamental y su decisión está viciada de nulidad.

Como los actos realizados por ese alto Tribunal no se ajustaron a los preceptos constitucionales, las súplicas de las demandas están llamadas a prosperar, menos la relativa al restablecimiento en los cargos por estar vencidos los períodos legales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público,

FALLA:

1º—SON NULOS los actos ejecutados por la Corte Suprema de Justicia en sus sesiones de 25 de febrero y 10 de marzo de 1954, en cuanto por ellos fueron reemplazados los doctores Baudilio Bernal Guzmán, Juan B. Barrios, Rafael Ignacio García C., Jorge A. León, Rito Quintero Díaz, Roberto Pineda Castillo, Ernesto Escallón, Pedro I. Camacho G., Alvaro Hinestrosa, Jorge Carrasquilla H., Nepomuceno Bernal Méndez y Manuel M. Rozo de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá;

2º—SON NULOS los actos realizados por la Corte Suprema de Justicia en sus sesiones de 5 de marzo y 8 de mayo de 1954, en cuanto por ellos fueron reemplazados los doctores Juan Tovar Daza, Federico Rodríguez Barrios, Osvaldo Consuegra G., Enrique Nieto Carroll, Gerardo González Navarra y Jesús María Fontalvo F. de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla;

3º—SON NULOS los actos ejecutados por la Corte Suprema de Justicia en sus sesiones de 5 de marzo y 29 de abril de 1954, en cuanto por ellos fueron reemplazados los doctores Augusto Miranda, Mario Alirio Di Filippo, Vicente Bustamante Iriarte y Patricio Villalba V. de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena;

4º—SON NULOS los actos realizados por la Corte Suprema de Justicia en su sesión del 4 de mayo de 1954, en cuanto por ellos fueron reemplazados los doctores Gilberto Gómez Trujillo y Vicente Vernaza Gómez de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali;

5º—SON NULOS los actos ejecutados por la Corte Suprema de Justicia en su sesión del 29 de abril de 1954, en cuanto fueron sustituídos los doctores Augusto Mora Urrea, Mario García Gómez, Pedro Gómez Arenas

y José A. Habeych B. de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga;

6º—SON NULOS los actos de la Corte Suprema de Justicia ejecutados en sus sesiones de 5 de marzo y 8 de abril de 1954, en cuanto por ellos fueron sustituídos los doctores Rafael Rovira Bolaños, Rafael Gómez Bernier y Víctor M. Royero de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta;

7º—ES NULO el acto de la Corte Suprema de Justicia verificado en su sesión del 20 de mayo de 1954, en cuanto por él se sustituyó a los doctores Ciro Ramírez González y Juan B. Pineda Ropero de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona;

8º—ES NULO el acto de la Corte Suprema de Justicia ejecutado en su sesión del 20 de mayo de 1954, en cuanto por él fueron reemplazados los doctores Arturo Ríos García y Luis Alfonso Pérez R. de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior de San Gil;

9º—ES NULO el acto realizado por la Corte Suprema de Justicia en su sesión del 14 de mayo de 1954, en cuanto por él fueron reemplazados los doctores Hernán Salamanca Porras, Francisco Supelano Medina, Jorge Moreno Ferro y César Dimas Barrero de los cargos de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

10º—Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Nación (Ministerio de Justicia) reconocerá y pagará los sueldos dejados de devengar por las personas, cantidades, conceptos y términos que a continuación se expresan:

a) A los doctores Baudilio Bernal Guzmán, Juan B. Barrios, Rafael Ignacio García, Jorge A. León, Rito Quintero Díaz, Roberto Pineda Castillo, Ernesto Escallón, Pedro I. Camacho G., Alvaro Hinestrosa, Jorge Carrasquilla H., Nepomuceno Bernal Méndez y Manuel M. Rozo los sueldos y primas no percibidas que les correspondían como Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, durante el período comprendido entre el 23 de marzo de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

b) Al doctor Juan Tovar Daza los sueldos y primas que dejó de percibir como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla en el término comprendido entre el 10 de mayo de 1954 y el 30 de abril de 1955;

c) Al doctor Federico Rodríguez Barrios los sueldos y primas dejados de devengar como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla desde el 3 de marzo de 1954 y el 30 de abril de 1955;

d) A los doctores Osvaldo Consuegra, Enrique Nieto Carroll y Gerardo González Navarra los sueldos y primas no percibidos como Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla desde el 20 de abril de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

e) Al doctor Jesús María Fontalvo F. los sueldos y primas dejados de percibir como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla desde el 22 de julio de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

f) Al doctor Augusto Miranda L. las asignaciones y primas no perci-

bidas como Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena desde el 16 de agosto de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

g) Al doctor Mario Alirio Di Filippo las asignaciones y primas no percibidas como Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena desde el 24 de mayo de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

h) Al doctor Vicente Bustamante Iriarte los sueldos y primas dejados de percibir como Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena desde el 1º de junio de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

i) Al doctor Patricio Villalba V. los sueldos y primas dejados de percibir como Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena desde el 27 de marzo de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

j) Al doctor Gilberto Gómez Trujillo las asignaciones y primas no percibidas como Magistrado del Tribunal Superior de Cali desde el 14 de junio de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

k) Al doctor Vicente Vernaza Gómez los sueldos y primas no percibidos como Magistrado del Tribunal Superior de Cali desde el 2 de junio de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

l) A los doctores Augusto Mora Urrea, Mario García Gómez, Pedro Gómez Arenas y José A. Habeych B. los sueldos y primas no percibidos como Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga desde el 2 de junio de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

m) A los doctores Rafael Rovira Bolaños, Rafael Gómez Bernier y Víctor M. Royero los sueldos y primas no percibidos como Magistrados del Tribunal Superior de Santa Marta desde el 7 de abril de 1954 hasta el 30 de abril de 1955;

n) A los doctores Ciro Ramírez González y Juan B. Pineda Ropero las asignaciones y primas no percibidos como Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona desde el 16 y 11 de junio de 1954, respectivamente, hasta el 30 de abril de 1955;

ñ) A los doctores Arturo Ríos García y Luis Alfonso Pérez R. los sueldos y primas no percibidos como Magistrados del Tribunal Superior de San Gil desde el 3 y 12 de junio de 1954, en su orden, hasta el 30 de abril de 1955;

o) A los doctores Hernán Salamanca Porras, Jorge Moreno Ferro, César Dimas Barrero y Francisco Supelano Medina las asignaciones y primas no percibidas como Magistrados del Tribunal Superior de Tunja desde el 5 de junio, 16 de junio, 9 de junio y 1º de junio, respectivamente, del año de 1954 hasta el 30 de abril de 1955.

11º—De las sumas que haya de pagar la Nación a cada una de las personas anteriormente enumeradas, se deducirán las cantidades que por concepto de sueldos, prestación de servicios, etc., hayan recibido los demandantes del Tesoro Público (Nacional, Departamental o Municipal) o de entidades en que tenga parte la Nación, los Departamentos o Municipios o de empresas o personas privadas y que hayan sido causadas en trabajos prestados en horas útiles;

12º—Para efectos de la liquidación y pago de las prestaciones sociales que correspondan a las personas relacionadas en el punto 10º de esta sentencia, se computará el tiempo transcurrido entre la fecha de separación

de sus cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores, fijadas en este fallo, hasta el 30 de abril de 1955;

13º—Como consecuencia de la nulidad de los actos por medio de los cuales se eligieron reemplazos a los demandantes, se declara igualmente que son nulas las confirmaciones que hizo la Corte Suprema de Justicia de los nombramientos hechos a favor de los sustitutos;

14º—Para efectos del cumplimiento de esta sentencia, la Nación tendrá en cuenta y procederá de conformidad con lo estipulado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo;

15º—No hay lugar a decretar las demás súplicas de las demandas.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Alejandro Domínguez Molina — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández M.—Alejandro Mendoza y Mendoza, Conjuez. — **Pedro Gómez Valderrama—Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez,** Secretario.

* * *

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

Magisterio.—Incumplimiento en la ejecución de una sentencia del Consejo de Estado.—Competencia del incidente relacionado con la ejecución del fallo sin necesidad de acudir a otro juicio.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., veintiuno de mayo de mil novecientos sesenta.

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

REFERENCIA: Ejecución de la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 20 de agosto de 1953 por la cual fue declarada la nulidad del artículo 1º del Decreto número 91 de 7 de febrero de 1951, expedido por la Gobernación del Departamento de Antioquia.
ACTORA: Nina Yepes Velilla.

La Gobernación del Departamento de Antioquia expidió, el 7 de febrero de 1951, el Decreto distinguido con el número 91, por medio del cual trasladó a la señorita NINA YEPES VELILLA del cargo de Profesora Interna del "INSTITUTO CENTRAL FEMENINO" de Medellín al de Profesora Permanente del "LICEO DEPARTAMENTAL DE BACHILLERATO" del municipio de Yolombó reemplazándola con la señorita SUSANA VARGAS.

Con la medida tomada por la Gobernación, la señorita YEPES VELILLA fue desmejorada en sueldo y categoría a pesar de haber sido ins-

crita en el Escalafón de Enseñanza Secundaria, ya que fue nombrada para ejercer sus funciones de Profesora en un establecimiento de segunda categoría con una asignación de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales, sueldo inferior al que devengó hasta la expedición del Decreto a que se ha hecho alusión.

La empleada trasladada no se conformó con el acto administrativo producido por el señor Gobernador y por tal motivo, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada por el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, demandó oportunamente ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad del artículo 1º del Decreto número 91 de 7 de febrero de 1951 con la mira de obtener así el restablecimiento de su derecho.

Agotado el trámite del juicio en la primera instancia, la litis fue desatada mediante sentencia proferida el 12 de marzo de 1952, decisión judicial contra la cual se interpuso oportunamente el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado por no haber sido totalmente favorable a la parte actora.

Rituada la segunda instancia, la providencia apelada fue revisada por la Sala de lo Contencioso Administrativo y resuelta la controversia en forma totalmente favorable a la señorita YEPES VELILLA mediante la sentencia pronunciada el 20 de agosto de 1953.

La parte resolutiva de la aludida decisión judicial está concebida en estos términos:

"**Primero.**—Declárase nulo el artículo 1º del Decreto número 91 de fecha 7 de febrero de 1951, dictado por el Gobernador del Departamento de Antioquia, en cuanto por él se nombró a la señorita Susana Vargas Profesora Interna del Instituto Central Femenino de Medellín, en reemplazo de la señorita Nina Yepes Velilla, y a ésta Profesora Permanente del Liceo Departamental de Yolombó;

"**Segundo.**—Ordénase a la Gobernación de Antioquia —Dirección de Educación Pública— restituír, dentro del término prescrito por el artículo 121 del código contencioso administrativo, a la demandante en este juicio, señorita Nina Yepes Velilla, en el cargo de Profesora Interna del Instituto Central Femenino de Medellín, en la misma categoría en que se encuentre inscrita en el escalafón nacional de enseñanza secundaria;

"**Tercero.**—Dentro del término de treinta días (artículo 121 del C. C. A.), la mencionada entidad departamental, pagará a la señorita Nina Yepes Velilla los sueldos dejados de percibir desde la fecha en que quedó desvinculada del cargo de Profesora Interna del Instituto Central Femenino de la ciudad de Medellín, hasta la en que tenga lugar la restitución ordenada en el numeral anterior, en la cuantía que le correspondería si hubiere continuado ocupando el mismo cargo;

"**Cuarto.**—Declárase que el tiempo de servicio de la demandante señorita Nina Yepes Velilla no se ha interrumpido para ninguno de los efectos legales; y

"**Quinto.**—En los términos anteriores queda REFORMADA la senten-

cia apelada de fecha doce de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, proferida en el presente asunto por el Tribunal Administrativo de Antioquia".

La restitución ordenada por el Consejo fue efectuada por la Gobernación del Departamento mediante la expedición del Decreto número 605 de 4 de noviembre de 1953 al ser nombrada la señorita Nina Yepes Velilla para el cargo de Profesora Interna del Instituto Isabel la Católica, anteriormente Instituto Central Femenino, empleo que entró a ejercer la nombrada desde el día 20 de enero de 1954.

Pero el mandato del Consejo no fue cumplido en lo tocante al pago de los sueldos dejados de percibir por la señorita Yepes Velilla durante el tiempo en que quedó desvinculada del cargo de Profesora Interna del Central Femenino. Por este motivo el doctor BERNARDO VALDERRAMA L., abogado titulado e inscrito, mayor y vecino del municipio de Medellín, en ejercicio del mandato especial conferido por aquella, mediante memorial datado el 21 de junio de 1957 y dirigido al Tribunal Adfinistrativo de Antioquia, pidió que con citación y audiencia del señor Gobernador del Departamento de Antioquia y mediante la observancia de los trámites señalados por el artículo 553 del C. de P. Civil, se fijara la suma que el Tesoro Departamental debe pagarle a su patrocinada en obedecimiento a lo dispuesto en la sentencia proferida por el Consejo de Estado.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo citado, el doctor Valderrama hizo la liquidación en la siguiente forma:

"Entre la desvinculación que tuvo lugar el 8 de febrero de 1951, y la restitución al cargo del cual se la había destituído, ocurrida el 20 de enero de 1954 la señorita Nina Yepes Velilla dejó de percibir del Tesoro Departamental, por concepto de sueldos, la suma de $ 18.969.28 que se descompone así:

Año de 1951	$ 5.644.28
Año de 1952	6.300.00
Año de 1953	6.725.00
Año de 1954	300.00
TOTAL.....	$ 18.969.28

"Las cifras anteriores son el resultado de tener en cuenta los sueldos asignados a las profesoras internas del Instituto Central Femenino de esta ciudad, o Instituto Isabel la Católica, de acuerdo con el certificado expedido por la Contraloría General del Departamento, unido a la circunstancia de que la señorita Nina Yepes Velilla tenía derecho a alimentación y alojamiento, conceptos que he estimado en la suma de $ 150.00 mensuales.

"Durante el mismo período la señorita Nina Yepes Velilla recibió del Tesoro Departamental la suma de $ 6.919.00, por concepto de sueldos.

"Se deduce de lo anterior que el Departamento de Antioquia debe a la señorita Nina Yepes Velilla la diferencia entre lo recibido y lo que dejó de recibir o sea la suma de $ 12.050.28.

"Aunque es cierto que la señorita Nina Yepes Velilla recibió durante el mismo período la suma de $ 5.001.91 por concepto de pensión de jubilación, no lo es menos que el H. Consejo de Estado en informe rendido al señor Ministro del Trabajo, aprobado el 6 de abril de 1954, concluye: 'Que los empleados oficiales jubilados pueden desempeñar, constitucional y legalmente, el cargo de profesores en establecimientos de instrucción pública y continuar recibiendo la pensión sin limitación alguna en el valor conjunto de las dos asignaciones provenientes del Tesoro Público' ".

Corrido el traslado de rigor al señor Gobernador del Departamento de Antioquia, este distinguido funcionario, después de aceptar que por el aspecto puramente aritmético las cuentas y operaciones contenidas en el memorial con que se iniciaba el incidente de ejecución eran correctas, objetó la liquidación y sosteniendo que el Tesoro Departamental nada le tenía que pagar a la señorita Yepes Velilla por haberse roto definitivamente el vínculo jurídico que unía a ésta con la Administración, rompimiento jurídico que se operó desde el día 8 de febrero de 1951 en que la actora empezó a percibir su pensión jubilatoria.

Recibido el incidente a prueba por el término de quince días y ordenadas y practicadas las pedidas por las partes, el Tribunal Administrativo de Antioquia en vista de lo alegado y que consideró probado, mediante providencia dictada en 8 de octubre de 1958 fijó en la suma de $ 11.858.75 lo que debía pagar el Departamento a la señorita Nina Yepes Velilla, en cumplimiento de la sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo el 20 de agosto de 1953.

No se conformó con la aludida decisión judicial el señor Gobernador del Departamento y por tal motivo interpuso contra ella el recurso de apelación que le fue concedida en el efecto suspensivo para ante el Consejo de Estado.

Rituado convenientemente el incidente de ejecución en esta instancia, ha llegado la oportunidad de proferirse la decisión final y a ello procede la Sala, previas algunas breves consideraciones de carácter legal.

COMPETENCIA DEL CONSEJO

Entre los presupuestos procesales o requisitos necesarios para que pueda estimarse la demanda y pronunciarse la providencia que ha de ponerle fin al juicio figura el de la competencia del Juez que éste debe estudiar en primer término con el fin de mantener el prestigio de la justicia y la estabilidad de las decisiones judiciales. De aquí la razón para que la Sala proceda previamente a decidir si el conocimiento del presente incidente de ejecución de la sentencia a qué se ha hecho alusión le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Dada la importancia de la materia y la naturaleza especial de esta jurisdicción, el C. C. Administrativo, en su capítulo XIV, reguló el cumplimiento y ejecución de los fallos dictados por el Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos estableciendo modalidades distintas a las consagradas por el capítulo 1º, título XV del Libro 2º del C. Judicial bajo el epígrafe "EJECUCION DE LAS RESOLUCIONES". La Ley 167 de

1941 después de dar normas muy claras y precisas sobre el cumplimiento de las sentencias en sus artículos 120, 121 y 122, en el artículo 123 contempló un género de condenaciones contra la Administración entre las cuales se encuentran las sentencias en que se ordena pagar una cantidad ilíquida por concepto de daños o perjuicios causados al demandante. El tenor literal del artículo últimamente citado es el siguiente:

"Las condenaciones de otro orden, en favor o en contra de la Administración, se regirán por las reglas del Capítulo 1º, Título XV del Código Judicial. La competencia la tienen los Jueces ordinarios, según las disposiciones comunes".

Esta disposición ha sido interpretada en dos formas diversas, a saber:

1ª—En el sentido de que todos los negocios relativos a la ejecución o cumplimiento de los fallos dictados por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos son de competencia exclusiva de la justicia ordinaria; y 2ª en el sentido de que solamente los incidentes de ejecución de aquellas decisiones son de competencia privativa de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Quienes sostienen la primera de las interpretaciones aducen como razón fundamental el hecho de ser sumamente claro en su tenor literal y en su sentido el artículo 123 de la Ley 167 de 1941; y que por ende no hay que desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu en obedecimiento al artículo 27 del C. Civil.

La segunda interpretación ha sido acogida tanto por el Consejo de Estado como por la H. Corte debido a que ella es la más lógica, jurídica y conveniente. Con la primera se entra a dividir la continencia de la causa puesto que se le señala a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de un incidente que por su naturaleza es parte integrante del juicio principal al cual se debe introducir, juicio atribuído exclusivamente a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Para apreciar mejor la jurisdicción de la doctrina sentada por el Consejo, conviene anotar que la Sala de lo Contencioso, al fallar la acción de plena jurisdicción ejercida por la señorita NINA YEPES VELILLA, tuvo que acudir a la aplicación del artículo 480 del C. de P. Civil en obedecimiento a lo estatuído por el artículo 282 del C. C. Administrativo.

Aquel artículo preceptúa:

"Cuando haya de hacerse condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fija su importe en cantidad líquida, o se establecen, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación".

"Solo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia".

En este artículo, según la Corte se contemplan tres eventos, a saber:

"Primero que haya bases en el juicio para fijar la cantidad líquida que haya de pagar la parte vencida por frutos, intereses o daños; segundo, que las bases probatorias sean insuficientes para determinar la cantidad líquida; y tercero, que los elementos probatorios tampoco den asidero ni para determinar las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación".

"En el primer caso la sentencia contendrá la liquidación; en el segun-

dos, las bases necesarias para practicarla en el incidente posterior de ejecución del fallo; y en el tercero la sentencia que se dicte tendrá que limitarse a formular una condenación abstracta, de manera que en el expresado incidente el campo de investigación probatoria para hallar los perjuicios es aún mayor, dado que careciéndose de bases incontrovertibles señaladas previamente por el sentenciador, hay que establecerlas en el incidente".

En el negocio hoy sometido al estudio y decisión de la Sala, se está en el segundo de los eventos porque en la sentencia de 20 de agosto se reconoció que en el juicio no había elementos probatorios suficientes para la determinación de la cantidad líquida que debía pagarle el Departamento de Antioquia a la señorita Yepes Velilla, y por tal motivo se fijaron en ella las bases para la liquidación en la debida oportunidad.

No habiéndose hecho el pago de la suma de dinero por concepto de perjuicios a la señorita YEPES VELILLA dentro del término señalado por el Consejo en la sentencia a que se ha hecho alusión; y no habiendo sido liquidada ella dentro del juicio principal, se impuso el trámite del incidente de ejecución sin necesidad de acudir a otro juicio. De ahí la razón para que el conocimiento de tal incidente le corresponda al mismo Consejo de conformidad con el inciso 2º del artículo 550 del C. Judicial que dispone:

"En el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquel corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia".

La Sala, de lo Contencioso Administrativo, en auto proferido el 24 de noviembre de 1953, tomo LIX, números 372, página 360 dijo al respecto:

"La Constitución Nacional distribuyó en grupos jerárquicos la función jurisdiccional del poder público, delimitando la órbita de cada uno de ellos. La **competencia,** es la facultad que tiene un juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la república (C. J., artículo 143). Si como dice Carnelutti, la **jurisdicción** es el género, y la **competencia** la **especie,** y si la Constitución Nacional distribuyó la jurisdicción en grupos especiales, se tiene que, ni aun la ley puede, para variar la competencia cambiar la jurisdicción. Un negocio que, como se pretende en el auto que se revisa, está dentro de la órbita de una jurisdicción, la contencioso-administrativa, la cual lo llevó hasta definirlo completamente, no se puede cambiar de jurisdicción, sin que se vulneren las normas constitucionales que la regulan y distribuyen. Cosa muy distinta sucede cuando para el cumplimiento de la sentencia ya dictada y definida hubiere que seguir otro juicio, que no esté comprendido dentro de la jurisdicción propia, y cayera dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, es claro que sería a ésta a la que correspondería el conocimiento del asunto. Al agregar el legislador la expresión 'según las disposiciones comunes' está condicionando esa competencia a esas disposiciones comunes del capítulo en referencia, lo cual quiere decir que 'el juicio que debe seguirse para ejecutar la resolución judicial (proveniente en este caso de la jurisdicción contencioso-administrativa) debe promoverse ante el juez o tribunal competente conforme a las reglas generales de la competencia' (C. J., artículo 550). Pero cuando, como en el caso de

autos, no se requiere juicio aparte para el cumplimiento de la sentencia, sino simplemente, un incidente de regulación del **quantum** ya ordenado en la sentencia, la competencia le corresponde, según ambos códigos, el contencioso-administrativo y el judicial, al juez o tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia". (G. J., artículo 550, inc. 2º).

Aceptada la competencia de acuerdo con lo que se deja expuesto, se entra a fijar el monto de la indemnización que debe pagar el Tesoro Departamental de Antioquia.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia dictada el 8 de octubre de 1958, con salvamento de voto del señor Magistrado J. EDUARDO OROZCO OCHOA, fijó en la suma de ONCE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 11.858.75) m. legal lo que el Departamento de Antioquia debe pagarle a la señorita NINA YEPES VELILLA en cumplimiento de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 20 de agosto de 1953.

Para hacerse esta regulación se sumaron los sueldos que la señorita YEPES VELILLA hubiera podido recibir del Tesoro Departamental en el lapso comprendido entre el 8 de febrero de 1951 y el 19 de enero de 1954 en el supuesto de que dentro de él hubiera desempeñado las funciones de Profesora Interna del Instituto Central Femenino. Se tomaron estas fechas porque en la primera se operó la desvinculación y en la segunda la restitución ordenada por la sentencia; y se incluyó en el valor de los sueldos el de la alimentación y alojamiento suministrados por ser estos renglones integrantes de aquellos.

El señor Gobernador del Departamento no se conformó con la decisión del Tribunal y por este motivo interpuso el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado.

Sometido el incidente al trámite de rigor sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se entra a proferir la resolución final mediante las pertinentes consideraciones de carácter legal.

Según las operaciones aritméticas hechas con base en los elementos probatorios aportados al proceso, el valor de los sueldos que la señorita YEPES VELILLA dejó de percibir durante el lapso indicado en otro de los apartes de esta providencia ascendió a la suma de $ 18.777.75.

De esta suma fue descontada la cantidad de $ 6.919.00 que la misma señorita percibió del Tesoro Departamental como Profesora del Instituto Pedro Pablo Betancur y como Maestra en la Escuela "BALDOMERO SANIN CANO" durante algunos meses de los años de 1952 y 1953. Restada esta cantidad de la primeramente indicada se obtuvo la de $ 11.858.75, suma esta fijada como indemnización por el Tribunal.

Durante el tiempo en que la demandante estuvo desvinculada del Instituo Central Femenino percibió, por concepto de jubilación la suma de $ 5.001.91, cantidad que no fue descontada por el Tribunal, y que, según el salvamento de voto del señor Magistrado Orozco Ochoa, debió descontarse de conformidad con claros mandatos legales.

Sobre los descuentos que debían hacerse dijo el Tribunal en la providencia que se revisa a virtud del recurso de apelación:

"En lo referente a sueldos percibidos no hay duda respecto de su des-

cuento, por no ser posible recibir sueldos simultáneos por una labor similar. No ocurre lo propio en lo que respecta a las pensiones, lo que la Constitución prohibe es la doble asignación y no participan de ese carácter, las indemnizaciones a que se condena la administración pública por perjuicios causados por actos ilegales. La sentencia origina una obligación de compensar un daño, concepto que difiere radicalmente del de asignación que implica la percepción de sueldos o remuneraciones por servicios...".

El señor Fiscal 1º de la corporación en su vista conceptúa que la providencia debe ser revocada y que nada debe pagársele a la señorita NINA YEPES VELILLA porque ya fue suficientemente indemnizada.

Se expresa así el señor Fiscal, doctor DEL HIERRO:

"El Departamento de Antioquia reconoció a la actora, por medio de la Resolución número 1669 de 30 de julio de 1952 (cuaderno principal, fls. 24 y ss.) una pensión vitalicia de jubilación exigible desde la fecha de su retiro de la Administración. En el expediente a fls. 7 vto. y 8 del cuaderno principal aparece comprobado que se le cubrió desde el 8 de febrero de 1951".

"Si la señorita hubiera continuado ocupando el cargo que venía desempeñando como profesora interna del Instituto Central Femenino de Medellín, frente a la situación de pensionada del Tesoro Público, se encontraría dentro de los presupuestos jurídicos del Decreto 320/49, es decir, podía sin retirarse del servicio público recibir conjuntamente sueldo y pensión hasta un límite máximo de $ 400.00.

"Como pensionada del Tesoro Departamental de Antioquia, la señorita Nina Yepes Velilla recibió desde la fecha de su destitución o traslado, la suma de $ 238.11 mensualmente. Entonces, la cuantía que le corresponde como indemnización es la diferencia con el monto máximo que podía recibir en desarrollo del Decreto número 320/49, es decir, $ 400.00—$ 238.11 ==$ 161.89".

"Esta es, pues, la suma que debe pagar el Departamento por concepto de indemnización a la actora en acatamiento al tercer punto del fallo del H. Consejo de Estado. Ahora bien: la restitución al cargo de acuerdo con la afirmación que hace el apoderado se efectuó el 20 de enero de 1954, es decir, corrió un lapso de treinta y cinco meses y doce días desde la fecha de su destitución. La liquidación correspondiente, debe hacerse con base en ese tiempo de la siguiente manera:

35 meses a razón de $ 161.89 por mes=.....$	5.665.15
12 días a razón de $ 161.89 por mes=.....	64.77
TOTAL DE INDEMNIZACION.....$	5.730.92

"A esta suma debe descontarse lógicamente el total de los sueldos que devengó durante este período en otros cargos, que de acuerdo con las afirmaciones del apoderado y las certificaciones que obran en los autos, ascienden a la suma de $ 6.919.00:

Indemnización .....$ 5.730.92
Menos sueldos devengados 6.919.00

SALDO NEGATIVO.....$ 1.188.08

"De las operaciones aritméticas resulta un saldo a favor, no de la demandante Sta. Yepes, sino de la Administración, en cuantía de $ 1.188.08.

"De consiguiente, la Fiscalía considera que la señorita Nina Yepes Velilla, ha sido ya suficientemente indemnizada puesto que recibió sumas mayores a las que debía percibir del Tesoro Departamental de Antioquia".

La Sala no comparte las apreciaciones del señor Fiscal de la corporación porque de ellas se deduce que no se le causó ningún perjuicio a la señorita YEPES VELILLA con la destitución o traslado y que, por el contrario, ésta resultó beneficiada con tal medida ilegal. En esta forma se desconoce la condenación hecha en la sentencia donde se da por establecido un hecho fundamental: El daño o perjuicio causado por la Administración. Además: El planteamiento del problema hecho por la Fiscalía toma como base para la liquidación la suma de cuatrocientos pesos mensuales ($ 400.00), cantidad máxima de dinero que puede o podía percibir la señorita demandante durante el lapso comprendido entre el 8 de febrero de 1951 y el 19 de enero de 1954 por concepto de sueldos y jubilación. Esta base no es aceptable porque, por una parte la actora se vio obligada a pedir su pensión jubilatoria en vista de su destitución, y por la otra, en el supuesto de no haberse operado la desvinculación de ella en virtud del Decreto expedido por la Gobernación, la nombrada señorita YEPES VELILLA hubiera percibido durante el período ya anotado la suma de $ 18.777.75 por concepto de sueldos, alimentación, alojamiento y primas de navidad, y solo percibió en total la cantidad de ONCE MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($ 11.920.91) m. legal discriminada así:

Por sueldos del Tesoro Departamnetal.....$ 6.919.00
Por pensiones jubilatorias 5.001.91

TOTAL.....$ 11.920.91

Las cantidades percibidas tanto por concepto de sueldos como por concepto de jubilación deben descontarse de la suma total que pudo percibir la destituída quedando así a favor de ésta un saldo por valor de SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 6.856.84) m. legal, cantidad que debe ser pagada por el Departamento de Antioquia. En esta forma queda cumplida perfectamente la sentencia proferida el 20 de agosto de 1953 y queda totalmente indemnizada la sejorita NINA YEPES VELILLA por razón del daño sufrido con motivo de su destitución por la Dirección de Educación Pública del Departamento de Antioquia. Resta solo agregar que la acción de plena jurisdicción es indemnizatoria y que en ningún caso una sentencia favorable a la parte actora puede convertirse en motivo de enriquecimiento injusto.

Finalmente, conviene anotar que durante el tiempo que la demandante estuvo desvinculada del Magisterio, del 8 de febrero de 1951 al 20 de enero de 1954, estaba vigente el Decreto Nº 320 de 1949 cuyo artículo 7º dispone:

"La limitación a que se refiere el artículo 33 de la Ley 6ª de 1945 será hasta la suma de cuatrocientos pesos".

De acuerdo con este artículo, la señorita NINA YEPES VELILLA no podía cobrar durante el período de su desvinculación simultáneamente jubilación y sueldos sino hasta la suma ya expresada.

Posteriormente fue expedido el Decreto número 2285 de 23 de agosto de 1955 en uso de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional. Mediante el artículo 1º de este Decreto se estableció el beneficio de poderse cobrar la pensión de jubilación y sueldos sin limitación alguna por parte de las personas que desempeñen cargos de institutores o profesores en establecimientos de educación sostenidos con fondos públicos. El artículo 1º de este Decreto vino a modificar el artículo 7º del Decreto 320 de 1949 en el sentido de acabar con la limitación allí establecida. Es, pues, tal precepto inaplicable a la señorita NINA YEPES VELILLA durante el tiempo de su desvinculación, puesto que no es aclaratorio del anterior.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con su colaborador fiscal, REFORMA la providencia apelada de la fecha y procedencia indicadas, y en su lugar FIJA en la suma de SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 6.856.84) m. legal lo que debe pagar el Departamento de Antioquia a la demandante, suma que será cubierta una vez ejecutoriada esta decisión.

No hay lugar a la condena por concepto de intereses porque apenas después de la ejecutoria queda configurada la liquidez de la suma que debe pagarse y puede presentarse la mora que son extremos necesarios para la condenación por perjuicios ocasionados por el no cumplimiento oportuno de la prestación.

Notifíquese, cópiese, devuélvase.

Alejandro Domínguez Molina — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández M. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama—Gabriel Rojas Arbeláez—El Secretario, **Luis Fernando Sánchez.**

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

Excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda. — Las acciones contencioso administrativas surgen según las situaciones jurídicas. — "Las situaciones generales dan nacimiento a la acción de nulidad o de legalidad, y las concretas a la de plena jurisdicción o de restablecimiento".

REF.: Expediente número 511.—Actos de Gobernadores.—Demanda de plena jurisdicción contra el Decreto número 113 de 4 de marzo de 1958 dictado por el Gobernador de Bolívar.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Consejero Ponente: Dr. ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ M.)

Por el señor Gobernador del Departamento de Bolívar en asocio de su Secretario de Hacienda y con fecha 4 de marzo de 1958, se expidió el siguiente acto administrativo:

"DECRETO NUMERO 113 DE 1958
(Ramo de Hacienda)

"Por el cual se adiciona el Decreto número 20-bis de 1941 reglamentario de la Introducción, Consumo, Internación y el Tránsito de Cervezas Nacionales.

"El Gobernador del Departamento, en uso de sus facultades legales,

"CONSIDERANDO:

"Que en forma irregular se han venido movilizando cervezas con destino a la ciudad de Cartagena desde el Departamento del Atlántico, amparadas con Guías de Tránsito, procedimineto que no está autorizado en ninguna disposición legal;

"Que es conveniente facilitar a las Empresas productoras de cervezas que tengan Agencias distribuidoras en el Departamento, los medios de poder atender oportunamente la provisión de cervezas, para otros Departamentos sin contravenir las normas reglamentarias ni perjudicar el fisco departamental,

"DECRETA:

"Artículo primero.—Las Guías de Tránsito de cervezas de que trata el artículo 9º del Decreto número 20-bis de 1941, se expedirán únicamente cuando se indique específicamnete, las cantidades, destinatario y lugar fuera del Departamento de Bolívar a donde se envíe y en ningún caso para Municipios del mismo Departamento, para los cuales solo se expedirán las de Consumo y Transportes, simultáneamente.

"Artículo segundo.—Las Empresas Distribuidoras de cervezas establecidas o que se establezcan en el Departamento, quedan facultadas para reexpedir a otros Departamentos haciéndose inscribir con esa denominación, cervezas sobre las cuales hayan cubierto los impuestos de consumo mediante petición inscrita, observando lo ordenado en el artículo anterior en cuyo caso, una vez devuelta la Guía de Internación con la constancia al respaldo de que la cerveza llegó a su destino y pagaron los impuestos firmada por el empleado de Hacienda correspondiente y autenticada dicha firma por el Alcalde o quien represente la primera autoridad política del lugar, les será reintegrado el impuesto de Consumo que hubiera pagado ya sobre la cerveza reexpedida.

"Artículo tercero.—Para obtener el reintegro mencionado en el artículo anterior, será menester una solicitud por medio de memorial en papel sellado para ante el empleado de Hacienda que expidió la respectiva Guía de Internación y acompañada ésta, quien en el término de tres (3) días mediante Resolución motivada resolverá dicha petición en primera instancia, para una vez notificada a los interesados y teniendo en cuenta lo ordenado en el parágrafo del artículo único del Decreto número 767 de 1957, pasarla a la consideración del Secretario del Departamento para su aprobación o censura.

"Este Decreto regirá desde la fecha de su expedición.

'Comuníquese, publíquese y cúmplase.

"Dado en Cartagena a los 4 días del mes de marzo de 1958.

"(Fdo.) EDUARDO LEMAITRE, Gobernador.

"(Fdo.) **Mario Alario Di Filipo,** Secretario de Hacienda".

La disposición pertinente del citado Decreto número 20-bis de 1941, que fue adicionado, es del siguiente tenor:

"Los interesados en la introducción de cervezas del Departamento del Atlántico y parte norte del Magdalena, con el carácter de Tránsito para otras secciones del país, deben proveerse de las correspondintes Guías de Tránsito en la Inspección General de Cervezas de Bolívar en Barranquilla, previo otorgamiento ante dicho empleado recaudador de la fianza del (sic) término legal, y el pago de los impuestos correspondientes en caso de no verificarse la reexpedición de los cargamentos de cerveza amparados con esa clase de Guías.

"PARAGRAFO UNICO.—Los interesados en la introducción de cervezas de que trata este artículo podrán otorgar sus fianzas directamente ante la Secretaría de Hacienda cuando sean de carácter permanente para asegurar las obligaciones del introductor sobre la cerveza que introduzcan durante un año con estos fines".

Ante la expedición y vigencia del Decreto antes transcrito, el señor José Domingo Pumarejo, vecino de Barranquilla, en su carácter de "2º Suplente del Gerente encargado de la Gerencia por ausencia del Titular y

del primer Suplente de Gerente de Distribuidora Aguila, S. A.", sociedad domiciliada en Barranquilla, confirió poder al abogado Oscar H. García para que ante el Tribunal Administrativo de Bolívar demandara la suspensión provisional del referido decreto; su anulación, y "la indemnización de perjuicios que ocasiona éste".

El señor doctor García con fecha 3 de mayo de 1958 presentó, "en ejercicio de la acción privada", la correspondiente demanda, y solicitó:

"PRIMERO. — La nulidad del Decreto número 113 de 4 de marzo de 1958 de la Gobernación del Departamento de Bolívar;

"SEGUNDO.—La suspensión provisional previa del Decreto expresado por causar perjuicios civiles y comerciales graves a la entidad en cuyo nombre hablo y por ser manifiestamente violatorios de la ley y de los fallos de las entidades competentes sobre la misma materia, y

"TERCERO.—Que se condene al Departamento de Bolívar al pago de los perjuicios que ha ocasionado y continúa ocasionando la vigencia y aplicación del Decreto número 113 de 4 de marzo de 1958 a la empresa que represento".

Como HECHOS de la demanda, involucrados con apreciaciones personales y consideraciones de derecho, expuso:

"PRIMERO.—El artículo 1º del Decreto número 113 de 4 de marzo de 1958 de la Gobernación de Bolívar es legal si la guía es expedida por una oficina de Hacienda dentro del Departamento de Bolívar con destino a un lugar dentro de la jurisdicción de Bolívar, pero es ilegal cuando se niega desde Barranquilla, donde funciona la Inspección de Cervezas de Bolívar, una Guía de Tránsito para Bolívar, para seguir o reexpedir a otro departamento distinto a Bolívar.

'Es elemental y diáfana esta ilegalidad por cuanto el Departamento de Bolívar cercena el derecho que tienen los Departamentos vecinos y las empresas o fábricas que funcionan en ellos para despachar cargamentos de cerveza de tránsito para el Departamento de Bolívar.

"Este artículo establece esencialmente lo mismo que dispuso el artículo 18 de la Ordenanza 47 de 1942 de la Asamblea de Bolívar, el cual fue declarado nulo por sentencia de 17 de diciembre de 1943 del H. Consejo de Estado, cuya copia enviamos anexa a esta demanda.

"El referido artículo viola elementalmente el artículo 1º de la Ley 91 de 1931 que prohibe a los Departamentos 'establecer medidas que estorben, dificulten o embaracen el libre intercambio comercial de estos en el territorio del país'. Es más flagrante en el caso del artículo 1º del Decreto demandado cuando no solo entraba sino que prohibe la expedición de Guías de Tránsito de un Departamento para otro al negar esta Guía de Tránsito de Atlántico para Bolívar.

'SEGUNDO.—El artículo 2º del mismo Decreto 113 de 4 de marzo de este año es igualmente ilegal porque es idéntico en sus objetivos esenciales a los artículos 8º del Decreto 217 de 10 de agosto de 1940, que a la letra dice:

" 'Cuando la cerveza que haya pagado sus impuestos de consumo y haya de extraerse para extraños lugares del territorio de Bolívar, el interesado deberá proveerse de la respectiva Guía de Internación o exportación, depositando la diferencia de la suma hasta completar el doble de los impuestos que la cerveza pagaría al ser consumida en el Departamento'.

Y a los artículos 3º y 4º del Decreto 296 de 5 de octubre de 1940 que dispusieron:

" 'Artículo 3º—La Guía de Internación o exportación se expedirá mediante solicitud escrita a la Aduana General de la Renta de Licores, Inspección General de Cervezas en Barranquilla o Administración de Hacienda Departamental correspondiente —según el caso— haciendo constar las cantidades de cerveza a internar o exportar, número de botellas que contiene cada bulto y peso total del cargamento, debiendo otorgar los interesados una fianza ante el empleado expedidor de la Guía **por el valor igual a los derechos de consumo más adicionales,** bien sea en **dinero efectivo, cheque bancario certificado o documentos de la deuda a cargo** del Departamento. (Vales del Tesoro, Bonos de la deuda interna o Bonos de carretera), garantizando la correcta internación del artículo'.

" 'Artículo 4º—Para devolver los depósitos constituídos en calidad de fianza sobre una Guía de Internación o exportación, los interesados deberán dirigir un memorial de solicitud a la Administración General de la Renta de Licores, bien directamente o por conducto de la oficina expedidora de la Guía, acompañando la tornaguía dentro del plazo de sesenta días que se concede, contados desde su expedición, y con la constancia al respaldo de ellas de que las cervezas amparadas llegaron a su destino, suscrita por el empleado de Hacienda del lugar. Esta firma debe venir autenticada por la primera autoridad política del lugar'.

" 'PARAGRAFO.—La Administración General de la Renta de Licores, estudiará la documentación, dictará proyecto de Resolución que pasará a la consideración de la Secretara de Hacienda, disponiendo lo del caso'.

"Como podrá usted verlo diáfanamente, el artículo 2º del Decreto 113 de 4 de marzo de este año cuya ilegalidad demandamos, establece que las cervezas que hayan de despacharse de Tránsito desde Bolívar para fuera de él deben provenir de la cerveza de consumo, que ya satisfizo impuesto, puesto que toda cerveza amparada con Guía de Consumo ya pagó el gravamen. Consiguientemente dicha cerveza la grava, aunque transitoriamente, lo cual constituye la máxima traba o entorpecimiento de orden económico.

"Es manifiesta la ilegalidad por cuanto ninguna Cerveza de Tránsito puede ser gravada ni transitoriamente.

"Las sentencias del H. Consejo de Estado de 28 de mayo de 1941 así lo establecen como también la de 17 de diciembre de 1943, la cual en una de sus doctrinas dice meridianamente:

" 'El solo hecho de exigir la consignación de una cantidad de dinero en calidad de depósito para garantizar la efectividad del impuesto de consumo en el caso de que la cerveza se diera al consumo en el Departamento, cuando el interesado manifieste que no se trata de introducción al De-

partamento para su consumo en él, sino de conducirla a otra sección del país, o de exportación al exterior; y el hecho de exigir la conducción del artículo a un determinado lugar, aún fuera del Departamento, como es la ciudad de Barranquilla, constituyen **medidas que estorban, dificultan o embarazan el libre intercambio comercial del artículo** en el país, y están absolutamente prohibidas por el artículo 1º de la Ley 91 de 1931'.

"Estamos en presencia, señor Magistrado, lisa y llanamente de la reproducción por el Decreto 113 de 4 de marzo de 1958 de la Gobernación de Bolívar, de los mismos artículos de los decretos y ordenanzas declarados nulos por sentencias del Consejo de Estado, fallos que el Gobierno Departamental es el primer obligado en respetar, hacer cumplir y observar en un régimen de derecho.

"TERCERO.—Las trabas, embarazos, cortapisas y negaciones que el referido Decreto 113 de 4 de marzo de este año de la Gobernación de Bolívar crea, nos ha causado y continuará causando perjuicios civiles y económicos como lo demostramos con el descenso del movimiento de Cerveza de Tránsito y posterior eliminación de dichas ventas por esta Agencia sita en Cartagena".

Contrariándose un tanto la ordenación dispuesta por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo en cuanto hace al ordinal 4º, en la demanda y bajo el título "ANTECEDENTES", se expone:

"Como salvaguardia..., la legislación colombiana, entre otras disposiciones, ha dictado las siguientes, que se mantienen en toda vigencia:

" 'La Ley 49 de 1927, en su artículo 12 establece que es prohibido a los departamentos y a los municipios fijar impuestos en forma de pontazgos, aduanillas, alcabalas, etc., etc.'

"El artículo 1º de la Ley 91 de 1931, que tiene especial pertinencia para el caso objeto de la presente demanda, es del siguiente tenor:

" 'Desde la sanción de la presente Ley queda prohibido a los municipios gravar con impuesto alguno el simple tránsito por su territorio de los semovientes y demás productos de industrias nacionales y establecer medidas que estorben, dificulten o embaracen el libre intercambio comercial de estos en el territorio del país'.

" 'Parágrafo.—Las prohibiciones establecidas en este artículo para los municipios se extiende igualmente a los departamentos'.

'El decreto reglamentario de la disposición anterior, del Gobierno Nacional, dice así:

" 'Artículo 1º—En la prohibición contenida en el artículo 1º de la Ley 91 de 1931, quedan comprendidos los gravámenes, cualquiera que sea su denominación, y todo género de medidas administrativas o fiscales que estorben, dificulten o embaracen el libre intercambio comercial, dentro del territorio del país, de los productos de industrias nacionales, sea que aquellos gravámenes o medidas versen sobre los mismos productos o sobre los vehículos en que se trasportan".

"No obstante la diafanidad de las disposiciones legales citadas antes el Departamento de Bolívar dictó la Ordenanza número 32 de 10 de julio de 1940, y el gobierno departamental el Decreto número 217 de 10 de agosto

del mismo año, entre otras disposiciones, Decreto que en su artículo 8º dispone lo siguiente:

" 'Cuando la cerveza que haya pagado sus impuestos de consumo y haya de extraerse para extraños lugares del territorio de Bolívar, el interesado deberá proveerse de la respectiva Guía de Internación o exportación, depositando la diferencia de la suma hasta completar el doble de los impuestos que la cerveza pagaría al ser consumida en el Departamento'.

"Este artículo, entre otros, fue demandado por Cervecería Cartagena Consolidada S. A. debido a que es ilegal por cuanto establece que sobre la Cerveza de Tránsito por Bolívar, para que puedan cursar por el Departamento los cargamentos, ha de pagar impuestos de consumo, aunque posteriormente se devuelvan cuando el interesado retorne la guía cumplida del departamento de destino de la cerveza. Como usted sabe, sobre la Cerveza de Tránsito por cualquier departamento no se puede establecer traba alguna so pretexto de la vigilancia fiscal, fuera de la guía que señala su curso, título este sujeto a control por los departamentos desde su origen hasta su retorno al lugar de procedencia.

"El artículo 8º transcrito fue suspendido, y posteriormente declarado ilegal, por sentencia del Contencioso Adminstrativo de Cartagena según consta de copias anexas que me permito acompañar a la presente, tanto de la demanda como del fallo del Contencioso Administrativo de 12 de septiembre de 1940.

"Con motivo a la suspensión e ilegalidad del artículo dicho, el Secretario de Hacienda de ese entonces estimó que posiblemente la ilegalidad de él estribaba en que disponía la consignación o depósito de una suma POR EL DOBLE DEL IMPUESTO SOBRE LAS GUIAS DE TRANSITO, y se aventuró a dictar otro decrto distinguido con el número 296 de 31 de octubre de 1940 en que por su artículo 3º reducía la consignación o depósito sobre las Guías de Tránsito **'por el valor igual a los derechos de consumo'**, sin percatarse de que la ilegalidad de esta medida no estriba en la cuantía de la consignación o depósito que se exija sobre las Guías de Tránsito, sino en que por las disposiciones de la Ley 91 de 1931 que prohiben todo gravamen o medida administrativa o fiscal que estorbe, dificulte o embarace el libre intercambio comercial dentro del territorio del país de los productos de industrias nacionales, no se puede establecer ninguna medida tributaria, así sea transitoria, sobre Cerveza de Tránsito.

"Esa disposición del segundo Decreto mencionado 296 de 31 de octubre de 1940, que trató de enmendar la ilegalidad del primero mencionado antes, es decir, del artículo 8º del Decreto 210 de agosto de 1940, fue también suspendida por fallo del Contencioso Administrativo de fecha 13 de diciembre de 1940.

"Los proveídos del Contencioso Administrativo de Cartagena fueron confirmados por sentencia del Consejo de Estado de 28 de mayo de 1941 que suscriben los doctores Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía, Carlos Rivadeneira, Antonio Escobar Camargo, Guillermo Peñaranda Arenas y otros más, cuya copia enviamos a usted anexa para su conocimiento.

"Posteriormente una Asamblea Departamental expidió la Ordenanza número 47 de 1942, cuyo artículo 18 a la letra dice:

" Ninguna cantidad de cervezas podrán movilizarse dentro del Departamento, si no han pagado los impuestos en el lugar de introducción. Si la cerveza fuere proveniente de los departamentos del Atlántico y Magdalena, los impuestos deberán pagarse en la Inspección de Cervezas de Bolívar, situada en Barranquilla, sin que este empleado pueda expedir guía de ninguna clase, si tales impuestos no se han cubierto, por las cantidades de cerveza que han de introducirse. Igual disposición seguirá para los licores extranjeros. El Auditor Fiscal de la Contraloría Departamental en la Inspección de Cervezas, cuidará del cumplimiento de esta disposición'.

"Esta inconsulta e ilegal disposición fue también demandada por Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A. ante el Contencioso Administrativo de Cartagena en libelo de 24 de agosto de 1942, Tribunal que decretó la suspensión provisional y la nulidad de dicha disposición.

"El Consejo de Estado en sentencia de 17 de diciembre de 1943 confirmó la ilegalidad de ella, fallo del Consejo que contiene la siguiente diáfana doctrina:

" 'El solo hecho de exigir la consignación de una cantidad de dinero en calidad de depósito para garantizar la efectividad del impuesto de consumo en el caso de que la cerveza se diera al consumo en el Departamento, cuando el interesado manifieste que no se trata de introducción al Departamento para su consumo en él, sino de conducirla a otra sección del país, o de exportación al exterior; y el hecho de exigir la conducción del artículo a un determinado lugar, aun fuera del Departamento, como es la ciudad de Barranquilla con respecto al Departamento de Bolívar, constituyen **medidas que estorban, dificultan o embarazan el libre intercambio comercial del artículo en el país,** y están absolutamente prohibidas por el artículo 1º de la Ley 91 de 1931. De consiguiente el artículo 18 de la Ordenanza 47 de 1942, de la Asamblea de Bolívar, es nulo en cuanto se refiere a la cerveza de producción nacional procedente de otras secciones del país que se transporte por el Departamento de Bolívar con destino a otras secciones o al exterior'.

"Nos permitimos también enviar a usted copia de la sentencia de 17 de diciembre de 1943 del Consejo de Estado.

'Con motivo a los fallos del Tribunal Contencioso Administrativo de Cartagena como del H. Consejo de Estado en cuya virtud fueron declaradas ilegales las disposiciones relativas al movimiento de Cerveza de Tránsito por Bolívar, el Gobierno departamental se allanó a dictar las disposiciones reglamentarias ajustándose al criterio de la ley y, en consecuencia dictó el Decreto número 20-bis de 1941...".

"Posterior al referido Decreto número 20-bis de 1941, el Gobierno departamental de Bolívar, y en cumplimiento de los fallos del H. Consejo de Estado, dictó el importante Decreto número 693 de 3 de agosto de 1944 que interpreta diáfanamente el criterio legal sobre la materia, cuya lectura esclarece a más no poder el debatido punto.

"Los referidos Decretos tienen su fundamento no solo en la experien-

cia y conveniencia justa, las cuales consultan no solo la posición geográfica y comercial de Bolívar, sino también los imperativos legales de la materia debatidos en varios fallos del Contencioso Administrativo de Cartagena y del Consejo de Estado, como hemos visto.

"En desarrollo de la reglamentación ésta sí legal, de dichos dos Decretos, el Gobierno departamental celebró contrato con Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. para garantizar EL MOVIMIENTO DE TRANSITO DE CERVEZA POR SU TERRITORIO y mantener expedita la expedición de Guías de Tránsito por Bolívar y su devolución. El contrato en referencia lo enviamos a usted adjunto en copia. La cuantía de la caución primitiva fue aumentada con el curso de los años hasta elevarla actualmente a CINCUENTA MIL PESOS ($ 50.000.00).

"Señor Presidente, las disposiciones que venimos comentando, declaradas ilegales por sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo como por el Honorable Consejo de Estado, y superadas esas reglamentaciones ilegales por medio de las disposiciones que contienen los Decretos números 20-bis de 1941 y 693 de 1944 de la Gobernación de Bolívar, con más de quince años de aplicación regular hasta marzo de este año, han venido a ser reproducidas indebida e ilegalmente por el Decreto número 113 de 4 de marzo de este año de la Gobernación del Departamento que pasamos a transcribir a efecto de que se digne leer la identidad esencial de él con las disposiciones declaradas nulas por las sentencias rememoradas:

" 'Artículo Primero.—Las Guías de Tránsito de Cervezas de que trata el artículo 9º del Decreto número 20-bis de 1941, se expedirán únicamente cuando se indique específicamente, las cantidades, destinatario y lugar fuera del Departamento de Bolívar a donde se envíen y en ningún caso para municipios del mismo Departamento, para los cuales solo se expedirán las de Consumo y Transportes, simultáneamente'.

"Esta disposición es acertada si la Guía es expedida por una oficina de Hacienda dentro del Departamento de Bolívar con destino a un lugar dentro de la jurisdicción de Bolívar, pero es ilegal cuando se niega desde Barranquilla en donde opera la Agencia Fiscal de Bolívar, una Guía de Tránsito para Bolívar, con escala en Cartagena, para seguir a otro Departamento distinto a Bolívar.

"El artículo 2º del Decreto 113 de 4 de marzo de este año, que transcribimos a continuación, es idéntico en sus objetivos esenciales a los artículos de los decretos y ordenanzas declarados nulos. Dice el artículo segundo:

" 'Las empresas distribuidoras de cervezas establecidas o que se establezcan en el Departamento, quedan facultadas para reexpedir a otros departamentos, haciéndose inscribir con esa denominación, cervezas sobre las cuales hayan cubierto los impuestos de Consumo mediante petición escrita, observando lo ordenado en el artículo anterior, en cuyo caso, una vez devuelta la Guía de Internación con la constancia al respaldo de que la cerveza llegó a su destino y pagaron los impuestos firmada por el empleado de Hacienda correspondiente y autenticada ficha firma por el Alcalde o quien represente la primera autoridad política del lugar, les

será reintegrado el impuesto de consumo que hubiere pagado ya sobre la cerveza reexpedida'.

"Este artículo establece que las cervezas que vayan de Tránsito para fuera de Bolívar debe provenir de la cerveza de CONSUMO que ya satisfizo impuesto, es decir la grava, aunque transitoriamente, puesto que es el único medio de que Cerveza de Tránsito con escala en Cartagena pueda seguir a destino distinto del de Bolívar.

"Es manifiesta la ilegalidad porque ninguna cerveza de Tránsito, así haga escala en Bolívar, no puede ser gravada, ni transitoriamente, como se desprende del artículo 1º de la Ley 91 de 1931 que reproducimos:

" 'Desde la sanción de la presente ley queda prohibido a los municipios gravar con impuesto alguno el simple tránsito por su territorio de los semovientes y demás productos de industrias nacionales y establecer medidas que estorben, dificulten o embaracen el libre intercambio comercial de estos en el territorio del país.

" 'Parágrafo.—Las prohibiciones establecidas en este artículo para los municipios se extiende igualmente a los departamentos'.

"La ilegalidad de las disposiciones del Decreto 113 de 4 de marzo de este año de la Gobernación de Bolívar es tan manifiesta, que crea uno de los mayores estorbos, dificultades y embarazos al libre intercambio comercial por su territorio que, para poder movilizar Cerveza de Tránsito en él, se obliga a las empresas cerveceras, a sufragar el impuesto de Consumo sobre dicha Cerveza de Tránsito, aunque para su posterior devolución, en altísimas cuantías, como pasamos a demostrarlo:

"TENEMOS UN PROMEDIO DE DESPACHOS DE CERVEZA DE TRANSITO PARA LOS DEPARTAMENTOS COSTANEROS DE CORDOBA, ANTIOQUIA, CHOCO E INTENDENCIA DE SAN ANDRES Y PROVIDENCIA QUE MONTA A TRES MIL CIENTO ONCE (3.111) BULTOS MENSUALES. Como para poder despachar esta cantidad de bultos de cerveza fuera de Bolívar, tiene que provenir de la Cerveza de Consumo que ya satisfizo impuesto, el cual es de cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 4.50) por cada bulto, el Departamento de Bolívar nos retendría CATORCE MIL PESOS ($ 14.000.00) mensuales, traba máxima de orden económico que subirá a una suma mayor de CUARENTA Y DOS MIL PESOS, puesto que el trámite de devolución de Guías de Tránsito de esos departamentos emplea frecuentemente dos y tres meses. Además de esta demora, conlleva la disposición ilegal del Decreto referido, toda la labor indispensable conducente a obtener el reintegro de los impuestos de Consumo ilegales sobre Guías de Tránsito, una vez devueltas las guías legalizadas, el conocido enojoso trámite de las secciones de ordenaciones del Departamento que tomaría dos o tres meses mínimos más.

"Es tan exacto lo que afirmamos, que estamos enviando a usted anexa a esta demanda un trámite de devolución de unos impuestos de Consumo por la Secretaría de Hacienda de Bolívar, que fueron solicitados el 31 de agosto de 1957 y no vinieron a ser devueltos sino el día cinco (5) de marzo de este año, es decir seis meses después de insistentes idas y venidas,

súplicas y reclamos. Este no es un caso único, sino que tenemos otros similares aunque de menor demora.

"Señor Magistrado, estamos absolutamente seguros que la ilegal disposición conduciría a acumular cuantiosísimas sumas que podrían montar a más de CINCUENTA MIL PESOS ($ 50.000.00) retenidas por el Departamento de Bolívar sobre Guías de Tránsito, lo cual no solo constituye una flagrante violación de las disposiciones legales, sino un inicuo y monstruoso proceder".

La demanda fue admitida y consiguientemente notificada su admisión al señor Gobernador de Bolívar quien, para oponerse y defender los intereses del Departamento confirió poder al abogado Efraín Aldana M.

El Tribunal Administrativo de Bolívar por auto de 19 de junio de 1958 suspendió provisionalmente el Decreto demandado. Interpuesto por el apoderado del Departamento recurso de reposición le fue negado por providencia de 2 de julio de 1958, pero concedida subsidiariamente la apelación que también se había solicitado, vinieron los autos al Consejo de Estado.

Aquí, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en proveído de 5 de septiembre de 1958 reformó el auto de suspensión provisoria, limitándola a lo referente al artículo primero del Decreto acusado en cuanto disponía que los interesados en la introducción de cervezas del Departamento del Atlántico y parte norte del Magdalena, debían proveerse de la correspondiente guía de tránsito únicamente en la "Inspección General de Cervezas de Bolívar" que funciona en Barranquilla.

Pero tal providencia fue recurrida en reposición tanto por la parte actora, en esta oportunidad representada por el abogado Juan Cañizares, como por el Departamento de Bolívar cuya personería se le otorgó ante el Consejo al señor doctor Ildefonso Méndez quien, merced al magnífico alegato presentado, logró no solo por auto de 25 de noviembre de 1958 la revocatoria total de la suspensión provisoria dispuesta por el Tribunal Administrativo de Cartagena, sino que, orientó el curso de la acción en forma tal que acogida en principio por la Sala del Consejo, fue luego decisiva para la sentencia de primer grado, en la que el Tribunal **a-quo** con fecha 10 de febrero de 1959, resolvió declarar "probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda".

Apelada dicha providencia por el señor doctor García, volvieron los autos al Consejo de Estado donde se le ha dado a esta segunda instancia el trámite dispuesto por la ley, sin que por tanto se observe causal alguna de nulidad procedimental. Es pues oportuno dictar la sentencia que la finalice, a lo cual se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El Tribunal Administrativo de Bolívar luego de transcribir varias jurisprudencias del Consejo de Estado, y parte de la "Exposición de Motivos sobre lo que fue el proyecto de la actual ley 167 de 1941 o Código de lo Contencioso Administrativo, referentes a las diferencias que existen entre las acciones sobre el contencioso de simple anulación y el denomi-

nado de plena jurisdicción, así como la obligante necesidad de ocurrir a la jurisdicción de este tipo por la vía apropiada, sin que sea posible ejercitarlas a voluntad del demandante, razonó en la mencionada sentencia así:

"Ahora, en la demanda que ha presentado el doctor Oscar H. García a nombre del señor José Domingo Pumarejo, como representante éste de la Distribuidora Aguila S. A., se pide lo siguiente: La nulidad del Decreto número 113 de marzo de 1958 de la Gobernación de Bolívar; la suspensión provisional del Decreto expresado porque según afirma el actor, causa perjuicios civiles y comerciales graves a la entidad que representa y que se condene al Departamento de Bolívar al pago de los perjuicios que ha ocasionado y continúa ocasionando la vigencia y aplicación del Decreto antes citado (folios 4 v. y 5 del cuaderno principal). Puede observarse, claramente entonces, que a pesar de tener el acto demandado o acusado, el Decreto departamental número 113 de 4 de marzo de 1958, un carácter impersonal y abstracto, se hizo uso de la acción de plena jurisdicción o contencioso subjetivo con el fin de que el Tribunal condenara 'al Departamento de Bolívar al pago de los perjuicios que ha ocasionado y continúa ocasionando la vigencia y aplicación del Decreto número 113 de 4 de marzo de 1958...'. Ya se vio adelante (sic), que esta Corporación en el presente caso, solo puede anular o confirmar el precitado Decreto o parte de él, pero nunca reformarlo o sustituírlo para acomodarlo a las pretensiones del demandante por tratarse de una norma de carácter general, objetivo, impersonal y abstracto. Por lo tanto, la vía que se escogió para instaurar la demanda, la del contencioso de plena jurisdicción, no es la indicada, sino la del contencioso de anulación o de legalidad, tal como se ha expuesto en el cuerpo de este proveído".

Como antes se expuso, el Consejo de Estado en la providencia de 25 de noviembre de 1958 para revocar la suspensión provisional que se había ordenado en primera instancia, entre otros razonamientos dijo:

"b) Porque de mantener esta entidad su actual jurisprudencia —la de que los actos creadores de situaciones generales, como el Decreto impugnado, no pueden ser acusados sino con el empleo de la acción contenciosa de legalidad, consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo—, no resultaría viable la demanda del Decreto 113, comentado, y en estas condiciones no se justifica que una medida provisoria como la suspensión provisional decretada, pueda alcanzar anticipadamente lo que es incierto que pueda obtenerse en la decisión final debido al ejercicio de una acción cuya pertinencia es por lo menos dudosa. El apoderado del Departamento de Bolívar hace al respecto un estudio exhaustivo del caso, que la Sala acoge por coincidir con su jurisprudencia imperante".

La parte pertinente de ese estudio, reproducido después por el doctor Méndez para alegar de conclusión, está concebido en los siguientes términos:

"1.—El Decreto 113 es un ACTO DE CARACTER GENERAL —una ley en sentido material—, porque NO regula una situación individual concreta que incida exclusivamente en los intereses de la DISTRIBUIDORA AGUILA S. A., luego no puede ser demandado haciendo uso del conten-

cioso subjetivo o de PLENA JURISDICCION sino mediante el ejercicio del contencioso objetivo o de NULIDAD, que es el PODER correspondiente. Esto porque las acciones son las vías preestablecidas en la organización jurídica de un país para que por sus cauces se declaren o hagan cumplir los derechos de sus asociados.

"Al contemplar la Ley 167 de 1941 dos órdenes de acto susceptibles de ser acusados ante la justicia contencioso-administrativa —los generales y los individuales—, y al crear dos acciones paralelas —la de nulidad y la de plena jurisdicción—, deben ser ellas usadas discriminadamente y según corresponda.

"El expositor Eustorgio Sarria (Tratado de Derecho Administrativo) explica así el principio:

"Situación jurídica individual: elementos esenciales.

" 'Del carácter general, impersonal, objetivo, de la situación jurídica general, se desprenden los elementos esenciales de la misma, a saber:

" 'a) La situación jurídica general es idéntica para todos los individuos que se hallan en las mismas condiciones de hecho. El acto jurídico que la crea, la organiza y regula, es necesariamente una ley o un reglamento. Esta es la razón para denominar a la situación jurídica general, legal o reglamentaria.

" 'b) La situación jurídica general es permanente: el poder jurídico subsiste y se puede ejercer indefinidamente, sin que por ello fenezca.

" 'c) La situación jurídica general es esencialmente modificable por la ley o reglamento; el titular de un poder general no puede exigir que su situación jurídica general no sea modificada.

" '. . . . . '

"Situación jurídica individual: elementos esenciales.

"Del carácter particular subjetivo, de la situación jurídica individual se desprenden los elementos esenciales de la misma, a saber:

"a) La situación jurídica individual es particular: comprende solo a un individuo determinado. La ley o reglamento nunca pueden crearlo.

"b) La situación jurídica individual es temporal: después del ejercicio del poder o del cumplimiento del deber, el poder o deber jurídico desaparecen o caducan.

"c) La situación jurídica individual no es modificable: el título está amparado contra modificaciones que contemple la ley o el reglamento en cuanto ellas puedan alterar esencialmente su derecho. Con todo es necesario aclarar que ello es así pero sin perjuicio de la aplicación del principio hoy universalmente aceptado de la supremacía del interés público o social".

. . . . . .

"Diferentes clases de poderes.

"Los poderes de que se hallan investidos los individuos, son de dos clases: a) Generales o impersonales; b) Individuales.

"Los primeros son los que pertenecen a todos los individuos que se hallen en las mismas condiciones de hecho, según la Ley o reglamento.

"Los segundos, o sean los poderes individuales, son aquellos cuyo contenido aparece determinado de una manera particular a favor o en contra

de un individuo determinado; no siendo la ley o reglamento quien hace esta determinación... (La técnica jurídica)'.

"El Consejo de Estado, hasta ahora, ha considerado que es de riguroso cumplimiento la técnica procesal contencioso administrativa para la viabilidad de la demanda:

"Las acciones contencioso administrativas surgen de los distintos poderes de que se hayan investido los individuos. Es decir, según la nomenclatura de Jéze, de las distintas situaciones jurídicas. Más claro: las situaciones generales dan nacimiento a la acción de nulidad o de legalidad y las concretas a la de plena jurisdicción o de restablecimiento. La primera tiene por finalidad la conservación del orden jurídico general; la segunda la protección de un derecho civil o administrativo de orden objetivo, o sea la reparación de un perjuicio indemnizable. Desde luego toda violación de un derecho de esta clase entraña una trasgresión próxima o remota de una norma de la Constitución o de la ley, pero su amparo no es el objeto de la acción. Estos principios de derecho administrativo nunca han sido hasta ahora controvertidos por el Consejo:

"a) Los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivos deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, la que es pública, por presumirse que hay interés de la comunidad en la conservación del orden jurídico general.

"b) Contra los actos, hechos y operaciones administrativas que establecen situaciones individuales y concretas únicamente procede la vía de la plena jurisdicción, de que hablan los artículos 67 y 68, los cuales conceden a la persona perjudicada no solo el derecho abstracto de restablecer la legalidad sino la posibilidad de obtener de la Administración la reparación del daño concreto que ésta le infligió en su derecho subjetivo.

"c) También la acción de nulidad procede contra los actos condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder legal. Por ejemplo: un nombramiento en un individuo que no reúne los requisitos requeridos para desempeñar un cargo oficial; el otorgamiento de una licencia con el fin de ejercer una profesión u oficio en que el interés común está en juego. Mas no pueden acusarse por esta vía las providencias de esta naturaleza que descartan la idea de un interés próximo por la sola legalidad, como lo es la destitución de un cargo público, la que niega una licencia de la índole anteriormente referida en donde únicamente se lesiona a los titulares de esos intereses.

"d) Tratándose de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto —actos complejos—, debe acusarse al conjunto, con el fin de tener así esta jurisdicción competencia para revisar y resolver toda la operación jurídico-administrativa.

"Tal concepción jurisprudencial se aprecia en todo su valor si se razona por el absurdo, es decir, si se supone que la unidad integral de la operación pudiera ser desvertebrada permitiéndose la acusación de alguna o algunas de las providencias que la componen, pues en este caso se

llegaría al resultado de que anulados alguno o algunos de esos actos únicamente, el restante o restantes conservarían su vigencia, lo que jurídicamente impediría el cumplimiento del objeto de la acusación, esto es, el restablecimiento del derecho demandado. Desde luego hay que considerar que dentro de esta situación cinemática todo acto posterior —ya sea ocasionado por un recurso o por simple tutela de control jurisdiccional—, puede confirmar la resolución recurrida pura y simplemente, o anularla, o dictar nueva disposición sobre el fondo del asunto; de manera que habrá providencias que a virtud de este proceso dejen de existir, y que, por lo tanto no deben acusarse, y que también habrá otras que por no causar agravio no es del caso demandar.

"e) El restablecimiento de un derecho por la vía contencioso-administrativa solo puede obtenerse como consecuencia de una declaración de nulidad, excepto: cuando se trata de una lesión causada por actos ya derogados o por hecho u operaciones materiales de la Administración (artículos 67 y 68); por daños en propiedad inmueble efectuados por una obra pública (artículos 261 y siguientes); y en materia de impuestos, donde basta la revisión de la operación, tal como lo prevé el artículo 271.

"f) No puede aceptarse que habiendo un contencioso especial para reclamar por impuestos proceda también el contencioso general de plena jurisdicción con el mismo fin.

"La Exposición de Motivos del Código, que es su historia fidedigna, es clarísima al respecto:

" 'También en el contencioso de impuestos es singularmente deficiente la legislación en vigor. Las poquísimas reglas sobre esta importante rama de la administración fiscal del Estado, se limitan a otorgar al ciudadano la facultad de pedir la revisión de los actos por los cuales se les exige un tributo, por medio de recurso que se sujeta al mismo régimen del de anulación de las ordenanzas.

" 'El proyecto ordena el contencioso de impuestos sobre las siguientes bases esenciales:

" 'a) Fuera de la Ley, los actos creadores de un impuesto —Ordenanzas, y Acuerdos Municipales—, son susceptibles de los recursos comunes a los actos administrativos en general...

"Mas la operación administrativa en que se concreta la exigencia de un impuesto definitivamente liquidado por la Administración, solo es apto para que contra ella se proponga la revisión, con alguno de estos objetos: para que se declare que no hay obligación de cubrir el tributo; para que se haga una nueva liquidación, que sustituya la realizada por el funcionario o agente administrativo correspondiente, cuando sea errónea o indebida, o para que se reintegren o devuelvan las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente".

"g) No se puede ejercitar conjuntamente la acción de nulidad y la de plena jurisdicción. De manera que cuando un acto de carácter subjetivo se deriva de otro objetivo nulo, lo conducente es promover la última acción acusando la providencia concreta y pidiendo la inaplicabilidad, como excepción para el caso, de la de carácter general. Se explica: El Consejo, a partir de la fecha reciente, viene sosteniendo que es procedente en los

juicios contencioso-administrativos la acumulación de autos, que es una forma de acumulación de acciones, de manera que no hay razón jurídica para que no acepte tal acumulación desde la demanda, pues lo que es viable hacer de modo indirecto debe poderse hacer también directamente; naturalmente si se reúnen, tanto en un caso como en el otro, los requisitos del Código Judicial, con las limitaciones implícitas del artículo 283 de lo Contencioso-Administrativo, que disponen que las normas de aquel y de las leyes que lo adicionan y reforman, son aplicables a éste en los vacíos, pero siempre que tales ordenamientos sean compatibles con la naturaleza procesal específica de esta jurisdicción. Así, varias partes pueden en una misma demanda acusar; un acto regla, en simple nulidad; una o varias providencias —conexas por unidad de fin—, en contencioso de legalidad o de plena jurisdicción; una o varias operaciones de liquidación de impuestos, de igual conexidad, mediante el ejercicio de este contencioso especial; etc. Mas no le es permitido acumular una acción de nulidad a una de plena jurisdicción, una de esta clase o de simple nulidad a una de impuestos (esta última aunque es del mismo género, por ser de plena jurisdicción, no es de la misma especie), etc., ya que no se pueden sumar factores heterogéneos. Por esta razón el Consejo, desde antigua data, se ha negado a admitir la que fue llamada acción mixta, o sea la acumulación de dos acciones de distinta especie; sobre este preciso particular se expresa así la ya citada Exposición de Motivos de la Ley 167 de 1941:

" 'Las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son objeto de una revisión fundamental en el proyecto, en el cual se han tenido en cuenta los principios dominantes en la legislación de otros países y la experiencia administrativa del nuestro.

" 'Siguiendo los pasos de la doctrina francesa y hasta donde ello ha sido posible dentro de las peculiaridades de la organización política y administrativa de Colombia, se echan las bases legales que estructuran el contencioso de anulación y el contencioso de plena jurisdicción, criterio de contenido científico mucho más hondo que el que puso en vigencia la Ley 130 de 1913, al instituír las acciones denominadas pública y privada, que más tarde, bajo el impulso de una jurisprudencia de alcance científico muy discutible y discutido, debían dar nacimiento a una tercera acción con el nombre de mixta.

" 'Esta división tripartita de acciones ha sido motivo de permanentes críticas especialmente en lo que respecta a la privada y a la mixta. En lo que a esta última concierne, la misma jurisprudencia del Consejo en ningún punto como éste, ha sido tan variable e incongruente, no solo en cuanto al fundamento y alcance de la acción, sino en cuanto a su existencia misma, que unas veces se admite y afirma y otras se niega de modo rotundo y sistemático, creándose así un verdadero caos en materia de tanta entidad y trascendencia' ".

Por su parte el señor doctor José Elías del Hierro, Fiscal Primero del

Consejo de Estado, al calificar el mérito del expediente expresa en su concepto final de 16 de septiembre de 1959:

"La Fiscalía, para emitir su concepto de fondo, considera:

"El Tribunal de Cartagena manifiesta en la parte motiva de la sentencia, la improcedencia de la acción intentada por el demandante. Este, haciendo uso de la acción privada además de la nulidad del Decreto, pretende la indemnización de los perjuicios ocasionados a la Empresa que representa, siendo en realidad la llamada a prosperar, la acción de simple nulidad.

"Es bien conocida la jurisprudencia del Consejo de Estado sentada en varios fallos, sobre la diferencia que existe entre la acción contenciosa de anulación, y la acción de plena jurisdicción.

"**La acción pública de nulidad**, es de interés general para todos los asociados; tiende a mantener el imperio de la Ley en forma abstracta; procede contra los actos de la Administración de carácter general; puede ejercitarse por cualquier persona aunque no demuestre interés particular en el juicio; puede ser intentada en todo tiempo, es decir, no está sujeta al fenómeno de la prescripción. Con toda razón se ha llamado popular, ciudadana o pública.

"**La acción de plena jurisdicción**, está llamada a prosperar cuando se trata de un interés particular y concreto. En consecuencia no puede ser intentada sino por aquella persona directamente afectada por el acto acusado de ilegalidad; prescribe en un corto término de cuatro meses y transcurrido éste, el particular pierde el derecho de ejercitarla; busca sobre todo el restablecimiento del derecho violado por el acto o hecho de la Administración, en una palabra, persigue una indemnización.

"¿Cuándo, entonces, pueden intentarse estas dos acciones? Estas acciones se encuentran estructuradas sobre fundamentos diversos que hacen imposible el ejercicio de ellas a opción del demandante. Cada una procede contra un acto de la Administración, pero se intenta una u otra teniendo en cuenta dos elementos determinantes: la naturaleza del acto administrativo y el interés del demandante.

"Cuando la norma de la Administración ha creado una situación jurídica de carácter general, abstracto e impersonal, es decir, no vinculada a una persona determinada creándole una situación subjetiva, entonces es procedente la acción pública de simple nulidad porque se puede ejercer por cualquier persona en interés de la comunidad, protegiendo el orden jurídico.

"Explicando la naturaleza de las dos acciones, el doctor Tulio Enrique Tascón, en sus comentarios al C. C. A., transcribe la parte pertinente de la exposición de motivos:

" 'Pero para que esta acción popular, ciudadana o pública, pueda ejercitarse en la forma dicha es preciso considerar el aspecto objetivo del acto demandado. Si ese acto tiene un carácter impersonal, abstracto, o genera situaciones reglamentarias, actos condiciones que no dicen relación a persona o personas determinadas, aunque pueda existir un interés patrimonial indirecto, en virtud de la vigencia de la norma, la acción popular, ciudadana o pública es procedente'.

"Diferente es el ejercicio de la acción privada. Teniendo en cuenta los dos elementos que hemos considerado —naturaleza del acto e interés del demandante—, ésta solo es procedente cuando el acto administrativo ha creado una situación jurídica subjetiva, particular, concreta y el interés del juicio recae sobre persona determinada, la cual se considera directamente vulnerada por el acto de la Administración y en consecuencia es ella, única y exclusivamente, la llamada a pedir la indemnización a que haya lugar, es decir, el restablecimiento del derecho.

"Ahora bien, aplicando estos conceptos al caso subjudice nos parece acertado el fallo del Tribunal de primera instancia, toda vez que el Decreto materia de este juicio, es una norma de carácter general, impersonal y de manera abstracta cobija a todos sus gobernados. Este Decreto no fue expedido en relación con persona determinada, mucho menos, refiriéndose a 'Distribuidora Aguila S. A.', sino para todas aquellas personas, naturales o jurídicas, que se situaran en las condiciones establecidas en la norma, vale decir, para todos los que se dedicaran al transporte de cervezas por el Departamento de Bolívar.

"En términos muy exactos, dijo el Consejo de Estado en su exposición de motivos sobre el proyecto de Ley 167 de 1941, en la parte ya transcrita, que la acción pública de nulidad es pertinente, cuando no se refiere a persona determinada, **aunque pueda existir un interés patrimonial indirecto**, y es claro que en esta situación se encontraran muchas personas, máxime cuando se trata de normas de carácter fiscal, como en el presente caso, sin que a ninguna de ellas corresponda la indemnización, por tratarse de una norma de carácter general y objetivo.

"Por las razones expuestas, CONCEPTUO que debe confirmarse la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar".

La Sala al igual que el señor doctor Méndez y el señor Fiscal Primero del Consejo, considera que el acto administrativo contenido en el Decreto 113 de 4 de marzo de 1928 dictado por el Gobernador de Bolívar, es de carácter general, objetivo, impersonal y reglamentario de los requisitos que deben llenarse para la expedición de Guías de Tránsito para cargamentos de cervezas que provenientes de Departamentos distintos al de Bolívar deban pasar por su territorio y salir de él sin ser consumidos, así como también reglamentario de los trámites que deben cumplir las 'Empresas Distribuidoras de Cervezas establecidas o que se establezcan en el Departamento', para poder sacar de los límites departamentales hacia otros Departamentos, los cargamentos de cerveza que se hubieran introducido a Bolívar para **consumo interior** amparados por Guías de Consumo y por haber pagado los impuestos correspondientes, de manera tal que por su reexpedición, una vez comprobada, hacer la devolución de tales impuestos.

Fluye sin lugar a dudas de los términos en que está concebido que no crea, regula o determina una situación individual, concreta, subjetiva o particular, aunque, como es obvio, desde el punto de vista de sus efectos y resultados prácticos, no viene a incidir sino en las actividades mercantiles de empresas dedicadas a la distribución de cervezas dentro del Departamento de Bolívar o fuera de él pero que cruzan su territorio, pero

sin determinación específica para señalada compañía distribuidora o compañías distribuidoras de cervezas.

Es además de carácter permanente e idéntico para todas las empresas que tengan tal actividad, así como reformable o revocable por la Gobernación de Bolívar cuando lo estimare conveniente, elementos todos estos de la entraña de los actos administrativos generales y reglamentarios. Su objetividad depende así pues, tanto de la forma como está concebido como de su contenido intrínseco, e igualmente de sus finalidades que, no son otras que las de prevenir y cuidar las entradas fiscales para el Departamento en el ramo de los impuestos sobre las cervezas, por lo que, puede decirse, en su buen cumplimiento está comprometido una parte del orden fiscal general de esa entidad de derecho público.

Por consiguiente, la acción contencioso - administrativa con que de acuerdo con nuestra legislación específica debe y puede atacarse, no es sino aquella que tiene por objetivo la conservación del orden jurídico general, el mantenimiento de la legalidad y el bienestar común, o sea la del contencioso de anulación que consagra el artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

Su posibilidad de ejercicio corresponde a cualquier ciudadano o persona jurídica sin necesidad de demostrar previa o coetáneamente un título, y en todo tiempo, es decir, sin sometimiento a regla de prescripción alguna, puesto que solo se persigue, si tal Decreto contuviera la trasgresión de normas positivas superiores de derecho, el evitar que se continúe la violación del orden jurídico quebrantado.

Solo de manera excepcional podría caber en contra del Decreto impugnado una acción de plena jurisdicción o de contencioso-subjetivo que, más que la anulación de aquel buscara el restablecimiento de un derecho vulnerado, para lograr, como en el caso de autos, una presunta indemnización de perjuicios. Pero para que tal situación procesal sea factible, habría sido necesario que bajo la vigencia del Decreto 20-bis de 1941, se hubieran celebrado entre el Departamento de Bolívar y determinada o determinadas empresas productoras o distribuidoras de cervezas, contratos administrativos que únicamente hubieran tenido en cuenta los requisitos ordenados por dicho Decreto y por ende, formalizados solo en atención a ellos, puesto que en tal evento, si la nueva y adicional reglamentación contenida en el Decreto 113 de 1958 se les quisiera aplicar, entonces sí surgiría la lesión de derechos particulares o privados cuyo restablecimiento, previa anulación, podría demandarse por la vía señalada en el artículo 67 del Código de lo Contencioso Administrativo, que es la de plena jurisdicción.

Debe recordarse aquí, que en verdad, el señor doctor García en uno de los apartes de la demanda expresa:

"En desarrollo de la reglamentación —la proveniente de modo exclusivo del Decreto 20-bis de 1941, aclara la Sala—, ésta sí es legal, de dichos decretos, el Gobierno departamental celebró contrato con Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. para garantizar EL MOVIMIENTO DE TRANSITO DE CºRVEZA POR SU TERRITORIO y mantener expedita la expedición de Guías de Tránsito por Bolívar y su devolución. El contrato en referencia lo enviamos a usted. —El Magistrado del Tribunal

Unitario, entonces, agrega la Sala— adjunto en copia".

Pero cabe anotar que, por una parte, no fue cierto que se allegara a los autos, con la demanda, el contrato en referencia, y por otra, que como está visto, el señor José Domingo Pumarejo no le confirió poder al señor doctor Oscar H. García para instaurar la acción en nombre y representación de "Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A.", sino de "Distribuidora Aguila S. A.", que conforme al extracto notarial acompañado, es una compañía diferente.

Aclarado lo anterior se hace conveniente transcribir el memorado artículo 67 de la Ley 167 de 1941. Dice:

"La persona que se crea lesionada en un **derecho suyo establecido o reconocido** por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en **su derecho.** La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho".

Y si por parte de "Distribuidora Aguila S. A." no se demostró la existencia de vínculo contractual alguno que tuviera por base la sola y exclusiva vigencia del Decreto 20-bis de 1941, ¿de dónde puede resultar para "Distribuidora Aguila S. A.", la violación de un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, de modo que con fundamento en el transcrito artículo 67 del Código Contencioso Administrativo pueda pedir su restablecimiento cifrado en este caso en una indemnización de perjuicios, tal como lo hizo?

Entonces debe aquí manifestarse algo que es muy cierto, pero contrario a la parte actora. Esta podía tener "intereses" vinculados al mantenimiento y vigencia única del Decreto 20-bis de 1941 para su negocio de distribución de cervezas en y fuera del Departamento de Bolívar, pero no "derecho", entendida la palabra tanto en su acepción general de uso común, como en la propia de uso jurídico o legal, ya que es bien sabido que entre los dos vocablos media considerable diferencia.

Por lo tanto, el Departamento de Bolívar por intermedio de su Gobernador, bien podía dictar medidas adicionales reglamentarias de las "guías de tránsito" para cervezas, y reglamentar lo referente a la disponibilidad de las cervezas para **consumo** en el sentido de que pudieran pasar a ser de **tránsito,** sin que al expresar lo anterior la Sala esté conceptuando sobre la legalidad misma del Decreto acusado, ya que esto sería materia del fondo de la acción y apenas se está tratando sobre la excepción perentoria de INEPTITUD SUSTANTIVA de la demanda declarada por el Tribunal **a quo**, y de la confirmación pedida por el señor Fiscal Primero del Consejo, a base de también declarar dicha excepción.

Varias son las sentencias dictadas por la actual Sala de lo Contencioso Administrativo en que sostienen los conceptos anteriores, pero solo se reproducen ahora los siguientes apartes de la que lleva fecha del 17 de septiembre de 1959, aprobada por unanimidad y de la que fue ponente quien a su vez redactó la ponencia de la presente.

Se dijo entonces:

"De acuerdo con normas legales positivas, con doctrinas contencioso administrativas, y con numerosa jurisprudencia del Consejo de Estado,

es sabido y aceptado que fuera de otras muchas características los ACTOS ADMINISTRATIVOS se dividen esencial y principalmente, en actos creadores de situaciones generales, objetivas y reglamentarias, y actos creadores de situaciones individuales, subjetivas, o personales, haciendo los primeros relación al orden jurídico legal general, y los segundos tan solo al campo de acción de derechos privados, aunque derivados de la Administración Pública.

"De acuerdo con tal división, la jurisdicción contenciosa administrativa tiene señaladas imperiosamente las vías por las cuales puede acusárseles para buscar su anulación, simplemente, o seguida de ciertos efectos consecuenciales.

"Muy fácil es en verdad darse cuenta de la naturaleza y características inherentes a un acto administrativo, en virtud de su forma, alcances u objetivos, y determinadas aquellas no pueden ser demandados indiferente o indistintamente, mucho más cuando el cumplimiento de las reglas de procedimiento es de orden público.

"Nuestra Ley 167 de 1941 o Código de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 66 consagró la acción de simple nulidad, antiguamente llamada acción pública, para en armonía con el inciso primero del artículo 83 ibidem, permitir en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita este requisito para entrar a regir, la demanda de los actos administrativos creadores de situaciones generales o reglamentarias, y en el artículo 67, la denominada acción de plena jurisdicción o de contencioso subjetivo para los actos administrativos originantes de situaciones individuales o particulares, ya que de ésta solo puede hacer uso 'la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo', y tiene por finalidad no solo la anulación del acto demandado sino el restablecimiento del derecho lesionado, pero no es posible ejercitarla, según lo determina el inciso tercero del mencionado artículo 83 sino dentro de '...cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción'.

"En consecuencia, así como la naturaleza y características de un acto administrativo, según la división general antes referida, se impone y define por sus atributos intrínsecos, lo mismo sucede con la vía jurisdiccional que competentemente ha de conocer de él, no estando ni lo uno ni lo otro al capricho o arbitrario del ciudadano o persona jurídica interesado.

"Al examinar los actos de la administración pública aquí demandados, surge inmediata y espontáneamente que ellos pertenecen a la clase de los generantes de situaciones subjetivas, individuales o personales, puesto que solo se refieren a la posición de cada uno de los integrantes de la parte actora frente a las autoridades del Municipio de Manizales que los había producido.

"Por tanto, el señor doctor Lotero Uribe obrando como apoderado de los señores Ramírez Calle, Amaya y Aristibázal, no podía, como lo primero, instaurar la acción ante el Tribunal Administrativo de Caldas en

cualquier tiempo, sino dentro de los cuatro meses que prescribe el inciso tercero del artículo 83, y por ende, fundar la acción debidamente".

Es por completo razonable que el legislador haya tenido en cuenta el criterio diferencial que individualiza, distingue y separa las dos acciones, no exigiendo para instaurar la referente a la simple anulación absolutamente ningún requisito en orden a la existencia previa o coetánea de la titularidad de un derecho por parte de quien lo vaya a hacer, como en otras legislaciones sí se requiere, y en cambio sí exige como presupuesto procesal indispensable para el planteamiento y prosperidad de la de plena jurisdicción por parte de quien se crea lesionado por un determinado acto administrativo, la preexistencia de **un derecho suyo establecido o reconocido por norma de carácter civil o administrativo.**

La razonabilidad de esa diferencia, como antes se vio, está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera solo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción contencios-administrativa la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruísta, lo que procura dentro del llamado por la ley "restablecimiento del derecho", no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial.

Por ello las dos acciones ni pueden confundirse en sí mismas, ni pueden confundirse sus posibilidades de ejercicio.

Como puede colegirse de lo hasta ahora expuesto, la Sala está de acuerdo con la declaratoria que se hizo de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por el Tribunal Adminstrativo de Bolívar, y por consiguiente, con la petición del señor Agente del Ministerio Público, y así, viéndose privada de entrar al fondo del asunto sub-lite, habrá de fallar a continuación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto fiscal, CONFIRMA la sentencia del 10 de febrero de 1959 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el presente negocio.

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

Andrés Augusto Fernández M. — Con salvanmento, **Carlos Gustavo Arrieta.** — Con salvamento de voto, **Alejandro Domínguez M. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Luis Fernando Sánchez,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS GUSTAVO ARRIETA

No obstante el repeto y acatamiento que me merecen las decisiones de la Sala, debo manifestar una vez más las razones que me han obligado a separarme de los conceptos emitidos en la parte motiva de la sentencia anterior. He considerado que la jurisprudencia constante del Consejo de Estado que en el fallo se acoge carece de apoyo en la ley, altera nuestras mejores tradiciones jurídicas, limita los poderes de la jurisdicción contencioso administrativa en forma peligrosa y no se ajusta exactamente a las ideas de la escuela positiva del derecho, cuyas doctrinas se pretende seguir.

La tesis central de la sentencia está apoyada en varias doctrinas tradicionales del Consejo de Estado, ratificadas constantemente en los últimos quince años. Esa permanente y copiosa jurisprudencia ha cobrado tal fuerza que hoy constituye base indiscutida del sistema contencioso administrativo colombiano y, hasta podría decirse, que parte integrante de nuestra dogmática jurídica. Las doctrinas pueden enunciarse así:

1ª—La acción de nulidad solo procede contra el acto creador de situaciones generales, impersonales, objetivas, y contra el acto-condición;

2ª—Cuando la decisión administrativa afecta a personas indeterminadas, pero determinables, tiene el carácter de acto individual y concreto, atacable solo por las vías del contencioso subjetivo y previa demostración de un interés legítimo;

3ª—La acción de plena jurisdicción solo procede contra los actos creadores de situaciones personales y concretas;

4ª—La acción de nulidad puede ejercitarse por cualquier persona y en todo tiempo; la de plena jurisdicción por quien alega tener interés legítimo y en el término de cuatro meses. El régimen de caducidad está condicionado también por la generalidad o individualidad del acto atacado.

Me aparto de estos conceptos por estimar que son inexactos los planteamientos parciales, la tesis general y las consecuencias jurídicas que tradicionalmente se han inferido en este complejo doctrinario. Las razones que tengo para no acoger esta constante jurisprudencia, las esbozaré a continuación:

CONSIDERACIONES PREVIAS

La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene su inspiración directa en las teorías de la escuela realista francesa que desecha la concepción puramente formal del acto jurídico para sustituírla por un criterio de distinción fundado en el contenido de la decisión. Es un sistema coherente y bien estructurado, cuyos fundamentos filosóficos y jurídicos han tenido general aceptación, pero que no se puede aceptar como orientación jurisprudencial de un régimen de derecho que, como el colombiano, acoge expresamente las ideas que el realismo jurídico repele.

La clasificación del acto jurídico formulada inicialmente por León Du-

guit y complementada por Gastón Jéze, está fundada en un criterio enteramente positivista. Para ellos y su escuela, la diferenciación se funda en el contenido y en los efectos jurídicos del acto. Se habla así de actos creadores de situaciones generales, impersonales, objetivas; de actos creadores de situaciones individuales, particulares y concretas, de acto-condición, y de actos jurisdiccionales. Esta clasificación es la resultante de todo un sistema filosófico y jurídico que no se puede incrustar parcialmente en un régimen legal estructurado sobre bases distintas, sin romper la unidad jurídica de éste. La legislación colombiana, lo mismo que el derecho positivo y la jurisprudencia francesas, se orientan por principios distintos e incompatibles con los preconizados por el realismo jurídico de Duguit.

Cabe observar que la clasificación anterior, tan cara a la jurisprudencia colombiana, se relaciona directamente con los distintos aspectos del acto jurídico, que no con las modalidades del acto administrativo propiamente dicho. Aquel es un concepto genérico, en tanto que éste es específico. Todo acto administrativo es un acto jurídico, pero a la inversa no ocurre lo mismo. Como las doctrinas comentadas se refieren estrictamente a la naturaleza de las decisiones de la administración en cuanto dan tránsito a los contenciosos de anulación y de plena jurisdicción, el estudio de la Sala no debe limitarse al análisis episódico y tangencial de la noción genérica, sino que debe adelantarse sobre la faz específica y concreta del tema cuestionado. Por otra parte, es aconsejable determinar lo que ha de entenderse por situaciones generales, impersonales y objetivas y por situaciones individuales, particulares y concretas, a fin de saber cuál es la incidencia que tales conceptos tienen en la esfera restringida del acto administrativo. Para ello, el criterio de orientación más acertado será el de los autores que forjaron o contribuyeron a perfeccionar la teoría.

Es bien sabido que Duguit, principal impulsor de esta tendencia científica, proclama la necesidad de sustituír el concepto de derecho subjetivo, tal como se venía entendiendo tradicionalmente por la escuela del iusnaturalismo, por el de situación jurídica subjetiva, noción que, de acuerdo con el pensamiento del profesor bordelés, tiene un sentido más práctico y realista, porque no se funda en meras especulaciones metafísicas, sino en algo más tangible y positivo como es la idea de la solidaridad social. El asevera que el hombre que vive en sociedad es sujeto activo de derechos, pero que no los posee a manera de privilegios o prerrogativas que provengan de su calidad de ser humano y que le pertenezcan a título de tal, sino que esas situaciones jurídicas son la resultante directa del derecho objetivo. Las situaciones jurídicas o el derecho subjetivo existen en cuanto tienen respaldo y apoyo en reglamentaciones legales.

Esa idea la lleva al campo del derecho administrativo, para formular la tesis general de que el Estado, para cumplir sus fines esenciales, dicta la norma abstracta e impersonal en cumplimiento de su función legislativa, y expide actos administrativos destinados a ejecutar las leyes y a

definir situaciones individuales y concretas. Sobre estos temas particulares se expresa así:

"Finalmente, siendo la ley una regla general aplicable a una serie indeterminada de casos, **debe pensarse que el acto administrativo es, por el contrario, un acto individual.** Por consiguiente, nuestro concepto de la función administrativa se resume así: es la función por la cual el Estado ejecuta actos jurídicos, expresa una voluntad a efecto de crear una situación de derecho subjetivo o de condicionar una situación de derecho objetivo. De esta suerte, **el acto administrativo es siempre individual y concreto,** en tanto que el acto legislativo es una disposición general y abstracta". (Manual de Derecho Constitucional, León Duguit, página 98).

Continúa analizando los conceptos de función y de acto administrativo, para llegar a la conclusión de que el único criterio a seguir para conocer su verdadera naturaleza jurídica no puede ser otro que el del contenido y que el de los efectos de la decisión. Todo pronunciamiento de tipo individual y concreto, así sea dictado por el parlamento o por el órgano jurisdiccional del poder público, es un típico acto administrativo, de idéntica manera que los ordenamientos generales e impersonales, cualquiera que sea el sujeto que los profiera, tendrán la calidad de actos legislativos. En este orden de ideas y refiriéndose a las distintas categorías de estatutos que dictan las autoridades francesas, sostiene que los decretos reglamentarios de las leyes, los mandamientos generales de los prefectos, alcaldes y concejos comunales, son actos legislativos. Rechaza completamente la concepción organicista de la función administrativa e insiste en la tesis de que el factor que determina la naturaleza jurídica del acto es el contenido y efectos de derecho que produce y no el sujeto que lo profiere. Agrega después:

"Pero al mismo tiempo, **los reglamentos formados por los organismos o por los agentes administrativos son, incontestablemente, actos administrativos desde un punto de vista formal, y todos los recursos administrativos, contenciosos o no que la legislación autoriza contra los actos individuales, propiamente administrativos, ejecutados por dichos organismos o agentes, son admisibles contra los actos reglamentarios".** (Ob. cit., pág. 105).

Así, pues, reconoce que sus planteamientos se desenvuelven dentro del campo estrictamente científico, pero que desde el punto de vista práctico, las leyes vigentes, la doctrina y de la jurisprudencia se han orientado por caminos diferentes a los que él señala, especialmente en todo lo relacionado con el acto administrativo en cuanto sirve de base para la utilización de los recursos contenciosos ante la jurisdicción especial. Para estos efectos, no hay otro punto de referencia distinto que el de la concepción formal u organicista de la función administrativa. Así lo reconoce expresamente el profesor Duguit, artífice de la tendencia diamentralmente opuesta. Jamás ha pretendido el positivismo francés, ni siquiera su más ilustre y decidido propulsor, que las teorías sobre la función y la naturaleza del acto administrativo tengan las repercusiones de orden práctico que les ha asignado la jurisprudencia colombiana. La decisión, sea de carácter general o individual, está sometida a idéntico régimen jurídico

para efectos de los recursos o acciones que contra ellas deban seguirse, ante la jurisdicción contenciosa. Sobre estos particulares, el profesor Duguit fue especialmente enfático, cuando expresa:

"Sin embargo, **conviene hacer observar que el punto de vista formal no carece de interés práctico. La cuestión, por ejemplo, de admisión de un recurso contra un acto, no puede, en general, ser resuelta sino atendiendo al carácter claramente determinado del órgano o del agente que lo ha realizado..... A la inversa, ciertos actos que no son intrínsecamente administrativos, según su naturaleza, son, sin embargo, susceptibles de recurso administrativo, por emanar de una autoridad administrativa. Pero estas cuestiones, de naturaleza procesal, no tienen relación ni concomitancia alguna con la teoría de las funciones públicas**". Subrayo. (Obra citada, pág. 98).

De las ideas estudiadas surgen estas conclusiones:

1ª—El acto-regla es una disposición de carácter general, estatutaria y abstracta;

2ª—El acto administrativo es siempre de carácter individual, particular y concreto; y,

3ª—Todas las acciones legales admisibles contra los actos individuales y concretos, lo son también contra los actos generales y reglamentarios.

Así, pues, ni el positivismo jurídico, ni la ley, ni el Consejo de Estado, ni la doctrina, ni la jurisprudencia francesas, han aceptado jamás el criterio diferencial de la clasificación comentada para efectos de determinar la procedencia de una u otra de las acciones contencioso administrativas. Duguit y todos sus seguidores han estado identificados en la apreciación de que sus teorías han permanecido hasta hoy en el campo de la abstracción científica sin entrar en la órbita de la consagración legal o jurisprudencial. Entre sus discípulos y seguidores actuales tampoco se ha expresado concepto alguno que discrepe en estos puntos de las apreciaciones del maestro Laubadére, entre ellos, ha sido especialmente enfático en la aseveración de que el recurso por exceso de poder es viable igualmente contra los actos generales, impersonales y objetivos que contra los mandamientos individuales, particulares y concretos.

El estatuto colombiano vigente acepta plenamente el criterio formal para la clasificación del acto administrativo, en cuanto sirva de apoyo a los contenciosos de anulación, y de plena jurisdicción. La naturaleza, contenido y efectos jurídicos del acto son elementos que carecen de incidencia alguna para la estructuración de las dos acciones, porque la ley nacional en este punto se orienta por la concepción organicista. Para constatarlo, basta leer los artículos 62 a 67 del Código Contencioso Administrativo, normas en las cuales se hace la enumeración de los actos acusables con criterio estrictamente formal. Para efectos de la acusación ante la jurisdicción especial, lo único que interesa es que la medida atacada emane de una autoridad administrativa, cualquiera que sea su contenido y con prescindencia de los efectos jurídicos generales o individuales que produzca. Idéntico fenómeno ocurre en Francia, en donde existe el artículo 32 de la ley de 31 de julio de 1945, norma que se estudiará posteriormente y que consagra el criterio formal del acto admi-

nistrativo, aceptado constantemente por el Consejo de Estado francés y por los tratadistas, inclusive por aquellos que han seguido las orientaciones de la escuela realista.

Si nuestro derecho positivo rechaza implícita y explícitamente el criterio de clasificación estudiado y su incidencia sobre los dos contenciosos, no se ve en qué pueda poyarse la doctrina del Consejo de Estado colombiano, a no ser que contra texto expreso de la ley se haya pretendido aclimatar en nuestro sistema teorías que ni siquiera en su país de origen han tenido las proyecciones que en el nuestro se les han querido dar. Esas tesis tienen extraordinario mérito científico y se han abierto camino en la doctrina universal, pero solo dentro de la órbita que a ellas corresponde y que le dieron sus autores, pero no en campos que están fuera de su alcance jurídico.

OBJETIVIDAD Y SUBJETIVIDAD

La jurisprudencia glosada tiene su apoyo en un error inicial de apreciación sobre las nociones de "objetividad" y "subjetividad", en cuanto ellas sirven para distinguir la naturaleza de los dos contenciosos. De acuerdo con las aseveraciones del Consejo de Estado, el elemento que imprime carácter objetivo o subjetivo a la acción, es la índole o contenido jurídico del acto acusado, y no la naturaleza del estatuto violado: si la decisión atacada es general e impersonal, habría contencioso objetivo; si es particular y concreta, habrá contencioso subjetivo. La posición resulta cómoda, pero no se ha explicado el fundamento jurídico que ella tenga, y consiguientemente, ha tenido un simple valor dogmático respaldado por la autoridad del Consejo de Estado.

La objetividad de la acción no se mide por la objetividad del acto acusado, sino por la objetividad de la disposición violada en relación con el sujeto activo de la acción y con los derechos que lo respaldan. El punto en referencia ha de ser necesariamente este último porque la esencia, las finalidades y la razón de ser del contencioso objetivo, son, precisamente, las de tutelar el orden jurídico general (derecho objetivo) contra cualquier acto que lo quebrante, y las del contencioso subjetivo son las de amparar el derecho particular. La decisión administrativa creadora de situaciones generales puede producir un doble fenómeno jurídico: la alteración de la legalidad abstractamente considerada, y la modificación de un derecho subjetivo. De idéntica manera ocurre en relación con las decisiones individuales y concretas; hieren simultáneamente el orden jurídico y vulneran una situación personal.

Sean generales o individuales, las situaciones jurídicas están vinculadas estrechamente al derecho positivo, de tal manera que no se pueden afectar sin infringir el estatuto que las sostiene y ampara. La violación de aquellas implica la infracción de éste. Para que exista una situación jurídica de cualquiera naturaleza ha de estar apoyada en una norma y ella respetable en cuanto la proteja la ley.

El derecho objetivo da la medida exacta de los derechos particulares

y subjetivos. Está integrado por normas jerarquizadas de coexistencia: Constitución, leyes, reglamentos, etc. Su objetividad y la del contencioso que lo protege debe apreciarse en función de su normatividad impersonal y abstracta. De ese orden jurídico general nace el derecho particular, condicionado en su origen y ejercicio a la tutela que la otorga la ley positiva. Los dos conceptos —derecho objetivo y derecho subjetivo— no deben apreciarse como realidades independientes, y como entes jurídicos absolutamente autónomos y con individualidad propia, sino como factores entrelazados y como manifestaciones distintas de un mismo fenómeno, cuyos elementos se integran y complementan recíprocamente. Como lo expresa Recasens Siches, el derecho subjetivo no es una realidad en sí mismo, sino que dimana de una regla. La transgresión de aquel, implica la infracción de éste.

La finalidad esencial del contencioso popular de anulación es la de mantener el imperio del derecho objetivo mediante el sometimiento de la administración pública a la legalidad. Pero ésta puede ser ofendida por un acto-regla, por un acto-condición o por una decisión de tipo individual. La acción de nulidad creada para amparar el estatuto jurídico general contra los mandamientos administrativos que lo infrinjan, ha de proceder igualmente contra los ordenamientos de índole personal o de naturaleza general. Una ordenanza departamental, un decreto reglamentario o un acuerdo municipal de carácter impersonal y contrarios a la Constitución o a las leyes, ofenden el derecho objetivo y pueden afectar el derecho subjetivo, dando paso a una u otra de las acciones. El decreto del gobierno que destituye al Procurador General de la Nación o al Contralor General de la República, viola simultáneamente el orden jurídico abstracto y la situación individual de las personas que ocupen esos cargos, porque se hirió el estatuto constitucional o legal de elección y remoción de tales funcionarios, y se afectó el derecho de los agentes destituídos.

¿Solo las normas generales e impersonales pueden atacar la normalidad legal? ¿Acaso el acto creador de situaciones particulares y concretas no puede infringir el sistema objetivo de derecho? Si al Presidente de la República o cualquiera otra autoridad administrativa dicta mandamiento de clausura de un periódico o de una empresa industrial, o si decreta en tiempo de paz la expropiación o en cualquier tiempo la confiscación de bienes, violando así principios fundamentales de la Constitución, ¿no está ofendiendo en su esencia misma el orden jurídico general y condiciones primordiales de existencia? Acaso tiene mayor importancia para el mantenimiento de la legalidad el daño patrimonial ocasionado a la empresa clausurada que la transgresión de normas constitucionales que son base de nuestro sistema democrático? En casos semejantes se atenta contra situaciones individuales y se causa un perjuicio concreto, pero el agravio personal, no obstante su importancia, pasa a un segundo plano ante la magnitud de la agresión realizada contra todo el sistema jurídico. El decreto del gobierno que ordena la remoción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, afecta menos el orden jurídico objetivo que el acuerdo de carácter general de un apartado municipio que viole una ordenanza departamental? Las doctrinas glosadas llevan necesaria-

mente a la inadecuada conclusión de que ese acuerdo municipal si hiere el orden jurídico y puede atacarse por las vías procesales del contencioso de anulación, en tanto que la destitución inconstitucional e ilegal de los magistrados de la Corte Suprema, acto que rompería las bases de nuestras instituciones democráticas, solo afectaría el derecho objetivo en forma mediata y no podría acusarse por medio de la acción de nulidad, porque el acto creó situaciones particulares para los ofendidos.

El error fundamental de la jurisprudencia criticada consiste en que desenvuelve la idea del contencioso objetivo a través de la objetividad del acto violador y no con relación a la objetividad del estatuto violado, olvidando el principio básico de que la finalidad de la acción de anulación es la de la defensa del orden jurídico abstracto contra cualquier actividad ilegal de la administración.

DETERMINABILIDAD DE LAS PERSONAS

Dice la jurisprudencia comentada que el acto que afecta a personas indeterminadas, pero determinables, crea situaciones individuales y concretas y que, consiguientemente, debe ser atacado por las vías del contencioso de plena jurisdicción y previa demostración del interés legítimo. Esta tesis es notoriamente errónea, porque condiciona la generalidad e impersonalidad del acto a simples factores cuantitativos que carecen de trascendencia jurídica alguna.

La ley, en sentido material (reglamento, ordenanza, acuerdo, etc.) es un mandamiento de carácter general, impersonal, objetivo y permanente, Sus características no dependen de factores simplemente cuantitativos, Se expide sin consideración a determinados sujetos o a cierto número de personas, sino con una finalidad política, fiscal, económica, social, etc. Dentro de la esfera de sus ordenamientos y sometidos a su imperio, pueden quedar todos los nacionales y extranjeros, un gran sector de la población o una mínima parte de ella. La generalidad de la ley no se aprecia a través del número de sujetos sometidos a sus disposiciones, ni por la determinabilidad de estos. Como lo anota Georgio del Vecchio, la ley material se dicta teniendo en cuenta "los caracteres uniformes y prescindiendo de las singularidades específicas y procede por abstracción, por fijación de tipos". Un reglamento ejecutivo relacionado con el impuesto sobre la renta, solo afecta a las personas que paguen ese tributo; el que regula gravámenes sobre exceso de utilidades, opera sobre una órbita más cerrada; y el que estatuya impuestos para la industria y petróleo, por ejemplo, solo incide sobre cinco o seis compañías conocidas por todos los colombianos y fácilmente determinables. Pero esta circunstancia especial no elimina el carácter de generalidad e impersonalidad del reglamento, porque éste es idéntico para todos —pocos o muchos—, que estén colocados en las mismas condiciones.

A la vez que general e impersonal, las leyes, por su naturaleza permanente. Se estructura en consideración al presente y al porvenir. El estatuto es constante y si hoy interesa a un sector cuantitativamente limitado y fácilmente determinable, mañana puede abarcar a muchas otras

personas que, por el momento, no están sometidas a su imperio. Como el Estado se interesa en el desarrollo de toda actividad lícita, debe legislar en el sentido de no entorpecer el futuro desenvolvimiento nacional. Un reglamento tributario incide de inmediato y directamente sobre los grupos sociales que en el momento van a sufrir el gravamen, pero indirectamente puede afectar la generalidad de los ciudadanos por razón de las repercusiones económicas del impuesto. El concepto de generalidad e impersonalidad de la ley está necesariamente vinculado a las otras características que ella tiene, y no se mide por el número de personas que aparentemente y a primera vista quedan afectadas por ella. Pueden ser determinables los sujetos cobijados por sus regulaciones, sin que la ley pierda su impersonalidad. La decisión administrativa abstracta no reglamenta en estos casos situaciones particulares y concretas.

EL CONTENCIOSO DE ANULACION

Antecedentes doctrinarios y legales

Se dijo en la exposición de motivos del proyecto que después fue la Ley 167 de 1941 que la estructuración de los contenciosos de anulación y de plena jurisdicción se había fundado en la doctrina francesa y en la experiencia colombiana. Ambos elementos se fusionaron mediante la adopción de ciertas ideas foráneas compatibles con el sistema constitucional y con la tradición jurídica nacional, y de esos factores coaligados surgió la organización actual de los contenciosos. De allí que para llegar a exacta comprensión del régimen vigente y para saber hasta qué punto es infundada la doctrina del Consejo de Estado que se ha venido comentando, sea preciso, rastrear las fuentes de nuestro derecho positivo.

LA DOCTRINA FRANCESA

No ha existido en Francia la tutela jurisdiccional de la Constitución. Se parte allí del principio dogmático de la soberanía incontrastable del parlamento, incompatible con la fiscalización y control de sus actos por el órgano jurisdiccional y no hay organización jurídica competente para anular las leyes ordinarias que desborden los límties de la constitucionalidad. Tan acentuada ha sido esa tendencia, que por mucho tiempo estuvieron excluídos de la revisión del Consejo de Estado los decretos reglamentarios, no obstante su origen administrativo, porque se estimaba que por participar de la naturaleza de las leyes y ser una ampliación de éstas, estaban sometidos al idéntico régimen de derecho.

Pero estos principios no se desarrollaron en el campo del derecho administrativo. Por el contrario, se organizó el recurso por exceso de poder, equivalente a grandes rasgos al contencioso de anulación colombiano, con el objeto de someter los actos del órgano ejecutivo a la legalidad objetivo.

Expone André de Laubadére en su Traité de Droit Administraf que la finalidad esencial del recurso por exceso de poder es la de "hacer anular

por el juez competente las decisiones ilegales **de las autoridades administrativas**". El eminente profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, a pesar de pertenecer a la escuela realista, de seguir las inspiraciones de León Duguit y de aceptar las teorías de éste sobre **el acto jurídico**, desenvuelve las ideas básicas sobre el recurso por exceso de poder a través de los siguientes criterios: a) El factor dominante para la admisibilidad del recurso es el de que la decisión acusada haya sido proferida por la administración; b) Que viole el derecho objetivo. Acatando la constante jurisprudencia del Consejo de Estado francés y la legislación positiva, Laubadére constata que el sistema francés se orienta por un criterio enteramente formal. El recurso procede contra los actos de carácter general, impersonal y objetivo y contra las decisiones de tipo individual y concreto, cuando hayan sido proferidas por una autoridad administrativa. Para estos efectos, el contenido y la naturaleza jurídica del acto carece de importancia. Apreciaciones similares hace Waline en su obra "Droit Administratif" cuando expresa que los actos administrativos se caracterizan por estas modalidades: Son actos jurídicos, emanados de una autoridad administrativa y cuyo objeto es administrativo. Estos principios no son de creación jurisprudencial como la mayor parte de los que forman la doctrina francesa, sino que están apoyados en la ley positiva. El artículo 32 de la ley de 31 de julio de 1945, trasunto fiel de las disposiciones anteriores sobre la materia, dice:

"El Consejo de Estado conoce de las demandas de **anulación por exceso de poder formuladas contra los actos de las diversas autoridades administrativas**".

Del texto transcrito de la ley francesa se desprende nítidamente la idea de que el aspecto esencial para la viabilidad del recurso por exceso de poder es el de que la decisión emane de una autoridad administrativa, bien se trate de un acto de carácter general, impersonal y objetivo o de un mandamiento creador de situaciones individuales y concretas. Este último aspecto resulta inocuo e inoperante para la admisibilidad del recurso, de acuerdo con el principio legal y con la interpretación que le han dado la doctrina y la jurisprudencia. La objetividad del contencioso se aprecia a través de la objetividad de la norma violada, y no de la objetividad del acto violador.

Estas ideas generales están adicionadas y complementadas con la noción jurídica de "interés particular lesionado" como factor determinante de la acción y como elemento necesario para la viabilidad del recurso. La medida de los recursos por exceso de poder y de plena jurisdicción la dá el interés del sujeto activo de la acción con relación al acto administrativo atacado: si éste ofende un simple interés, aunque sea acto-regla o acto individual, es admisible el recurso por exceso de poder; si la decisión vulnera un derecho subjetivo, debe ejercitarse el de plena jurisdicción. Pero el interés que da paso a la acción por exceso de poder debe ser directo, inmediato y material, aunque en ciertos casos y en determinadas circunstancias se admita el concepto de interés moral, o el de interés colectivo vinculado especialmente a las agremiaciones sindicales.

Así, pues, en Francia no opera el recurso por exceso de poder cuando se

ejercita con fundamento en un derecho subjetivo quebrantado por el acto ilegal, ni tampoco con base en la defensa altruísta de la legalidad. Para el primer caso se ha establecido la acción de plena jurisdicción, en tanto que para el segundo, no obstante los extraordniarios avances de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no existe sistema alguno de tutela directa. Siempre será preciso alegar y acreditar interés en la acción para que el contencioso por exceso de poder sea admisible. La doctrina ha rechazado constantemente la idea romana de la "actio popularis". La teoría del interés ofendido tiene plena aplicación con el contencioso objetivo, y ella excluye, de una parte, la noción de derecho subjetivo quebrantado y, de la otra, repele el criterio de tutela altruísta de la legalidad. Esta modalidad del derecho francés fue ostensiblemente rechazada por los gestores de nuestro estatuto legal. Ellos buscaron inspiración directa e inmediata en nuestra Carta política y en las tradiciones jurídicas colombianas. En cambio sí aceptaron plenamente la idea francesa de que el contencioso de anulación procede contra todos los actos administrativos, sin atender a su naturaleza, contenido y efectos, ya se trate de actos creadores de situaciones generales y abstractas, o de decisiones individuales y concretas.

El recurso francés por exceso de poder o de jurisdicción restringida, como también se le ha llamado, participa de la naturaleza del contencioso objetivo y se desenvuelve dentro del criterio de la legalidad. Su procedencia está determinada por la necesidad de ajustar las actuaciones de la administración pública al imperio de la ley. Esta idea general se desarrolla a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "los casos abiertos" al recurso, que en etapas históricas diferentes han sido admitidos. Ellos pueden clasificarse así: a) Incompetencia del funcionario. Fue esta la modalidad original y por esa razón inicialmente se conoció el recurso con el nombre de "reclamación de incompetencia", como lo anota Mayer; b) Vicios formales o irregularidades en el proceso de elaboración del acto; c) Desviación de poder o alteración de los fines; d) Mutación de los motivos determinantes; e) Violación de la ley. Como se ha anotado, esta clasificación no tiene en realidad más trascendencia que la de señalar los distintos aspectos de un mismo fenómeno jurídico, cual es el de la violación del derecho objetivo. Los casos abiertos son, en definitiva, modalidades del concepto general que los comprende a todos: la infracción de la ley. Pero sí tienen especial interés para efectos del estudio que se adelanta, porque ellos han sido incorporados a la legislación colombiana y porque descartan las tesis que se glosan en este estudio. En efecto, la incompetencia, los vicios formales, la desviación de fines, los motivos determinantes y la ilegalidad no son tachas que puedan formularse solamente a los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas, sino que inciden sobre las decisiones de tipo individual y concreto. El vicio de incompetencia, en cuanto conlleva la nulidad, puede afectar igualmente a un acuerdo municipal reglamentario del impuesto sobre la renta y complementarios, como al decreto de un gobernador por

medio del cual se designe, por ejemplo, un administrador de hacienda nacional. En ambos eventos hay notoria incompetencia y base para el recurso objetivo. Así, pues, los casos abiertos al recurso por exceso de poder no permiten hacer distinciones sobre la naturaleza y contenido de los actos administrativos atacables por las vías del contencioso francés de anulación.

Por otra parte, hasta la vigencia de la ley de 13 de abril de 1900, el recurso francés por exceso de poder debía intentarse dentro de los tres meses siguientes a la notificación o publicación del acto administrativo, término de caducidad que se redujo a dos meses por el ordenamiento legal en cita.

LA ANTIGUA LEGISLACION COLOMBIANA

Las características de la acción de inexequibilidad establecida por la enmienda constitucional de 1910 influyó en nuestro sistema legal contencioso administrativo. Las modalidades singulares de aquella imprimieron perfiles jurídicos a la acción pública de anulación dirigida contra los actos de la administración. En virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 41 del acto legislativo número 3 de ese año, se operó una transformación radical en nuestras instituciones de derecho público que desplazó las bases tradicionales de la organización jurídica y que incidió seguidamente sobre la estructuración legal de los contenciosos.

En ese ordenamiento de la Carta se otorgó a la Corte Suprema de Justicia el control jurisdiccional de las leyes, función que se ejercitaba y ejercita a solicitud de cualquier ciudadano y sin más consideración que la del interés público en conservar el imperio de las normas fundamentales. Esa acción popular era y es procedente contra las leyes y decretos extraordinarios creadores de situaciones generales y objetivas, lo mismo que contra los ordenamientos que originaban situaciones individuales y concretas. No se establecía, ni se establece, distinción alguna. Es evidente que una de las características de la ley es la de su generalidad, pero no lo es menos que hay leyes formales que originan situaciones jurídicas personales, como las que deciden sobre la aprobación de los contratos, cuando este requisito era necesario o las que ordenan una pensión para determinado sujeto. En estos, como en otros casos similares, se crea, en virtud del mandamiento legal, una situación particular y concreta que se podía y se puede atacar por medio de la acción de inexequibilidad ante la Corte Suprema de Justicia en el evento de que desborde los límites constitucionales. Aunque excepcionalmente también, los decretos extraordinarios pueden crear situaciones jurídicas individuales que, en los mismos casos, son atacables con idéntico recurso.

Desde sus orígenes, la defensa de la Constitución y la procedencia de la acción de inexequibilidad no ha estado condicionada por el contenido de la ley acusada. Ella es viable contra cualquier estatuto legal o contra cualquier decreto extraordinario que atente contra la Carta, sin atender a su naturaleza y alcance. En desarrollo de estos principios y con idénti-

cas modalidades y fines, la enmienda constitucional de 1945 atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento de las acusaciones contra los decretos ordinarios dictados por el gobierno. Estos pueden tener carácter particular, si la ley es de esa misma naturaleza. Esa transformación de nuestras instituciones básicas tuvo inferencia inmediata en todo el sistema jurídico, y la acción pública para defensa de la Constitución se desarrolló en la forma de un recurso de idéntica naturaleza destinado a tutelar la legalidad objetiva contra los actos de la administración. Si todo ciudadano tenía la potestad de insurgir contra los mandatos del Congreso mediante el ejercicio de la acción popular de inexequibilidad, de la misma manera se le confirió la facultad de acusar ante la jurisdicción especial los actos de la administración contrarios al orden jurídico general.

La Ley 130 de 1913 no hizo otra cosa que aplicar al campo puramente administrativo el principio constitucional. Extendió a los tribunales administrativos el control de la legalidad objetiva, mediante la creación de una típica acción popular que solo difería de la otra en cuanto a la esfera de acción y en cuanto al régimen de prescripción a que estaba sometida. Decía el artículo 1º de la 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, **a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general,** o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley".

Los artículos 52, 72, 78 y 79 de la Ley 130 de 1913 otorgaba la facultad a todo ciudadano para demandar la nulidad de los actos de los cabildos, asambleas, del gobierno o de los ministros, en cuanto no fueran lesivos de derechos civiles. En este último evento, se requería la petición de parte interesada. Así, pues, los actos que estaban excluídos del régimen general que otorgaba derecho a cualquier ciudadano para ejercitar la acción popular, eran los que lesionaban derechos civiles. Todos los demás podían ser acusados por el Ministerio Público o por cualquier ciudadano. Por medio de ordenanzas, acuerdos y actos del gobierno, de los ministros, de las asambleas y concejos municipales, se podían crear situaciones generales y objetivas, o situaciones individuales y concretas.

La ley no establecía distinción alguna sobre estos particulares. La única que señalaba era la relativa al quebrantamiento de derechos civiles. En este orden de ideas, es preciso llegar a la conclusión de que para poner en movimiento la acción popular no se necesitaba alegar interés lesionado, distinto del interés abstracto que todo ciudadano debe tener en la conservación del orden jurídico. La base de la acción era un interés general que se presumía y no un interés específico cuya demostración se requiriera.

La estrecha relación que existía entre la Ley 130 de 1913 y el acto legislativo de 1910, o por mejor decir, entre la acción de inexequibilidad y la popular contencioso administrativa, solo se rompió en cuanto al criterio adoptado en una y otra sobre prescripción. Al paso que la Carta no señalaba término alguno para instaurar la demanda de inexequibilidad

ante la Corte Suprema, en la ley se establecía un lapso de caducidad de noventa días. Esa falta de unidad entre los dos ordenamientos fue enmendada en parte por la Ley 71 de 1916 que permitió acusar los actos de las asambleas departamentales y de los concejos municipales sin sujeción a término alguno.

La reforma legislativa de 1941 se estructuró sobre las dos bases enunciadas: la experiencia colombiana y la doctrina francesa. Pero la expresión abstracta y general de ese hecho no es suficiente para determinar la zona de influencia de cada uno de los factores coaligados y para saber en cuáles forma y manera las teorías foráneas incidieron en nuestro derecho positivo. Conviene hacer esa determinación, porque en los últimos tiempos se ha sobreestimado en demasía el elemento extraño, hasta el punto de considerársele generalmente como factor esencial en el entendimiento de la ley nacional. Esa errónea apreciación histórica ha contribuído eficientemente a desarticular el estatuto nacional y a eliminar de su texto los perfiles y singularidades que le dan mérito autóctono y ha impedido o retardado la formación de un derecho administrativo nacional, propio, autónomo. Restaurar esa perdida tradición colombiana, es labor esencial que corresponde desarrollar al Consejo de Estado y a los expositores nacionales de derecho público.

El estatuto legal en 1913, adicionado y perfeccionado por las leyes de 1917 y 1935, consagró la acción pública y la acción privada, cuyo fundamento y características peculiares arrancan de una concepción colombiana del derecho público y de principios esenciales establecidos en la Constitución Nacional, al par que del juego libre de los intereses sociales y particulares. Esa concepción autóctona del control jurisdiccional del orden jurídico abstracto, solo en Colombia se presenta con esas singularidades específicas. Esa trayectoria se refleja en su integridad y con absoluta plenitud en la enmienda legal de 1941.

Evidentemente que la nomenclatura legal que venía rigiendo se alteró, al sustituírla por la de acción de nulidad que consagra el artículo 66, pero no adoptó tampoco el nomen juris del derecho francés. La locución "recurso por exceso de poder", no obstante la fuerza enunciativa y de síntesis que tiene para expresar la idea que encierra, fue desechada expresamente por el legislador nacional, precisamente porque ella no encuadraba dentro del concepto colombiano tradicional de una auténtica acción pública, y se trataba de reafirmar el sentido autóctono de la enmienda, sin mezclas de exotismo gramaticales. El nombre de acción de nulidad, en cambio, tenía y tiene un contenido técnico en el campo del derecho que se adapta mejor a nuestra nomenclatura usual.

La legislación anterior a 1941, siguiendo los pasos de la enmienda constitucional de 1910, estructuró un típico contencioso objetivo y de legalidad de proyecciones jurídicas más amplias en algunos aspectos que las asignadas al recurso francés por exceso de poder, por cuanto en esos estatutos se le otorgó acción a todos los ciudadanos para proteger la normalidad jurídica y se les confirió poder para ejercitarla en cualquier tiempo y sin sometimiento a términos de caducidad que jamás han tenido asidero en nuestro sistema de derecho público. Esas características esencia-

les, absoluta y totalmente distintas de las que tipifican el derecho francés, se incorporaron en su integridad y sin limitaciones de naturaleza alguna, al ordenamiento legal de 1941. Una vez más ratifica el legislador colombiano su propósito de orientarse por la experiencia nacional, a pesar de que desde un punto de vista estrictamente técnico pero que no se acopla a nuestras modalidades sociales, se formularon y aún podrían formularse observaciones contra el sistema. Es oportuno observar que en estos dos puntos particulares, la reforma del año 41 no se limitó a acoger la experiencia colombiana, sino que además de ratificarla expresamente en todos los aspectos jurídicos y en todos los casos en que antes operaba, la amplió extraordinariamente a otras manifestaciones concretas de la actividad jurídica, confirmándose así la tradición nacional.

La antigua acción popular se otorgaba a todo ciudadano para obtener la nulidad de los actos de los cabildos, de las asambleas, del gobierno o de los ministros, cualquiera que fuera la naturaleza, contenido y efectos de tales decisiones, ya tuvieran la calidad de mandamientos generales, impersonales y objetivos o la condición de actos individuales, personales y concretos. La enumeración de tales actos se había hecho en la legislación anterior con el criterio formal u organicista del sujeto administrativo que lo producía, pero no con el concepto material de los efectos generales o individuales del ordenamiento. Estas ideas fueron incorporadas en su totalidad y con todas sus modalidades en la ley de 1941 (artículos 62 a 65), pero en forma tal que la tesis se hizo más clara y manifiesta, si ello era posible, al relacionar de manera expresa entre los actos acusables en acción de nulidad, las decisiones particulares y concretas tomadas por la administración pública. (Incisos 2º y 3º de los artículos 62 y 63 respectivamente). Nuevamente se ratifica la tradición colombiana que, en este caso particular, coincidía con la doctrina francesa. Pero, de todos modos, era esa la inveterada tesis colombiana.

La influencia francesa en la acción de nulidad

Prácticamente ella no existe. Ambas acciones, la popular de la legislación anterior y la de anulación del nuevo estatuto contencioso administrativo, tiene idénticos perfiles jurídicos, los mismos rasgos característicos e iguales modalidades específicas. Hubo sí ciertos aspectos en que se manifestó, pero que carecen de trascendencia en cuanto pudieran afectar la esencia y peculiaridades fundamentales de la acción. Ellos son:

1º — La legislación colombiana anterior a 1941 solo otorgaba acción contra los ordenamientos del gobierno, de los ministros, de las asambleas y cabildos, y el nuevo estatuto la hizo procedente contra actos de otras autoridades administrativas. Podría sostenerse —pero la evidencia de la tesis sería dudosa—, que en este punto pudo haber influencia foránea y que se buscó inspiración en la norma de la legislación francesa de 1872, pero si ello hubiera sido así, carecería de trascendencia en cuanto al fondo del contencioso popular colombiano y a las singularidades que lo tipifican, porque la influencia extraña solo tendría un valor cuantitativo pero no

cualitativo. Solo afectaría en cuanto al número de asuntos sometidos a la acción popular, pero no en cuanto a los perfiles jurídicos de ésta.

2º—La legislación vigente hasta el año 41 concedía la acción por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad del acto atacado. La jurisprudencia francesa habla de las mismas causas determinantes, pero por mera especulación científica o con fines didácticos, la doctrina se refiere a aspectos que pudieran tener algún mérito histórico pero que carecen de objetivos prácticos, cuales son los que se han denominado "los casos abiertos al recurso por exceso de poder": incompetencia, desviación, motivos, fines e ilegalidad. En Francia, estas enunciaciones no son más que aspectos episódicos de un fenómeno general que es el de la violación de la ley que los comprende a todos y cuyo estudio se justifica porque se les fue dando cabida en cierto orden histórico hasta llegar a la concepción general del contencioso por infracción de la ley. Además, porque la clasificación de "los casos abiertos" ofrece un cierto valor científico de apreciación parcial de un fenómeno general. Como hasta hace relativamente poco tiempo fue aceptada por la jurisprudencia francesa la causal de violación de la ley, las otras categorías tenían una gran importancia como vías abiertas al recurso por exceso de poder. Pero al adoptarse con el mismo fin el motivo de la ilegalidad del acto administrativo, los otros casos pasaron a una esfera secundaria por estar comprendidos en la causa general de procedencia del recurso.

Este fenómeno histórico-jurídico no fue apreciado en toda su trascendencia por el legislador colombiano de 1941 y por esa razón injertó en nuestro estatuto algo que ya existía en las leyes anteriores, pero empleando para ello un cierto exotismo verbal innecesario, inoperante e inocuo. Si desde el año de 1913 se había consagrado como causa determinante de la acción popular la violación de la ley y la infracción de la Constitución; si en los artículos 62, 63, 64 y 65 y en el primer inciso del 66 ya se habían establecido los mismos motivos de la legislación anterior, como son los de transgresión de la Carta y de la ley, adicionados con los de la infracción de normas superiores de derecho de acuerdo con el orden jerárquico de los estatutos; si la irregularidad formal, el abuso y la desviación de poder no son otra cosa que faces del concepto genérico de infracción de la Constitución y de las leyes ya consagrados, resulta inútil el inciso 2º del artículo 66 cuando pretende adaptar a las instituciones jurídicas colombianas una nomenclatura que no responde a ninguna necesidad práctica. Abuso de poder es violación de la Constitución o de la ley; desviación de poder es violación de la Constitución o de la ley; irregularidad formal es violación de la Constitución o de la ley. De allí que ese inciso no haya tenido operancia alguna, que resulte inocuo y que no haya servido para cosa distinta que para hacer exotismo verbal. Llama poderosamente la atención que en el único momento en que el legislador colombiano se apartó de las mejores tradiciones jurídicas nacionales, incurrió en una falla de técnica legislativa.

De acuerdo con las ideas esbozadas, se hacen las siguientes anotaciones: a) Por su estructura externa, por su concepción jurídica de fondo y

por todas sus modalidades, la acción de nulidad consagrada en la Ley 167 de 1941 es, en esencia, la misma acción popular de los estatutos preexistentes, y está forjada sobre principios distintos y en ocasiones opuestos a los que sirven de fundamento al recurso francés por exceso de poder. Esta observación entraña la consecuencia lógica que no se puede estudiar el estatuto nacional en estos puntos a la luz de las doctrinas foráneas y que siempre que ello se intente se corre el riesgo de desvirtuar el sentido de nuestro derecho positivo; y b) El Consejo de Estado debe restaurar nuestros valores jurídicos e impedir la mixtificación de las instituciones nacionales, cuando, como en el caso que se analiza, ellas responden a modalidades peculiares y a características sociales del pueblo para el cual fueron consagradas, y representan la superación de ciertas etapas y un avance extraordinario en el control jurisdiccional de la administración pública en grado que no han alcanzado otros países más organizados jurídicamente.

Se legisla para un pueblo, para una sociedad determinada y los organismos jurisdiccionales han de interpretar la ley para ese pueblo y para esa sociedad. La norma jurídica —constitución, ley, reglamento—, es una concreción de factores de orden filosófico, morales, étnicos, sociales, económicos y políticos que conjugan las necesidades colectivas de un país, y que constituyen elementos de juicio insustituíbles para el juzgador que quiere penetrar en el auténtico contenido de las leyes. Esos factores a menudo olvidados son los que integran el concepto de legitimidad constitucional, estudiado por la escuela vienesa del derecho público, o la noción de "legitimidad de la ley", si se perdona la expresión pleonástica. El contencioso francés ha sido estructurado sobre las bases de un régimen político peculiar, en el cual existe un predominio incontrastable del parlamento y, consiguientemente, un sometimiento del órgano ejecutivo y una limitación de la función administrativa. Por otra parte, su régimen jurídico no es más que la resultante de una vida democrática centenaria, en la que existe una concepción definida de los derechos, de los deberes y de la función estatal. La administración y el ciudadano conocen su propia órbita de acción y, en términos generales, tienen un concepto más definido de los derechos. El órgano ejecutivo es más cauto y prudente en sus determinaciones, porque tiene el control de un parlamento todopoderoso y de un Consejo de Estado, el más respetable y respetado de los organismos jurisdiccionales franceses, que con plena conciencia de su misión jurídica y política, estatuye soberanamente sobre los actos de la administración para efecto de ajustarlos a la legalidad. De otro lado, el ciudadano actúa con más eficacia y rapidez en defensa de sus intereses o de sus derechos subjetivos ofendidos por los actos ilegales de la administración, porque en razón de una mejor educación social e individual, tiene una conciencia más definida y clara de sus deberes, derechos y prerrogativas.

Cosa distinta ocurre en Colombia. Somos una democracia nueva, díscola y turbulenta, propicia a los abusos de poder. Por esa razón existe un órgano ejecutivo fuerte y todopoderoso y un parlamento débil y sin poderes jurídicos de control eficaz. Por esas modalidades de nuestro siste-

ma jurídico, el legislador ha querido robustecer hasta el máximo la acción del Consejo de Estado y de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que son estas instituciones la única salvaguardia de la legalidad. No obstante el Consejo de Estado, debilita sus poderes jurídicos de control sobre los organismos administrativos y atenúa hasta el extremo de la ineficacia la fuerza que quiso darle el legislador de 1941 como instrumento indispensable para someter el órgano ejecutivo al imperio de la legalidad, en virtud de doctrinas como las censuradas que recortan sus potestades legales. De otra parte, por razón de nuestra educación ciudadana bastante deficiente, no se tiene concepto claro de los derechos y de los deberes del Estado y de los individuos, y estos no acuden a tutelarlos por medio de las acciones que les dá la ley con la prontitud y eficacia debidos. En tales condiciones, la administración pública carece de control verdaderamente eficaz de parte del Congreso, de la jurisdicción contencioso administrativa y de los ciudadanos.

Del análisis comparativo de la doctrina francesa y de la antigua legislación colombiana se desprenden estas conclusiones: 1ª Los dos sistemas coinciden en admitir la acción de nulidad contra los actos-reglas y contra los actos creadores de situaciones individuales y concretas; 2ª La procedencia del recurso francés por exceso de poder está condicionada por la existencia de un interés ofendido, al paso que la viabilidad de la acción popular del antiguo derecho colombiano no estaba sometida a este requisito; y 3º En Francia el recurso prescribe en dos meses, en tanto que en Colombia la acción pública no caduca sino en determinados casos.

LA LEY 167 DE 1941

Las instituciones administrativas son la resultante del sistema general de derecho público adoptado para la organización del Estado. Ellas están enmarcadas dentro de la Carta política y deben ceñirse al espíritu de esa normación superior. Las reglas del derecho administrativo no son más que el desarrollo de los cánones cunstitucionales que les dan vida jurídica. De estos principios elementales aplicados a los regímenes colombiano y francés, arrancan precisamente las grandes diferencias que existen entre ellos. En Colombia la idea de un contencioso popular de anulación de los actos administrativos se estructura sobre las bases ya existentes de una acción pública de inexequibilidad de los actos legales, no porque ello fuera absolutamente necesario, ya que de seguir otra inspiración no se violaba la Constitución, sino porque se quiso extender al campo del derecho administrativo la tutela de la legalidad objetiva, mediante el otorgamiento de los mismos medios de defensa.

Tal como ocurrió con relación a la Ley 130 de 1913 sucedió también con la Ley 167 de 1941: Los principios constitucionales que estructuran la acción pública de inexequibilidad, se reflejaron sobre el contencioso popular de anulación que consagró la ley vigente. Este estatuto, siguiendo la tradición jurídica nacional, organizó un recurso de anulación similar al que había consagrado en el acto legislativo de 1910 para la defensa de la Constitución.

De conformidad con los artículos 62, 63, 64, 65 y 66 de la Ley 167 de 1941, el contencioso popular de anulación procede contra los decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos y actos del gobierno, de los ministros, de las asambleas, de los cabildos y de los funcionarios del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal, cuando violen la Constitución, la ley o una norma superior de derecho, por abuso, desviación de poder o irregularidad formal.

Es oportuno observar que la enumeración de los actos acusables ante la jurisdicción especial por las vías de la acción pública, se hace en los artículos citados con criterio enteramente formal, es decir, teniendo en cuenta el autor de la decisión, que no la naturaleza y contenido jurídico del acto. Ni del tenor literal de esas normas, ni del espíritu que las anima, se puede inferir que en ellas se establezcan distingos de ninguna índole sobre la calidad de generalidad o de individualidad que deban tener las decisiones administrativas atacables en acción popular. De esta observación se desprende la consecuencia ineludible de que el factor esencial para la admisibilidad del recurso público de anulación, es el de que el mandamiento acusado emane de una autoridad administrativa, así tenga las características del acto-regla o las modalidades del acto individual. Por medio de un decreto, de una ordenanza o de un acuerdo, se crean generalmente situaciones impersonales y objetivas, pero en muchas ocasiones esos estatutos tienen también el carácter de ordenamientos particulares y concretos. Los actos de los ministros, del gobierno, de los gobernadores, de los alcaldes, de los intendentes, de los comisarios y de los funcionarios y personas administrativas pueden ser decisiones reglamentarias o de tipo individual. Si la ley hubiese querido reservar la acción pública de anulación para los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas, habría hecho el consiguiente deslinde. Si no procedió así, fue porque quiso que todos los actos enumerados, sin atender a su generalidad o individualidad, quedaran sujetos al contencioso popular de anulación. Cabe anotar que en los artículos 62 a 65 se hace una relación completa y detallada de los actos sometidos al control jurisdiccional. El contenido de tales normas es perfectamente claro en cuanto no establecen diferenciaciones de ninguna naturaleza sobre las calidades de generalidad, impersonalidad y objetividad sobre las condiciones de individualidad particularidad o subjetividad de la decisión administrativa. Lo único que importa para efecto de que la acusación sea admisible, es que el mandamiento tenga su origen en una autoridad administrativa. Pero si alguna duda hubiese sobre el particular, bastaría leer, para disiparla, los incisos segundo y tercero de los artículos 62 y 63 que estatuyen expresamente la acusabilidad de aquellos actos de carácter particular proferidos por empleados del orden nacional o departamental.

El contenido de estas normas se vuelca en su totalidad sobre el artículo 66, al expresar que todos, absolutamente todos los actos enumerados en las disposiciones anteriores son acusables en acción de nulidad por cualquier persona, por motivo de inconstitucionalidad, ilegalidad o por contrariar reglas superiores de derecho. La locución empleada por el legislador al expresar que toda persona puede pedir la anulación de "cualesquiera

de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones", no da la menor oportunidad a distingos de ninguna naturaleza. Si primero se enumeran los actos acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa y a renglón seguido y sin solución de continuidad alguna expresa la ley que todos ellos, sin excepción alguna, son atacables en acción de nulidad, resulta desacertado, por decir lo menos, aseverar que uno o algunos deben ser excluídos. Así, pues, todas las decisiones administrativas, cualesquiera que sean sus proyecciones y contenido jurídico, están sometidas al imperio del artículo 66 del C. C. A. que dice:

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

"**Esta acción se llama de nulidad y procede contra** los actos administrativos, no solo por estos motivos, sino también cuando han sido expedidos en **forma irregular, o con abuso o desviación** de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere" (subrayo).

Por otra parte, el artículo 83 del C. C. A., en armonía con el 66 transcrito, establece:

"La acción de nulidad... puede ejercitarse en el cualquier tiempo... **Esta regla se aplica a todos los actos administrativos**".

De la simple lectura de estas dos reglas legales surgen estas ideas elementales: a) La acción se llama de nulidad; b) Ella procede contra **"cualesquiera"** de los actos enumerados en los artículos 62, 63, 64 y 65 del C. C. A.; c) Puede ejercitarse en cualquier tiempo; d) Esta última regla es aplicable a "todos los actos administrativos".

¿Cuáles, pues, son los actos acusables en acción de nulidad? Los que enumeran los artículos anteriores al 66, **"cualesquiera"** que ellos sean, lo mismo si tienen las características del acto-regla que si revisten las modalidades del acto individual. En esa enumeración no hay distingos. La ley es perfectamente clara y no da lugar a caprichosas interpretaciones sobre su alcance. "Toda persona puede solicitar... la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones..... "Ellos están enunciados en los artículos precedentes en forma que no admite equívocos, porque si las ordenanzas y acuerdos generalmente regulan situaciones impersonales y objetivas, los actos de los funcionarios, empleados, personas administrativas, gobernadores, intendentes, comisarios, de los alcaldes y autoridades municipales ordinariamente se refieren a situaciones concretas e individualizadas. De otro lado, el texto del inciso segundo del artículo 62, en relación con el 66, elimina cualquier duda que pudiera presentarse, ya que contempla el caso específico de un acto de carácter particular demandable por vía de nulidad.

Por otra parte, la administración pública está obligada a ajustar sus actuaciones a la legalidad, lo mismo cuando expide actos-reglas que cuando dicta mandamientos de tipo particular e individual. La suya es una actividad jurídica, y el derecho objetivo se quebranta igualmente por medio de reglamentos que por medio de actos de índole personal. El factor que da paso al contencioso de anulación es la transgresión del orden jurídico abstracto, cualquiera que sea la naturaleza del acto que lo viole.

La decisión administrativa del Presidente de la República que destituye, por ejemplo, a los Consejeros de Estado o a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, vulneraría indudablemente situaciones personales y concretas, pero esa agresión al derecho particular de quienes ocupen cargos sería secundaria ante la magnitud del agravio inferido a la Constitución Nacional y a las leyes. Todo el orden jurídico general estaría comprometido con un ordenamiento de esa naturaleza y contra él podría ejercitarse la acción de nulidad cuya finalidad específica es la de tutelar la legalidad objetiva.

Dice Laubadére que el recurso por exceso de poder "es un proceso hecho a un acto y no un proceso entre partes", expresión que usa para poner de presente la característica esencial del contencioso objetivo que no es otra que la de mantener incólume un sistema de derecho. Esta idea cobra en Colombia una mayor trascendencia jurídica que en Francia, porque entre nosotros la noción de interés lesionado no se interpone entre el acto acusado y la norma superior de derecho quebrantada, como ocurre allá cuando deba ponerse en movimito el recurso por exceso de poder.

Del análisis que anteriormente se ha hecho surge esta conclusión necesaria: Las tesis glosadas carecen de apoyo en los antecedentes constitucionales, legales, doctrinarios y jurisprudenciales de la Ley 167 de 1941 y son contrarias a la letra y espíritu de este ordenamiento legal. Jure condito y jure condendo, esas teorías son extrañas a nuestra organización jurídica.

De acuerdo con las ideas que se han esbozado, la tradición colombiana en relación con el ejercicio de las acciones de inexequibilidad y de anulación, es perfectamente clara: Desde 1910 y 1913, respectivamente, ambas pueden utilizarse por cualquier ciudadano, según rezan los textos constitucionales y legales. Pero la doctrina y la jurisprudencia fueron más allá y se pronunciaron en el sentido de que ellas podían ejercitarse por todas las personas naturales y jurídicas, sin limitación de ninguna índole. Este principio lo recogió la Ley 167 de 1941, al estatuír en sus artículos 66 y 83 que el contencioso popular de anulación puede ponerse en movimiento á solicitud de cualquier persona y en todo tiempo.

Estos preceptos excluyen la idea de "interés particular lesionado". Ellos se han estructurado sobre el principio general de que la defensa del orden jurídico conviene a todas las personas y que no es necesario que a éstas las mueva fines estrictamente patrimoniales. La legalidad objetiva está igualmente comprometida cuando una ley infringe la Constitución que cuando la administración pública no ajusta sus actos al orden jurídico. El sometimiento de las reglas inferiores y de las decisiones administrativas a la normación superior, está protegido por acciones que se otorgan a todas las personas naturales y jurídicas, porque en todas ellas se presupone un anhelo altruísta de defender la Constitución y las leyes. Esas acciones son la resultante de un derecho perfecto y no de un simple interés. Derecho e interés no son términos sinónimos. Todo derecho implica un interés, pero no todo interés implica un derecho. Fue Ihering quien definió el derecho como "un interés tutelado por la ley",

definición que complementó Jellinek agregándole otro elemento: el de la voluntariedad del sujeto hacia la protección jurídica. Esa concepción utilitaria y realista de la doctrina alemana permite establecer los diferentes grados de valoración jurídica que dan paso a los contenciosos: Si ese interés jurídicamente protegido tiene las características de interés personal, material, patrimonializado, es decir, si es un típico derecho subjetivo, habrá oportunidad legal al ejercicio de la acción de plena jurisdicción, en tanto que si es un interés altruista, si cabe la paradoja, genérico y abstracto de conservar el imperio de la legalidad objetiva, la acción procedente será la del contencioso de anulación.

Se ha dicho que la medida de las acciones la da el interés. Pero la noción de interés que hace adaptable esta proposición al campo del derecho privado, no se ajusta exactamente a las modalidades del derecho público colombiano en cuanto se refiere a la defensa del orden jurídico abstracto y a las acciones que se otorgan para tutelarlo. Por esa razón, los fundamentos de los dos contenciosos no se pueden estructurar solamente sobre el concepto de interés, sino sobre algo más firme: El concepto de derecho. La posición del sujeto con relación al derecho quebrantado por la decisión administrativa es la medida de la acción. Entre el derecho objetivo y la persona se presupone la existencia de una relación no individualizada, por cuanto la legalidad en sí misma es general y abstracta. Pero esa relación inmaterial engendra un cierto grado de interés colectivo en su conservación que, al romperse mediante un ordenamiento administrativo, da a cada persona una posición y le otorga los instrumentos jurídicos necesarios para defenderla. Si el sujeto activo de la acción la ejercita para mantener incólume ese orden jurídico, será admisible el contencioso popular de anulación. Pero si lo que busca es proteger un derecho subjetivo y patrimonial, será viable la acción de plena jurisdicción. Es este el camino a seguir siempre que se persiga el restablecimiento pecuniario de un derecho civil o administrativo ofendido por el acto ilegal.

En importante sentencia de 20 de agosto de 1959, dictada por la Sala de Negocios Generales y con ponencia del H. Consejero doctor Guillermo González Charry, se inicia la inconformidad contra algunos aspectos de las doctrinas glosadas. En ese fallo se dijo:

"Sin embargo, el problema que se estudia no queda resuelto con admitir que la Administración puede ejercitar, dentro de los límites legales, la acción de plena jurisdicción contra sus propios actos. Es necesario, además, determinar si la naturaleza del acto administrativo determina necesariamente la calidad de la acción contenciosa que busca destruírlo o modificarlo, es decir, si cuando se trata de un acto de carácter general solo procede la acción de nulidad, y si solo es admisible o viable la de plena jurisdicción cuando se trata de actos, hechos u operaciones administrativos determinantes de una situación jurídica concreta. Si lo planteado se resolviera afirmativamente, no hay duda de que se restringiría en forma notable el ámbito de defensa de la juridicidad, y se optaría por una posición contraria al sentido y alcance de los preceptos consagratorios de las acciones contenciosas que, para satisfacer diferentes grados de interés, buscan el imperio de la legalidad a través de las actuaciones de los

órganos jurisdiccionales competentes. Más acertado parece admitir que es el interés afectado por el acto administrativo el que determina la naturaleza de la acción, pues si aquel es general y abstracto se satisfará para su reparación con la acción de nulidad, al paso que si es concreto, individual, buscará, además, el restablecimiento del derecho lesionado.

"Por ello, un acto de esta última naturaleza puede ser objeto de una simple acción de nulidad ante lo contencioso, porque si quien demanda no exhibe su personal interés patrimonial afectado, o resuelve prescindir de él, no puede impedírsele que vuelva por los fueros claros y simples de la legalidad. En efecto, nadie puede ser obligado a buscar la reparación de un derecho suyo lesionado, ni forzado a que, si solo está interesado en la restauración de la legalidad, deba vincular a ese propósito, el resultado práctico de una reparación. Fuera de que, en muchos casos, como antes se apuntó, la simple declaración de nulidad del acto puede serle suficiente para que cese en su contra determinado perjuicio o para evitar que él se consume si el acto que lo produjo en principio no se ha ejecutado. Y nuestro Código Contencioso no vincula en forma alguna la naturaleza de la acción a la del acto que por ella se acusa, sino que condiciona las acciones a la naturaleza del interés que se pretende como lesionado. Por ello el artículo 66 dispone que "toda persona **puede** solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados", y agrega que esa nulidad puede solicitarse, además, "cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere". Por otra parte, cuando el artículo 67, en su primer inciso dispone que "la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que, además de la anulación, se le restablezca en su derecho", establece dos cuestiones diferentes: de un lado, una facultad o potestad, que no una obligación, para ejercer la acción de plena jurisdicción; y de otro, una clara obligación consistente en que, si opta por ejercerla, pida, además de la anulación del acto, el restablecimiento de su derecho. Y sentado como está que esta acción corresponde tanto a los particulares como a la Administración, síguese que ella no está obligada a pedir el restablecimiento del derecho, es decir, a ejercitar la acción del contencioso subjetivo, pues a sus intereses puede ser bastante la simple anulación del acto".

En Francia se contraponen los conceptos jurídicos de "simple interés lesionado" y de "derecho subjetivo ofendido", para dar lugar, en el primer caso, al recurso por exceso de poder, y, en el segundo, al de plena jurisdicción. En Colombia se contraponen los criterios de "derecho objetivo quebrantado" y de "derecho subjetivo infringido", como bases para el contencioso de anulación y de plena jurisdicción.

El régimen de caducidad es la consecuencia lógica de la naturaleza que tenga la acción. Si ella tiene origen en la noción de interés particular lesionado, debe estar sometida a un sistema rígido de prescripción, pero si

encuentra su causa en el mantenimiento de la legalidad objetiva, no habrá lugar a la caducidad mientras subsista la agresión al orden jurídico. Siguiendo este orden de ideas, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 83, prescribió:

"La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de la expedición o después de la publicación si necesita este requisito para entrar a regir. Esta se aplica a todos los actos administrativos, sean de carácter nacional, departamental o de una intendencia o comisaría.

"La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares, prescribe, salvo disposición legal en contrario, **al cabo de cuatro meses** a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

Esta norma confirma todas las apreciaciones anteriores. En efecto, ella contiene los siguientes principios:

1º—La acción de nulidad procede contra cualquier acto administrativo y en todo tiempo. No establece distingos entre actos reglamentarios y actos creadores de situaciones individuales y concretas. Las dos modalidades están comprendidas dentro de la calificación de actos administrativos.

2º—La regla general consistente en que la acción de nulidad puede intentarse en cualquier tiempo se aplica "a todos los actos administrativos". Aunque esa locución hubiera sido empleada en relación directa con algunas especies de decisiones, ella comprende el acto-regla y el acto de contenido individual en cuanto ambos se refieren a cada uno de esos tipos específicos. Así, el sentido obvio de la norma es el de que ella se aplica a los actos generales o individuales de carácter nacional, a los actos generales o individuales de carácter departamental, y a los actos generales o individuales de carácter intendencial y comisarial.

3º—La acción encaminada a obtener la reparación por lesión de derechos particulares prescribe en cuatro meses.

Para saber hasta dónde operan los términos de caducidad de las acciones, es preciso estudiar el texto legal correspondiente en relación con ciertos factores que contribuyen eficazmente a aclarar su contenido, tales como la naturaleza de la prescripción en derecho público, los intereses en juego y la presunción de legalidad que ampara a los actos.

En el campo del derecho privado el concepto de prescripción se desenvuelve alrededor de dos posiciones diametralmente opuestas. De un lado el prescribiente y del otro el titular de la acción. Solo el interés particular está vinculado en la relación jurídica. La colectividad en sí misma no juega ningún papel directo en la definición del derecho, aunque haya terceros ligados a la posición de las partes. Cada sujeto goza de absoluta libertad, porque con su actuación no beneficia ni perjudica más que sus propias conveniencias. La voluntad puede pronunciarse en cualquier sentido porque no están comprometidos los intereses sociales en forma directa e inmediata. Si el titular de la acción es negligente y no la ejercita, se presume que ha abandonado su derecho, sin ofender más intereses que los propios y, posiblemente, los de terceros ligados al derecho cuestionado.

En derecho público, el juego de los intereses comprometidos tiene ma-

yor entidad y cobra modalidades distintas. La administración es la suprema gestora de los servicios públicos y se presupone que las decisiones que toma en esa calidad tienen un fin de interés general. Pero ese interés general tiene su jerarquía preestablecida, dentro de la cual ocupa el primer lugar la conservación del orden jurídico. Si la administración realiza actos ajustados a la legalidad, ha obrado en consonancia con los intereses sociales y del servicio. Si la decisión no se ciñe a la normalidad jurídica objetiva y la viola, ha infringido el sistema legal y ha desbordado su misión esencial de velar por la prestación de los servicios, y, consiguientemente, todas las personas pueden someter a la administración a los carriles legales mediante la acción de anulación. Hay un interés abstracto en juego, pero precisamente el de mayor entidad: el interés social. Este no está en oposición alguna con otros intereses, porque no tiene iguales, ni superiores en jerarquía. Por consiguiente, los actos de la administración que atentan contra ese supremo interés colectivo, no sanean su vicio por el transcurso del tiempo.

La administración, al proferir la decisión, actúa en favor de la comunidad; la persona que demanda el acto en acción popular, busca la conservación del orden jurídico para beneficiar a la comunidad. Todo se desarrolla alrededor de ella. No hay otro interés opuesto, y como la prescripción presupone la existencia de un sujeto que de ella se aprovecha y éste no aparece, no podrá realizarse el fenómeno de la prescripción. No se puede prescribir contra sí mismo.

El planteamiento es totalmente distinto cuando la decisión ilegal vulnera un derecho subjetivo y la acción se pone en movimiento. En este evento aparece el punto de referencia que se echó de menos. La prescripción favorece o perjudica a alguien, a una persona, cuyos intereses solo a ella compete defender. Si los abandona, ella sufrirá el agravio en sus conveniencias patrimoniales. El restablecimiento del derecho violado no incide en la comunidad. Nadie más que el perjudicado puede reclamar. La ley le otorga la facultad de defenderse, pero dentro de un tiempo previsto, porque frente al interés particular abandonado está el interés general que busca la normalidad jurídica por medio de saneamiento de los vicios del acto.

EL CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION

Dice el artículo 67 del C. C. A.:

"La persona que se crea lesionada **en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.**

"La misma acción tendrá **todo aquel** que se hubiere hecho parte en el juicio **y demostrado su derecho**".

El inciso tercero del artículo 83 dice:

"La encaminada (la acción) **a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe,** salvo disposición legal en contrario, **al cabo de cuatro meses** a partir de la publicación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

Del texto de estos artículos se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª—La acción se otorga a la persona lesionada en un derecho establecido en una norma civil o administrativa;

2ª—Podrá pedirse solamente la anulación o ésta acompañada con el restablecimiento del derecho;

3ª—Quien demuestre su derecho podrá hacerse parte en el juicio;

4ª—La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de su derecho prescribe en cuatro meses.

Las normas de carácter civil a que se refiere el artículo 67 son las relacionadas con los derechos de los particulares, "por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles", como lo expresa el artículo 1º del C. C., confirmado por el artículo 35 del C. de R. P. y M., cuando son desconocidos en virtud de un acto de la administración pública. Las normas de carácter administrativo son las que reglamentan la carrera de los funcionarios, del ejército, la policía, maestros, el uso de los bienes de dominio público, de los bienes fiscales, del suelo, del subsuelo, etc., en cuanto haya intereses particulares vinculados a ellos y desconocidos por una decisión administrativa. En ese anchuroso campo tiene incidencia la acción de plena jurisdicción. Basta que un derecho particular esté amparado por disposición civil o administrativa y que sea vulnerado por un acto del gobierno, para que pueda ponerse en movimiento el artículo 67, siempre que la persona que la ejercite sea titular del derecho lesionado.

Se circunscribe así el radio de acción del contencioso subjetivo y, por exclusión, queda delimitada la órbita del contencioso de nulidad.

La primera observación que cabe hacer es la de que en esa norma no se dice absolutamente nada sobre la generalidad, impersonalidad y objetividad o sobre la individualidad, particularidad y subjetividad del acto que determina la lesión del derecho subjetivo. La segunda observación que surge de la simple lectura de ese canon legal es la de que, en contraposición al artículo 66 que habla de "toda persona", el 67 singulariza el sujeto activo de la acción en forma tal que aparece inmediatamente la noción jurídica de derecho subjetivo. Pero como ese derecho subjetivo puede pertenecer a muchos simultáneamente, el acto particular que hiere a uno, constituye una menaza latente, un peligro en potencia para la situación jurídica individual de cada uno de ellos. A medida que se produzcan las decisiones particulares sobre cada uno de tales sujetos, ellos van teniendo el derecho de accionar de la misma manera que lo hizo el primero. Pero si el acto de la administración es de carácter general y tiene la calidad de decisión irregular e ilegal, y por sí solo y sin necesidad de que se produzcan actos individuales se vulnera, desconoce o altera el derecho de todos, cada uno de los ofendidos en su situación particular será "la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo...".

Una norma general crea, modifica o altera muchos derechos subjetivos, porque estos existen en cuanto tienen origen en la regulación objetiva... Cuando esa regla impersonal es a la vez regular y normal, se han

afectado los derechos subjetivos de todas las personas que estaban colocadas en idénticas condiciones ante la ley. En ese evento no hay responsabilidad alguna para el Estado. Pero si se toma una decisión general de la administración manifiesta y ostensiblemente contraria a derecho, v. gr.. una ordenanza departamental que modifica el régimen constitucional y legal de la propiedad privada, se quebrantaría a cada propietario "un derecho suyo" amparado por "norma de carácter civil" y cada uno de ellos será "la persona que se crea lesionada...".

Es bien sabido que de acuerdo con el artículo 183 de la Constitución Nacional, los departamentos y municipios tienen la propiedad exclusiva de sus rentas y gozan, en cuanto la tutela de ese derecho, de las mismas garantías que los particulares. Si por medio de una simple resolución de carácter general se les desconoce a todas las secciones ese "su derecho" amparado por norma administrativa y se les arrebata una renta de su exclusiva propiedad en beneficio de la nación, reglamento que inmediatamente se ejecuta por los recaudadores de hacienda nacional sin necesidad de un acto concreto que les ordene porque ya el mandamiento para proceder está contenido en el acto general, se habría cometido algo más que una irregularidad legal, un verdadero despojo y un atentado contra el orden constitucional. Es claro que en esos eventos, aún dentro del criterio de las doctrinas glosadas, habría un remedio legal, cual sería el de la acción de nulidad. Pero ella no sería suficiente porque mientras se decreta la anulación los departamentos están siendo víctimas de un asalto a su patrimonio. En cambio, de acuerdo con las tesis que presento cada departamento podría dentro de los cuatro meses siguientes al acto inconstitucional, pedir la anulación del ordenamiento con el consiguiente restablecimiento del derecho y obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por la nación. La jurisprudencia vigente hasta la fecha, en cambio, hace imposible la restauración del derecho.

Para una adecuada apreciación de la ley en estas materias, es preciso tener en cuenta estos dos conceptos: a) Derecho particular violado; y b) Restablecimiento del derecho y su alcance jurídico.

Primer concepto.—El derecho particular se manifiesta como una posición jurídica de la persona frente a las obligaciones y deberes de los otros y frente a la tutela que le brinda la ley. Esa situación implica la coexistencia en el sujeto de un interés legítimo de conservarla y de una voluntad de defenderla por medio de las acciones legales. Todos los que están colocados en idénticas condiciones gozarán de similares prerrogativas y estarán sometidos a idéntico régimen jurídico. Hay hasta este momento una posición de normalidad entre la ley, los titulares del derecho y las demás personas. Pero esa situación normal puede ser afectada por la administración pública en dos formas: por medio de un acto de carácter general que limite, restrinja o haga más gravoso el uso y goce del derecho o que lo desconozca, modifique o altere sustancialmente, o por medio de una decisión tomada contra uno de los titulares del derecho. En ambos

casos se cumplen los presupuestos del artículo 67. En el primero, porque a cada una de las personas colocadas en esa situación se le lesionó "un derecho suyo" establecido "en una norma de carácter civil", al desconocerlo, modificarlo o limitarlo. El actor, invocando ese derecho particular quebrantado podrá solicitar su restablecimiento a la situación que tenía antes de producirse el acto ilegal de la administración. En el segundo caso, porque la agresión al derecho fue aún más individualizada y concreta.

Por ejemplo, el derecho de propiedad está consagrado en la Constitución y en las leyes .Si una resolución general o una ordenanza de la misma naturaleza, modifica, altera o limita el uso y goce de ese derecho particular a los propietarios de bienes raíces, se ha afectado con el mandamiento administrativo la situación general y la de cada uno de ellos. Quien demande puede invocar como base de su acción la lesión de "un derecho suyo" establecido en la Constitución y en el Código Civil. El artículo 67 se ha cumplido en su integridad y se podrá ejercitar la acción de plena jurisdicción.

Segundo concepto.—La noción de restablecimiento del derecho violado ha sido entendida tradicionalmente en forma bastante restringida y recortada, hasta el extremo de que se vincula casi exclusivamente a la restauración en un cargo público y al pago de los sueldos dejados de percibir. Pero el concepto tiene un contenido más amplio y proyecciones jurídicas más variadas. Implica la idea de restablecer el derecho en la forma que tenía en el momento de su violación. La anulación del acto general restaura esa situación a su primitivo estado y da oportunidad al demandante, y solo a éste, de recibir indemnización por la aplicación concreta del acto reglamentario ilegal, como se verá después.

El ejemplo presentado anteriormente puede servir para aclarar las ideas. La ordenanza departamental que limita o hace más gravoso el goce y uso del derecho de propiedad, produce un doble efecto jurídico: a) Pone a la administración departamental en posibilidad de producir inmediatamente actos individuales y concretos contra cada uno de los propietarios; ese reglamento la invistió de poderes legales, o aparentemente legales, que antes no tenía y que solo pueden otorgar la Constitución y la ley; y b) Creó para el propietario una menaza futura, pero cierta de ver limitado su derecho por medio de actos concretos de la administración que se puedan dictar para hacer cumplir el mandato general. Hay un daño que no es simplemente eventual y contingente, sino inminente, cierto y evidente. En virtud de los nuevos poderes que tiene la administración y que le confirió el mandamiento ilegal, estará en condiciones de producir actos concretos y personales destinados al cumplimiento de la decisión general. Esta amenaza es un perjuicio en sí mismo, porque se ha alterado ilegalmente la situación jurídica del titular del derecho.

CONCLUSIONES:

De las ideas expuestas surgen estas conclusiones:

1ª—La acción de nulidad procede contra todos los actos administrati-

vos relacionados en los artículos 62 a 65 de la Ley 167 de 1941, sean ellos de carácter general, impersonal y objetivo, o creadores de situaciones individuales, particulares y concretas, cuando con ella se persigue la tutela del orden jurídico general. Puede ejercitarse en cualquier tiempo y por todas las personas naturales y jurídicas;

2ª—Por regla general, la acción de plena jurisdicción procede contra los actos de carácter individual y concreto, y, excepcionalmente, contra las decisiones impersonales y objetivas;

3ª—La acción de plena jurisdicción solo será admisible contra los actos generales y estatutarios cuando la ejecución inmediata de esos ordenamientos causen una lesión específica, directa y personal sin necesidad del pronunciamiento de decisiones individuales y concretas; y,

4ª—Solo la persona lesionada en un derecho suyo reconocido por norma civil o administrativa puede poner en movimiento la acción de plena jurisdicción. Ella caduca en el término de cuatro meses.

CARLOS GUSTAVO ARRIETA

* * *

SALVAMENTO DE VOTO

Porque comparto las tesis expuestas en forma admirable por el H. Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta en su salvamento de voto, disiento de la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala, a pesar de que reconozco que la doctrina que ella sustenta es la tradicional del Consejo de Estado que tiene en su abono la respetable autoridad de muchos juristas eminentes que hicieron brillar con la luz de su ciencia los anales de esta Corporación.

En mi modesta opinión la Ley 167 de 1941 no establece en ninguna de sus disposiciones como elemento distintivo de las acciones la naturaleza de los actos administrativos sobre que ellas versan.

En efecto, dicha ley, como garantía de los administrados frente a la administración, reconoce la existencia de dos acciones, así:

PRIMERA.—La que "se llama de nulidad" que puede ejercitar "toda persona" contra "cualquiera de los actos a que se refieren" los artículos 62 a 65, "por los motivos en ellos expresados" y también cuando tales actos "han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere". Esta acción la consagra el artículo 66 y dados los términos empleados por el artículo, se tiene:

1º—Que la acción se puede jercitar por "toda persona";

2º—Que ella "procede contra cualesquiera de los actos administrativos a que se refieren" los artículos 62 a 65 y por los motivos expresados en estas disposiciones, a saber:

A) Contra "los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad", o por violación de un re-

glamento ejecutivo, bien sea que se trate de actos creadores de una situación jurídica general o particular, según el artículo 62.

Sobre esto último no cabe la menor duda, dados los términos en que está concebido el segundo inciso del artículo 62 y lo que al respecto dice la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 167: "en el interés de que el control sobre los actos de la Administración Nacional se cumpla plenamente, se concede acción no solo cuando se pretende que ha sido transgredido un precepto de la Constitución o de la ley, sino también cuando un acto de carácter particular o concreto viola la regla de derecho objetivo contenida en un reglamento del Gobierno'.

B) Contra los actos de las Administraciones Departamentales, según el artículo 63, así:

"a) Contra las ordenanzas y demás actos de las Asambleas Departamentales "por violación de la Constitución, la ley o reglamento ejecutivo";

"b) Contra los decretos, resoluciones y otros actos de los Gobernadores "por los mismos motivos y, además, por violación de las ordenanzas"; y

"c) Contra "los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental", "por las mismas causas y también por violación de los decretos y reglamentos de los gobernadores".

C) Contra los decretos, resoluciones y otros actos de los Intendentes y Comisarios "en los mismos casos y por los mismos motivos que las ordenanzas departamentales, según el artículo 64.

D) Contra los actos de las Administraciones Municipales, según el artículo 65, así:

"a) Contra "los acuerdos y otros actos de los Concejos Municipales en el concepto de ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales y los reglamentos del Gobernador"; y,

"b) Contra los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal "por los mismos motivos, y, además, por violación de los acuerdos de los Concejos".

E) Contra los actos de la Administración Nacional, de las Administraciones Departamentales y de las Municipales "cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere", según el inciso final del artículo 62.

SEGUNDA.—La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares, que consagran los artículos 67 y 68, según sea que la lesión la cause un acto administrativo o que "la causa de la violación sea un hecho o una operación administrativa".

Cuando la acción de restablecimiento del derecho particular, se ejercita contra un acto administrativo que lo lesiona, se debe pedir la anulación, reforma o sustitución del acto, porque para poder restablecer el derecho "forzosamente habrá que anular, reformar o reemplazar el acto administrativo que le es contrario". (Roger Bonnard). Pero, cuando la acción de restablecimiento del derecho se ejercita contra un hecho o una operación

administrativa, no se pide nulidad, sino simplemente la indemnización o prestación a que hubiere lugar.

De lo hasta aquí expuesto, se deduce que la ley colombiana distingue la acción de nulidad contra los actos administrativos por violación de la constitución, de la ley, de los decretos ejecutivos, de las ordenanzas, de los decretos de los gobernadores y de los acuerdos municipales, de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho lesionado por actos administrativos.

Según esto, consagra un doble género de protección: por el primero se protege el bienestar público, el buen orden de la cosa pública, en una palabra: el orden jurídico, aunque también pueda resultar protegido el interés privado de quien ejercita la acción; por el segundo se protege el interés privado y a la vez el interés público, porque cuando la constitución o la ley se vulneran con daño del derecho particular, al restablecerse este derecho particular lesionado, se restablece también el imperio del orden jurídico. Se ha dicho por eso que la misma administración es la primera interesada en que la actividad administrativa se realice dentro de las normas establecidas por el Estado de derecho.

Por consiguiente, lo que caracteriza y distingue las dos acciones en la ley colombiana, es el objeto inmediato que se pretende proteger con su ejercicio, así: si la acción se encamina a proteger la normalidad jurídica contra los actos administrativos que le son contrarios, la acción es de nulidad y la puede ejercitar toda persona, aun aquella que pueda resultar protegida en su interés privado con la simple anulación del acto acusado; si la acción se encamina a proteger inmediatamente el interés privado concretado en un derecho establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, la acción es de restablecimiento del derecho particular del demandante, aunque se proteja a la vez el interés público. En la primera se hace abstracción de toda situación jurídica particular y concreta, y en ella se define si el acto que se acusa es o no legal, y nada más. En la segunda, se define no solo si es o no legal, sino también la manera como debe restablecerse la situación jurídica vulnerada.

Las diferencias entre las dos acciones no se deben buscar, por consiguiente, en la naturaleza o contenido del acto que se acusa, sino en el objeto que se persigue con su ejercicio que determina primordialmente distinguirlas así:

1º—La acción de restablecimiento del derecho particular lesionado por un acto administrativo, solo puede ser ejercitada por el titular del derecho vulnerado; la de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarla toda persona.

2º—Las pretensiones cuando se ejercita la acción de restablecimiento del derecho comprenden no solo la anulación del acto, sino el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada. La pretensión cuando se ejercita la acción de nulidad no es más que la anulación del acto acusado.

3º—La sentencia que decreta el restablecimiento del derecho solo aprovecha a quien hubiera intervenido en el juicio y obtenido esta declaración en su favor. Los efectos de la sentencia que declara la nulidad son generales contra todos.

4º—La acción de restablecimiento del derecho solo puede ejercitarse dentro del término de cuatro meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto. La de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo.

En conclusión: la ley colombiana no establece distinción entre actos creadores de situaciones generales, impersonales y abstractas, y actos de carácter individual y concreto, para diferenciar el campo de las dos acciones. Por consiguiente, los actos de una y otra clase pueden ser demandados o acusados mediante el ejercicio de una u otra acción, con la diferencia de que para impetrar la acción de restablecimiento del derecho, se requiere en el demandante la titularidad de un derecho civil o administrativo lesionado y que para ejercitar la acción de nulidad no se necesita demandante legitimado. No es, pues, el contenido del acto demandado el que determina la calidad de la acción, sino el objeto inmediato que se pretende proteger contra los efectos del acto administrativo, así, si éste lesiona un derecho particular y se busca su restablecimiento, la acción es la que establece el artículo 67, y si solo se pretende la conservación del orden jurídico, la acción es la de nulidad que consagra el artículo 66.

Con la interpretación jurisprudencial que se ha impuesto y que la sentencia acoge, no se cumple plenamente el control sobre los actos de la administración que la Constitución y la ley atribuyen a la jurisdicción contencioso administrativa, pues se sustraen de la acción de nulidad que puede ejercitar toda persona, los actos inconstitucionales o ilegales de carácter individual y concreto, porque dizque solamente pueden ser demandados por el particular lesionado con la llamada acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho. Se recorta así el ámbito de la acción de nulidad que el legislador ha querido que pueda ejercitar "toda persona", contra "cualesquiera de los actos a que se refieren" los artículos 62 a 65 y "por los motivos en ellos expresados", como lo dice el artículo 66, acción que ha sido establecida con la finalidad de conservar el orden jurídico y evitar la vigencia de actos administrativos, cualesquiera fuere su naturaleza, contrarios a la Constitución o a la Ley.

Bogotá, D. E., diciembre 1º de 1959.

ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA

ADUANAS

La jurisdicción aduanera a través de sus disposiciones y normas reglamentarias. (Ley 79 de 1931, Decreto Legislativo 2218 de 1950, Decreto 164 de 1951, Decreto Legislativo 2266 de 1952, Decreto 2181 de 1953, Decreto 700 de 1954 y Decretos números 0073 y 0188 de 1958). — Retención de la mercancía en los casos en que hay presunción de contrabando, y cuando se considera abandonada ingresa al Fisco Nacional.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REFERENCIA: Expediente número 49. Nulidad de las Resoluciones números J-0165 y J-0517 de fechas 20 de septiembre y 8 de abril de 1957.

Actor: ASAAD SILEBI.

ANTECEDENTES DE ESTE NEGOCIO

Con motivo de que en la noche del 13 de septiembre de 1949 una Comisión del Resguardo de Aduanas de Barranquilla capturó un cargamento, presuntivamente de contrabando que venía a bordo de los botes "América" y "Bendito sea Dios", el Juzgado de Aduanas de la ciudad mencionada abrió la correspondiente investigación. Consistía la mercancía en 94 bultos de harina de trigo marca "Rey del Norte"; 22 pacas de cigarrillos "Lucky Strike"; 10 cajas de whisky de distintas marcas; 15 cajas de madera con diversas mercancías, tales como vajillas, encendedores y cofres de metal blanco; 49 cartones de Avena Quaker, y 6 fardos con telas, sobrecamas, vestidos para mujer, carteras, corbatas, blusas, etc.

Fueron indagatoriados los dueños de los botes, señores Efraín Contreras Patiño y Pedro Manuel Patiño Cantillo, quienes dijeron en las diligencias respectivas: el primero que la mercancía pertenecía a un señor Miguel Crespo, y el segundo que ella pertenecía a un señor José Crespo. También fue llamado a indagatoria el señor Isaac Silebe Jassir, a quien el cabo del resguardo, señor Alcides Garzón H. formuló el cargo de haberse presentado con otras personas no reconocidas, a ofrecer dinero en cambio de permitir la entrega de la mercancía capturada. Este último indagado, según lo afirma el Juzgado, negó que fuera el dueño de la mercancía o que hubiera tenido alguna participación en los hechos.

Por sentencia de 21 de marzo de 1955, el Juzgado de Aduanas de Barranquilla declaró prescrita la acción penal y ordenó el decomiso de la mercancía retenida. Subió en consulta el negocio al Tribunal de Aduanas, y éste en sentencia del 1º de diciembre del mismo año confirmó la pro-

videncia de primera instancia en cuanto a declarar prescrita la acción penal, y la revocó en cuanto a la orden sobre decomiso de la mercancía. En lugar de esto dispuso que "las mercancías retenidas por concepto de este proceso serán del Estado si transcurridos seis meses, empezados a contar desde la ejecutoria de este fallo no fueren reclamadas por los directamente interesados". Dispuso también que en caso de reclamo deberá deducirse del valor de la mercancía el de los derechos de aduana, al ordenarse la devolución respectiva.

La sentencia del Tribunal Supremo de Aduanas se notificó a las partes por edicto fijado el 25 de enero de 1956, a las 9 a. m., edicto que debió desfijarse el 28 del mismo mes a la misma hora, quedando ejecutoriada la providencia el 1º de febrero del citado año de 1956.

Vuelto el negocio al Juzgado de Aduanas, éste en fecha septiembre 17 de 1956 produjo el auto siguiente: "Visto el informe secretarial anterior, obdézcase y cúmplase en todas y cada una de sus partes, lo ordenado por el Honorable Tribunal Supremo de Aduanas. En consecuencia permanezca este negocio en el Despacho de la Secretaría por el término de seis meses para que los interesados hagan los reclamos respectivos.—**Cúmplase**".

Un mes después, esto es el 17 de octubre, el señor Asaad Silebi, en memorial presentado al señor Administrador de la Aduana de Barranquilla expresó: "Yo, Asaad Silebi, mayor de edad, y de este vecindario, con libreta militar número 537324 de Barranquilla, en el proceso que se me siguió (sic) en el Juzgado de Aduana de esta ciudad, por contrabando, vengo por medio de este escrito, a solicitar a usted se sirva darle cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Supremo de Aduanas, y por el Juzgado de Aduanas de esta ciudad, que en copias debidamente autenticada (sic) se acompañan a este escrito. Conforme al fallo aludido del Tribunal Supremo debe entregárseme, o bien las mercancías o su producido caso de haber sido rematadas, previa deducción de los impuestos de Aduana que estas causaron en la época de introducción. En consecuencia con todo respeto, solicito a usted que previo el trámite interno en ese organismo, usted ordene tales devoluciones".

Por Resolución número 00243 de febrero 19 de 1957 el señor Administrador de la Aduana de Barranquilla ordenó devolver al señor Asaad Silebi la suma de $ 8.669.28, valor líquido de parte de las mercancías de su propiedad, rematadas según Actas números 5 y 7 de julio de 1954, y agosto de 1955, previas las siguientes consideraciones principales hechas por la Administración.

"Que devuelto el expediente al funcionario de primera instancia para la ejecución de la sentencia, por auto del 17 de septiembre de 1956 se dispuso que los autos permanecieran en la Secretaría en los términos y para los efectos del Reglamento General de Aduanas número 23, es decir, para que los directamente interesados tuvieran la oportunidad de hacer reclamo para la devolución de la mercancía retenida en virtud de lo ordenado en la segunda instancia".

"Que dentro del término legal, el señor Assad Silebi identificado con la libreta militar número 537324, probó la propiedad exclusiva de la mercancía retenida y el Juzgado de Primera Instancia lo reconoció como úni-

co propietario y, en consecuencia, dispuso que la totalidad de los artículos le fueran entregados, o en su defecto, la devolución del producto del valor del remate, previa deducción de los derechos de Aduana correspondientes".

La Resolución antes citada, o sea la número 00243 de 19 de febrero de 1957, expedida por el señor Administrador de la Aduana de Barranquilla, en virtud de lo dispuesto en su artículo CUARTO, subió a la Dirección General de Aduanas para la aprobación por parte de esta Entidad. La Dirección General de Aduana, por medio de la Resolución número 0165 de 8 de abril de 1957 revocó la número 00243 dictada por la Administración de Barranquilla, y en lugar de esta última dispuso lo siguiente:

"ARTICULO UNICO.—Revócase en todas sus partes la Resolución número 00243 de 19 de febrero del presente año, dictada por la Aduana de Barranquilla, y en su lugar se resuelve: Niégase la petición hecha por el señor Assad Silebi en su memorial de 17 de octubre de 1956, radicación número 10675 de la Aduana de Barranquilla, por cuanto al hacerla había vencido el término de seis meses (6) fijados en la sentencia número 319-C de 1º de diciembre de 1955, dictada por el Tribunal Supremo de Aduanas".

Solicitada la reposición de esta providencia, la Dirección General de Aduanas no accedió a ella, según Resolución número J-0517 de 1957.

En demanda de seis de noviembre de 1957 el doctor Máximo A. Visbal R. obrando como apoderado del señor Assad Silebi, y ejercitando la acción de plena jurisdicción solicitó de esta Corporación hacer las siguientes declaraciones:

Primera.—Que es nula en todas sus partes la Resolución número J-0517 de 20 deseptiembre de 1957, del GOBIERNO NACIONAL (Ministerio de Hacienda—Dirección General de Aduanas), por cuanto con violación de claras, expresas y vigentes normas legales, no accedió a revocar la Resolución número J-0165 de 8 de abril de 1957.

Segunda.—Que es igualmete nula en todas sus partes la Resolución número J-0165 de 8 de abril de 1957, del GOBIERNO NACIONAL (Ministerio se Hacienda—Dirección General de Aduanas) por cuanto con violación de claras, expresas y vigentes normas legales, infirmó la Resolución de primera instancia número 00243 de 19 de febrero de 1957, del GOBIERNO NACIONAL (Ministerio de Hacienda — Administración de la Aduana de Barranquilla) causándole a mi patrocinado con ese acto de la Administración pública grave lesión patrimonial.

Tercera.—Que como consecuencia de la nulidad que se decrete de esos actos de la Administración pública, o de la reforma, modificación o sustentación (sic) que de los mismos se haga dentro del presente juicio, por sentencia ejecutoriada se le dé validez en cada una de sus partes a la Resolución de primera instancia número 00243 de 19 de febrero de 1957, del Gobierno Nacional (Ministerio de Hacienda — Administración de la Aduana de Barranquilla) y, principalmente a la ordenación que contiene de devolver a mi patrocinado Assad Silebi la suma de ocho mil seiscientos sesenta y nueve pesos con veintiocho centavos ($ 8.669.28) m. c. por

concepto del valor líquido del remate de una mercancía de su propiedad y que le había sido retenida por presunción de contrabando.

Cuarto.—Que el actor es igualmente acreedor a que por el H. Consejo de Estado se formulen a su favor las declaraciones que lo favorecen de acuerdo con las leyes vigentes y con los hechos que aparezcan demostrados en este debate.

HECHOS DE LA DEMANDA

El actor adujo como hechos de la demanda los mismos que fueron ya relacionados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

El demandante enunció las normas violadas y el concepto de la violación así:

"De la suma de los errores que se han indicado, surge la violación de las siguientes normas:

"Artículo 633 del Código de Procedimiento Penal.

"La ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al Juez que conoció del proceso en primera o única instancia, mediante orden comunicada a los funcionarios administrativos encargados del cumplimiento de la sanción".

Razones de la violación de esta norma:

Al afirmar la Dirección General de Aduanas en la Resolución motivo de la acusación (J-0517) que "con la ejecutoria del fallo del Tribunal de Aduanas cesó la acción penal y con ello la jurisdicción penal aduanera que en el negocio tenía el Juez de Aduanas y, que tanto es esto así que no fue el Juzgado quien dictó la ordenación en cuanto a la entrega de la mercancía sino el Administrador de Aduana por medio de la resolución que en revisión vino a la Dirección General", incurrió en error de derecho con clara violación de la norma transcrita.

En efecto, la norma que indica el modo de la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada, por su carácter afirmativo y de orden público, es de obligatorio cumplimiento y no puede ser desconocida sin incurrir en violación de ella. Solamente al Juez que conoció de un negocio penal en primera instancia, compete la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada. Es tan clara la disposición, que por su solo enunciado y por los alcances que persigue constituye un axioma jurídico.

Por eso el señor Juez del conocimiento, al proferir la Resolución 72 del 18 de octubre de 1956, que por su forma tiene entidad jurídica de "auto interlocutorio", se expresó así: "Surtida la ejecutoria del fallo respectivo, por auto del 17 de septiembre de 1956 se ordenó maneter (sic) el negocio en la Secretaría a disposición de las partes, con el fin de que tuvieran la oportunidad de hacer las reclamaciones del caso en lo atañedero a la de-

volución de la mercancía aprehendida. De acuerdo con lo previsto en el artículo 1º del Reglamento General de Aduanas número 23, cuando transcurre un período mayor de seis meses sin que se reciba solicitud para la entrega o devolución de la mercancía, ésta se considera abandonada a favor del Estado, pero cuando se hace alguna reclamación oportuna y se comprueba la propiedad, deben hacerse los pronunciamientos del caso ordenando la devolución de la mercancía o del valor del producto líquido del remate, si éste se hubiere efectuado".

¿En qué momento tenían oportunidad las partes para hacer las reclamaciones contenidas en la sentencia proferida por el Tribunal de Aduanas? Pues al instante de notificarse del auto del Juez en que ordenaba que permaneciera el negocio en Secretaría para que hicieran las reclamacions del caso. Además, no hay que perder de vista que el negocio subió al Tribunal de Aduanas no en virtud del recurso de apelación sino en grado de consulta, lo que quiere decir que las partes no vinieron a tener conocimiento de lo resuelto por el superior, sino mediante el auto de "obedézcase y cúmplase" dictado por el inferior.

Se afirma el concepto de violación de la norma, al expresar la Dirección General de Aduanas contra toda evidencia procesal, que "no fue el Juzgado quien dictó la ordenación en cuanto la entrega de la mercancía sino el Administrador de Aduana", cuando fue precisamente el señor Juez, en obedecimiento a lo preceptuado en el artículo 633 que se indica como violado, quien dispuso en el punto segundo de la Resolución 72 de 18 de octubre de 1956: **"disponer, que las mercancías retenidas relacionadas en el punto anterior, sean devueltas al señor Assad Silebi, o a quien legalmente represente sus intereses, previa deducción del valor, el de los derechos de Aduana, de acuerdo con el aforo que aparece en autos".**

Artículos 507 y 550, ordinal 2º del Código Judicial:

"recibido el expediente por el Juez de la causa, se dicta el auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, en el cual, si es el caso, se deban tomar las medidas ordenadas por éste".

"en el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquel corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia".

Razones de la violación de estas normas:

El error de derecho que hizo derivar a la Dirección General en la violación de los artículos 633 del C. de P. P., y 507 y 550, ordinal 2º del C. J., estriba en que para su concepto, el "auto de obedézcase y cúmplase no puede tener más sentido que el de conformidad del Juzgado a quo con lo resuelto por su superior, pero en nada podía abrir un incidente para entrega de la mercancía porque con la ejecutoria del fallo del Tribunal de Aduana cesó la acción penal y con ello la jurisdicción penal aduanera que en el negocio tenía el Juez de Aduanas".

La Dirección General de Aduanas le quitó el verdadero y jurídico sentido a los artículos 507 y 550, que no es distinto al de tomar las medidas ordenadas por el superior y a la de ejecutar sus ordenaciones cuando no

se requiera seguir otro juicio. Y al quitarles ese sentido, incurrió en violación de ellos.

Porque, ¿qué medidas debía tomar el Juez de la causa? Nada más ni nada menos que las ordenadas por el superior. ¿Y en qué forma debía tomarlas? Dándole a conocer a las partes lo ordenado por el superior. ¿Y en qué momento debía poner en conocimiento de las partes lo resuelto por el superior? Al dictar el auto de obedézcase y cúmplase.

Para obtener la entrega de la mercancía ordenada en su sentencia por el Tribunal de Aduanas, Assad Silebi no se encontraba compelido a seguir otro juicio, sino que solamente le bastaba, como lo hizo, que comprobara la propiedad a objeto de que correspondiera al Juez la ejecución del fallo, ordenando la entrega.

Por razón de su idéntica etimología, los términos **"ejecución y ejecutoria"** se confunden. El primero, deriva su raíz del latín **"exsecutio"**, derivado de **"exsecutum'**, supino de **"exsequi"** y significa: llenar, cumplir, castigar, acción y efecto de ejecutar. El segundo, deriva su raíz del latín **"exsecutum"**, supino de "exsequi", y significa: llenar, cumplir, castigar. "Es el documento público y solemne librado por los tribunales de justicia, en que se consigna una sentencia firme, y por consiguiente, no susceptible de apelación". "Que pone a lo menos por obra lo que se manda, y salva por ende el cumplimiento del precepto". (Espasa).

Por regla general, las sentencias llevan el sello de lo definitivo, tienen la virtud de ponerle fin a la relación jurídico-procesal, de vincular al Juez que la dictó y de constituír la ley del proceso, por cuyo motivo no es susceptible de ser modificada por otra resolución proferida por el mismo funcionario. (Casación, diciembre 17 de 1935, XLIII, 635). O como expresa la Ley 2ª, título 22, partida 3ª: "juicio acabado que da (el juez) sobre la demanda principal finiquitando o condenando al demandado".

Pero existen otras sentencias, las más, que sin perder la virtud de ser definitivas, en cuanto al cierre de la parábola jurídica que le pone fin a la relación procesal, dejan expedita la actividad del Juez de la primera instancia para ejecutar las ordenaciones en ellas contenidas. Como dice Chiovenda "la sentencia definitiva es acto con el cual el Juez cumple la obligación derivada de la demanda; mediante la sentencia ha terminado su oficio; **a no ser que haya de tomar resoluciones consecuenciales** (liquidación de costas, perjuicios, etc.)".

Todas las sentencias, sin excepción, vuelven al juzgado de origen, a fin de que el "a quo" le imprima el sello de lo acabado, mediante un auto de obedézcase y cúmplase, subseguido de archívese si no hay que tomar resoluciones consecuenciales, o poniéndola en conocimiento de las partes si hay que tomar medidas ordenadas en la sentencia, en cuyo evento, la notificación a las personas interesadas en las ordenaciones que contenga, es pertinente y obligatoria. Más todavía, cuando la sentencia de primera instancia ha subido al superior en grado de consulta, en donde el interés jurídico no se relieva precisamente.

En este último evento el auto de obedézcase y cúmplase constituye ley del proceso, de suyo inmodificable cuando ha sido notificado y ejecutoriado, porque, como dice la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales,

17 de marzo de 1936, XLIII, 684, "su contenido está de acuerdo con el continente, o sea, la normal procesal que lo autorizó, con mira a la consecución del fin unitario procesal. Y entonces no sería la ejecutoria del auto, sino su conformación integrante de la unidad procesal, la que lo haría inalterable".

Si la ejecución de una sentencia dictada en grado de consulta en materia penal tuviera como punto de partida el término indicado en ella a contar de la ejecutoria, el interés privado dejaría de estar tutelado por el Estado, si el Juez encargado de la ejecución no lo pone oportunamente en conocimiento de los interesados. Bastaría que se profiriera el fallo, se ordenara notificar por Edicto en consideración a que la segunda instancia por el grado jurisdiccional de consulta se ha surtido en plaza distinta a la de la persona interesada en el fallo, se desfijara, se declara la ejecutoria, y luego, por negligencia o por omisión se retardara el envío del expediente al juzgado de origen; o que remitido oportunamente, no se le diera curso en el Juzgado de origen, por recargo del trabajo, por olvido del Secretario, por extravío, o por cualquiera otra circunstancia de diaria ocurrencia, para que los derechos de los particulares quedaran conculcados por el acaecimiento de los términos.

El Juez distrital de Aduanas de Barranquilla al dictar el auto de obedecimiento y al disponer que el negocio permaneciera por seis meses en el despacho de la secretaría para que las partes hicieran valer sus derechos reconocidos en la sentencia, entendió, dentro de la más sana hermenéutica, que el plazo de seis meses para la ejecución del fallo comenzaba a partir de la fecha de ese proveído, y con ese auto que vino a ser ley del proceso por la conformidad del contenido con el continente, se restableció para mi poderdante un derecho que por su origen judicial, por el hecho de haber sido notificado a las partes sin ser recurrido, tomó la forma jurídica de derecho inalienable, de derecho invulnerable, de derecho incontrovertible.

"La jurisdicción y las formas propias de cada juicio son elementos o factores de orden público que no dependen de la voluntad de las partes, puesto que son la garantía de todos los ciudadanos o asociados", ha dicho la Corte en casación XLVII, 608.

En consecuencia y aplicando la ley y la jurisprudencia, tenemos que el Juez de primera instancia al enviar al Tribunal de Aduanas el proceso para que esa corporación conociera de él en grado de consulta, la jurisdicción se le suspendió, a tenor de lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 147 del C. J. La "suspensión" de la jurisdicción envuelve lógica y obviamente la recuperación de ella. Cosa bien distinta es cuando se "pierde absolutamente", en los casos taxativamente enumerados en el artículo 145 del C. J., en donde no se recupera jamás, y, distinta también, cuando se "pierde relativamente", al producirse las causales del artículo 146 ibidem. ¿De qué manera recupera el Juez de la causa la jurisdicción que por obra de apelación o de consulta de la sentencia se le había suspendido?

No de otra manera que dictando el auto de obedézcase y cúmplase, ya que como ejecutor de la sentencia y mediante el procedimiento de cogni-

ción, que según Kisch es "el genuinamente espiritual e intelectual que sigue el Juez para la ejecución del fallo", podía ordenar la notificación a las partes de lo resuelto por el superior. Máxime, cuando como en el caso de autos, la sentencia de primera instancia había subido en grado de consulta al Tribunal de Aduanas y la parte interesada en ella, con domicilio en Barranquilla, Assad Silebi, se abstuvo de nombrar vocero en la segunda instancia surtida en Bogotá, aceptando de antemano las resultas del fallo, por lo que no habiendo sido enterado de sus resultados mediante la notificación personal, se precisaba de esa notificación por parte del Juez del conocimiento, lo que así se hizo al dictar el auto de obedézcase y cúmplase.

Según DE MARISCO "es el tiempo lo que condiciona no solo la posición lógica sino el valor jurídico de cadá uno de los actos de la relación procesal". En el caso de una sentencia definitiva y ejecutoriada el que ejecuta el tiempo para condicionar la posición lógica y el valor jurídico de cada uno de los actos de la relación procesal, es el Juez. Las partes no tienen, les está vedado, ninguna participación en esa relación procesal; si el Juez se equivoca en virtud de un acto jurisdiccional, queda a las partes el derecho de recurrir para que se enmiende el error, pero si se ha notificado y no se ha recurrido, vale decir, si se ha ejecutariado ese acto jurisdiccional, tiene que aceptarse con todo y la equivocación.

De suerte, que al afirmar la Dirección General de Aduanas que "con la ejecutoria del fallo del Tribunal de Aduanas cesó la acción penal y con ello **la jurisdicción penal aduanera** que en el negocio tenía el Juez de Aduanas, violó de igual modo el ordinal 1º del artículo 147 del Código de procedimiento civil.

Artículo 762 del Código Civil

"el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Razones de la violación de esta norma

Dice la Dirección General de Aduanas en la resolución acusada número 0517: "en el expediente no hay documento alguno para demostrar ante la Aduana ni la propiedad ni el derecho a la nacionalización de la mercancía; así que la Administración, al ordenar mediante su Resolución la entrega a Silebi del valor del remate, lo hizo sin causa legal que justificara tal actuación".

La aseveración carece de fundamento. Como la posesión es un hecho, es permitido demostrarla con testigos. En conformidad con el proceso, obran las siguientes pruebas de la propiedad de la mercancía: a) la presunción legal establecida en el artículo 162 del Código Civil; b) declaraciones de testigos; c) la Resolución 72 de 18 de octubre de 1956 proferida por el Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla, en cuya primera ordenación de la parte resolutiva, dispuso: "**reconocer al señor Asaad Silebi como propietario legítimo de**"; d) la Resolución del Administrador de

Aduana de Barranquilla, al decir que uno de sus considerandos: "que dentro del término legal, el señor Asaad Silebi identificado con la libreta militar número 537324, **probó la propiedad exclusiva de la mercancía retenida** y el Juzgado de primera instancia **lo reconoció como único propietario,** y, en consecuencia, dispuso que la totalidad de los artículos retenidos le fueran entregados, o en su defecto, la devolución del producto del valor del remate, previa deducción de los derechos de Aduana correspondientes"; e) la circunstancia de haber sido denunciado por los gendarmes aduaneros por el delito de contrabando, con el agravante de tentativa de homicidio, consistente ésta en que cuando fueron a arrebatarle la mercancía disparó contra ellos, y nadie, que se sepa, llega al extremo de disparar para defender cosas que le pertenecen a terceros.

Artículo 12, Ley 79 de 1931 y Reglamento General número 23

"La mercancía extranjera recibida en una Aduana de la República y que deba pagar derechos de importación, no se entregará por ningún motivo, sino mediante el cumplimiento de todas las formalidades que exija esta ley, y el previo pago de los derechos correspondientes".

"La mercancía, tanto de importación como de exportación que permanezca en las bodegas del Gobierno por un período que exceda de seis meses, contados desde la fecha de su llegada a los almacenes oficiales, sin que se haya recibido solicitud para su despacho, será considerada como abandonada al Gobierno".

Razones de la violación de estas normas

La frase negativa "no se entregará por ningún motivo" que trae el artículo 12 de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas), se traduce afirmativamente en el sentido de que cumplidas las exigencias de la ley se entregarán las mercancías. ¿En el caso que nos ocupa se cumplieron las formalidades que exige la ley de aduanas con el fin de obtener la entrega de la mercancía o su valor, en el caso de que hubieren sido rematadas? Veámoslo:

El Tribunal de Aduanas, máxima autoridad jurisdiccional en asuntos de aduana, con base en el artículo 56 del Decreto Ley 700 de 1954 se pronunció en el sentido de ordenar a su propietario la entrega de la mercancía que había sido retenida en sentencia ejecutoriada. El Juez de la primera instancia, encargado por mandato de la ley para ejecutar el fallo, puso en conocimiento de las partes la ordenación del superior. Dentro del término señalado por el Reglamento 23 de la Dirección General de Aduanas mi patrocinado comprobó ser el propietario de la mercancía, y en consideración a esa prueba, el Juez lo tuvo como tal y ordenó le fuera entregada la mercancía o su valor en el caso de haber sido rematada. El Administrador de Aduana de Barranquilla en vista de que se habían llenado todas las formalidades que exige la Ley 79 de 1931 aceptó la orden del Juez y ordenó la devolución a mi patrocinado. Pero la Dirección Ge-

neral de Aduanas que conoció de la Resolución de la Administración de Aduana de Barranquilla, no en grado de consulta, ni de apelación, usurpando jurisdicción revocó la Resolución de su subordinado, violando así lo dispuesto en el artículo 12 en referencia.

Por fuerza del artículo 3º de la Ley 79 de 1931, el Ministerio de Hacienda está facultado para dictar reglamentos generales de aduana, que tienen fuerza de ley. En uso de esa atribución se dictó el Reglamento 23 de 5 de abril de 1932, que vino a cumplir el mandato contenido en el artículo 60 de la indicada Ley 79 y que reza: "Autorízase al Director General de Aduanas, para que, con aprobación de la Junta General de Aduanas, en cada caso, determine por medio de reglmento: "...3º los plazos durante los cuales pueda permanecer la mercancía en las aduanas sin solicitud de despacho, antes de poderse considerar como abandonada al Gobierno".

Como el artículo 1º del Reglamento 23 consagra un término de seis meses, contados desde la fecha de la llegada de la mercancía a los almacenes oficiales, para que pueda ser retirada por los interesados, so pena de considerarse abandonada a favor del Gobierno, ocurre preguntar: ¿en qué momento llegó la mercancía de Asaad Silebi a los almacenes oficiales, para establecer el punto de partida de los seis meses? La respuesta es obvia: desde el momento en que la Dirección de la Aduana de Barranquilla fue notificada de la sentencia del Tribunal de Aduanas que ordenaba la devolución de la mercancía que había sido retenida. Esa notificación fue hecha al Administrador de Aduana por auto que dictó el Juez Distrital de Aduanas el día 17 de septiembre de 1956, vale decir, que a partir de esa fecha comenzó a correr el término de seis meses señalado por el Reglamento General de Aduanas número 23. Y la solicitud que hizo Asaad Silebi para que se le devolviera la mercancía o el producto del remate, en su caso, fue elevada a la Administración de Aduana, dentro del término de seis meses, como paladinamente se reconoce en la Resolución 00243 dictada por el Administrador de Aduana de Barranquilla.

Confunde la Dirección General de Aduanas el procedimiento ordinario señalado por la Ley 79 para la nacionalización de las mercancías de procedencia extranjera, para lo cual exige la presentación de manifiestos, de sobordos, de conocimientos de embarque, con la devolución de mercancías retenida por presunción de contrabando. En la nacionalización de las mercancías no se "devuelve", no se "restituye" ninguna cosa. Es apenas el proceso que indica la ley para que una mercancía extranjera adquiera la categoría de nacional, y, en consecuencia, pueda entrar al mercado libremente. En los procesos por contrabando, las mercancías se retienen. Y si por sentencia de autoridad competente se absuelve al sindicado o se prescribe la acción penal, se ordena la "devolución", la "restitución" de lo que había sido retenido, en ningún caso la "nacionalización". De ahí arranca la mala interpretación de la Dirección General de Aduanas.

Artículo 85 de la Ley 79 de 1931

"Tratándose de mercancía abandonada por virtud de esta ley, el saldo líquido del producto del remate, después de pagar las partidas que se aca-

ban de enumerar (costo de los anuncios, gastos de ventas, inclusive la comisión del martillero, derechos de importación, multas, bodegajes y demás gravámenes causados por la mercancía rematada), se depositará en la Tesorería General, y solo se entregará a quien pruebe su propidad sobre la mercancía rematada. Cuando se trate de mercancía decomisada o voluntariamente abandonada, quedará de propiedad de la Nación ese saldo".

Razones de la violación de esta norma:

Según el texto del artículo 85 existen varias clases de abandono: a) el que se produce por virtud de la Ley 79 de 1931, en el caso contemplado en el Reglamento General de Aduanas número 23;

b) el que se produce por voluntad del propietario de la mercancía en los casos expuestos en los artículos 188, 189, 190 y 191 de la Ley 79 de 1931; y

c) el que se produce por decomiso ordenado por acto jurisdiccional, en el caso del artículo 56 del Decreto Extraordinario número 700 de 1954.

Al negar la Dirección General de Aduanas la devolución a Asaad Silebi del saldo del remate de su mercancía, ha violado el artículo 35 de la Ley 79 de 1931, por cuanto siendo como es, y aceptando en gracia de discusión de que la solicitud de entrega se hizo con posterioridad a los seis meses señalados en la sentencia del Tribunal de Aduanas, cónsono con el señalado en el Reglamento 23, una mercancía considerada como abandonada por mandato de la Ley 79 de 1931, el saldo del remate debe entregársele a Asaad Silebi por haber demostrado su legítima propiedad. Y para hacer la solicitud de entrega, en este caso, la ley no señala término.

Artículo 227 del Código Penal de Procedimiento

'Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad".

Razones de la violación de esta norma:

Por último, la Dirección General de Aduanas, en su afán de negarle a mi patrocinado el derecho de obtener la entrega de su mercancía, o de su valor, trae como argumento tangencial en su Resolución J-0165 de 8 de abril de 1957, que Asaad Silebi al momento de rendir declaración indagatoria "negó que fuera el dueño de la mercancía o que hubiera tenido participación en los hechos".

La declaración indagatoria o sin juramento es el medio de defensa que le da la ley al sindicado. El funcionario que la recibe se limitará a exhortarlo a que diga la verdad, (artículo 348 del C. de P. P.), siendo prohibido el empleo de promesas, coacción o amenazas para obtener la verdad, así como las preguntas capciosas o sugestivas (artículo 351 ibidem).

De suerte que mi patrocinado, al hacer uso del derecho de defenderse, no podía en el acto de la indagatoria aceptar como suya esa mercancía, porque hubiera sido tanto como declarar contra sí mismo y, en consecuencia, que había tenido participación en los hechs investigados. Es decir, que por haber negado su participación y ser el dueño de la mercancía, la Dirección General de Aduana no podía concluír, como lo hizo, que Asaad Silebi no era propietario o no había acreditado la propiedad de la mercancía que solicitaba se le devolviera en atención a lo dispuesto por sentencia del Tribunal de Aduanas".

CONCEPTO FISCAL

Correspondió llevar la voz del Ministerio Público en este negocio al señor Fiscal Segundo de esta Corporación, doctor Nicolás Torres Niño, quien en su vista del 7 de mayo de 1958 se expresó así:

"El Decreto Legislativo número 2266 de 23 de septiembre de 1952, creó la Junta General de Aduanas y le adscribió la función de **revisar** las providencias pronunciadas por la Dirección General de Aduanas al resolver las consultas de las Resoluciones sobre retención de mercancías que dictan los Administradores de Aduana.

"Ahora bien: según consta en los autos, la Resolución número J-517 de 20 de septiembre de 1957 de la Dirección General de Aduanas fue notificada al interesado por edicto fijado en la Secretaría del Departamento Jurídico sin que durante el término de ejecutoria se hubiera intentado contra ella recurso alguno.

"De manera que si la Resolución número J-517 antes citada no fue sometida a la **revisión** de la Junta General de Aduanas, entidad que decide en el fondo sobre la consulta de las providencias dictadas por los Administradores de Aduanas de conformidad con el ordinal b) del artículo 2º del Decreto 2226 de 1952, es incuestionable que la vía gubernativa no resulta formalmente agotada, y que, por tanto, el señor Silebi **carece de acción** para demandar contenciosamente la nulidad de los referidos actos administrativos y el consiguiente restablecimiento del derecho que considera quebrantado, al tentor de lo preceptuado en el artículo 82 de la Ley 167 de 1941.

"La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido terminante sobre el particular. Según ella, cuando contra un acto de la Administración son procedentes los recursos de reposición, apelación, consulta o revisión su ejercicio para el interesado es obligatoria antes de ocurrir a la jurisdicción contenciosa, puesto que sin hacer uso de tales recursos procesales la vía gubernativa no puede considerarse agotada, y este requisito es indispensable, conforme el artículo 82 de la Ley 167 de 1941, para el ejercicio de la acción de plena jurisdicción.

"En las circunstancias anotadas, procede, pues, declarar probada la excepción alegada, o la que el Consejo de Estado encuentre más acorde con el hecho relacionado, y negar en consecuencia las peticiones de la demanda".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observándose del expediente que la instancia se ha rituado en debida forma y que no se presenta por lo mismo causal que invalide lo actuado, es del caso para la Sala proceder a proferir sentencia, lo cual hace teniendo en cuenta en primer término el hecho y la excepción propuesta por el señor Fiscal.

CONCEPTO FISCAL

Es cierto, como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, que el Decreto número 2266 de 1952 estableció lo siguiente:

"Artículo 2º—La Junta General de Aduanas conocerá: „

"a) De las impugnaciones que cualquier persona formule a las clasificaciones arancelarias que haga la Dirección General de Aduanas a solicitud expresa del interesado, o como consecuencia de la solicitud que el interesado debe hacer en los casos en que la calificación previa sea requisito indispensable para poder efectuar una importación, o con motivo de introducir una modificación a las notas explicativas del arancel, o de realizar cualquier otro acto atribuído a la Dirección General.

"b) De la revisión de las providencias pronunciadas por la Dirección General de Aduanas al resolver las consultas de las resoluciones sobre retención de mercancías que dicten los Administradores de Aduana, y

c) De la revisión de las resoluciones que dicte la Dirección General de Aduanas osbre reaforos o valor de mercancías.

'Artículo 7º—La revisión de las providencias a que aluden los ordinales b) y c) del artículo segundo de este Decreto deberá solicitarse en escrito que se presentará ante la Secretaría de la Dirección dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación, la cual podrá hacerse al apoderado que designe el interesado. Para los efectos de esta notificación el interesado podrá nombrar como apoderado a un agente de aduana, quien podrá interponer el recurso".

Por este mismo Decreto 2266, artículo 18, se sustrajo al control de la jurisdicción contencioso administrativa, toda decisión sobre problemas arancelarios, proferida por la Dirección General de Aduanas y la Junta General de Aduanas.

Pero respecto a la revisión de que habla el Decreto en referencia, se encuentra que el 20 de agosto de 1953, el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto Legislativo número 2218 de 1950, expidió el Decreto número 2181, por el cual se reorganizó la Dirección General de Aduanas y se fijaron su personal, funciones y asignaciones. El artículo 6º del Decreto número 2181 citado dijo:

"Corresponde al Departamento Jurídico ejercer las siguientes funciones:

".....

"b) Conocer en última instancia y por la vía gubernativa, de las apelaciones y consultas de las providencias de los Administradores de Adua-

na, salvo las reclamaciones por aforo y avalúos, que son revisables ante la Junta General de Aduanas". La Dirección General de Aduanas, a través de su Departamento Jurídico, quedó en consecuencia con la facultad de decidir en última instancia, por apelación o consulta, de las providencias dictadas por los Administradores de Aduana, salvo las referentes a aforos y avalúos. Las resoluciones acusadas en la demanda no hacen referencia a la materia sujeta a la revisión de la Junta General de Aduanas, y la proferida por el señor Administrador de Aduanas de Barranquilla, y distinguida con el número 00243 de 19 de febrero de 1957, subió en consulta a la Dirección General. Es indudable, por lo mismo, que la vía gubernativa sí fue agotada, y que no hay lugar a declarar la excepción de carencia de acción o de petición antes de tiempo propuesta por el señor Fiscal.

A esto puede agregarse que ni los Decretos Legislativos números 700 de marzo 5 de 1954, ni 188 de junio 4 de 1958 quitaron a la Dirección General de Aduanas la facultad de conocer en última instancia de las providencias expedidas por los Administradores Seccionales. El Decreto últimamente citado no dice nada a este respecto, y el número 700 de 1954 reafirma a la Junta General de Aduanas la facultad de revisar las providencias de la Dirección General referentes a cuestiones arancelarias, agregando lo siguiente: "Esta revisión no implica grado ni instancia".

CARGOS DEL DEMANDANTE

El primer cargo formulado por el actor consiste en afirmar que la Dirección General de Aduanas no tenía facultad para conocer en consulta de la Resolución número 0243 de febrero 19 de 1957 expedida por la Administración de Barranquilla, y afirma a este respecto: "En todo el articulado de la ley orgánica de aduanas no se consigue una disposición que obligue a consultar las Resoluciones que dicten los Administradores de Aduana ordenando la devolución de sumas de dinero pertinentes a los remates de mercancías". La llamada por el actor Ley Orgánica de Aduanas es la Ley 79 de 1931. Pero esta ley no constituye toda la legislación aduanera, sino que a ésta pertenecen como estatutos principales el Reglamento General número 23 de 1932, el Decreto Ejecutivo número 1432 de 1940, el Decreto Legislativo número 2218 de 10 de julio de 1950, el Decreto reglamentario número 164 de 1951 que eliminó los Tribunales Distritales y creó los Juzgados de Aduanas, el Decreto Legislativo número 2266 de 23 de septiembre de 1952, el Decreto Reglamentario número 2181 de 20 de agosto de 1953, y los Decretos Legislativos números 073 y 0188 de 1958. Como se vio anteriormente fue por el Decreto número 2181 de 1953 por el que se dio a la Dirección General de Aduanas la atribución de conocer por apelación o por consulta de las providencias de los Administradores de Aduanas. Esta disposición estaba vigente a la fecha de la expedición de las Resoluciones acusadas. Además en ella no se hace distinción de providencias, y solo se exceptúan del conocimiento de la Dirección General las referentes a reclamaciones por aforos y avalúos, que son revisables ante la Junta General de Aduanas. La Dirección General tenía com-

petencia para conocer de la Resolución número 0243 de 1957 dictada por la Administración de Barranquilla, y la que fue enviada, no únicamente para que la Dirección girara la correspondinete relación de autorización, como lo dice el demandante, sino para la aprobación, como se expresa en el artículo cuarto de la Resolución consultada.

Violación del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal

El artículo 227 del C. de P. P. fue violado en sentir del demandante, por cuanto la Dirección de Aduanas en la parte motiva de una de las Resoluciones acusadas dijo que el señor Asad Silebi en su declaración indagatoria negó ser el dueño de la mercancía o haber tenido participación en los hechos. La Dirección —según esto— no debería haber dicho lo transcrito, por cuanto el artículo citado dispone que nadie puede ser obligado en materia criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo.

Aparece plenamente comprobado de autos que el señor Asaad Silebi rindió su declaración indagatoria libre de todo apremio y coacción y con todas las garantías legales, y que por lo mismo pudo afirmar libremente no ser el dueño de la mercancía retenida por presunción de contrabando, ni haber tenido parte en la introducción de ésta, ni haber ofrecido dinero al personal del resguardo para obtener la entrega de los fardos. La indagatoria fue rendida ante un funcionario instructor de la Aduana de Barranquilla, y en esa diligencia nada tuvo qué ver la Dirección General de Aduanas. Esta entidad se limitó a observar incidentalmente la contradicción resultante del hecho de haberse negado por el señor Silebi en su indagatoria sus vinculaciones a la operación del contrabando, y su reclamo posterior como propietario de la mercancía capturada. Pero la revocatoria de la Resolución número 0243 no se produjo ni podía producirse por esta afirmación u observación al margen. La violación del artículo 227 del C. de P. P., por consiguiente, no aparece.

Violación del artículo 633 del Código de Procedimiento Penal

Como al tenor de lo dispuesto en el artículo 633 citado, la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al Juez que conoció del proceso en primera o única instancia, y la Dirección General de Aduanas en la Resolución número J-0517 de 1957 afirmó que con la ejecutoria del fallo del Tribunal Supremo de Aduanas cesó la acción penal y con ella la jurisdicción penal aduanera que en el negocio tenía el Juez de Aduanas, deduce el actor que el artículo 633 fue violado.

Respecto a este punto la Sala ha de tener en cuenta que la Dirección General de Aduanas no se limitó a hacer de modo incidental la aseveración antes transcrita, sino que precisamente en razón de lo en ella dicho revocó la Resolución número 0243 de febrero 19 de 1957 expedida por el Administrador de la Aduana de Barranquilla. El problema se reduce, en consecuencia, a decidir si la ejecución de la sentencia proferida por el Tribunal Supremo de Aduanas correspondía al Juzgado de Aduanas de

Barranquilla o a la Administración de la Aduana de esta ciudad, y si efectivamente tras la ejecutoria de la sentencia del Tribunal en referencia y como ordenación de la misma quedaba algo a hacer, algo pendiente a ejecutar.

Fue la Ley 79 de 1931, orgánica de Aduanas, la que estableció la jurisdicción penal aduanera al disponer lo siguiente:

"Artículo 309.—En la República habrá un Tribunal Supremo de Aduanas, integrado por tres miembros nombrados por el Gobierno, con residencia en Bogotá, y para un período de cuatro años, y un Tribunal Distrital de Aduanas en cada uno de los varios Distritos aduaneros y en los lugares que determine el Director General de Aduanas de acuerdo con la Junta General".

"Artículo 316. — Los Tribunales Distritales de Aduana conocerán en primera instancia en su respectiva jurisdicción de los juicios por contrabando a las rentas nacionales, usando el procedimiento ordinario para la tramitación de los juicios criminales, excepto en los casos en que esta ley determine procedimiento especial. Sus fallos serán apelables ante el Tribunal Supremo de Aduanas, y éste, en la segunda instancia, tramitará los asuntos por los procedimientos del juicio criminal ordinario, salvo los casos en que esta ley determine procedimiento especial".

Pero la jurisdicción así establecida no fue exclusivamente penal, desde luego que los Tribunales Distritales de Aduana debían conocer, además de los juicios por contrabando, de aquellos casos contemplados en el artículo 322, y que son los siguientes:

a) Las reclamaciones por clasificación y para reavalúo y las apelaciones contra recargos en los derechos, cuando el monto total del manifiesto pase de cien pesos ($ 100.00).

b) Las apelaciones contra las revisiones que el Administrador haga de multas impuestas en virtud del Capítulo XLIII.

c) Las apelaciones contra las demás multas impuestas por el Administrador.

d) Las reclamaciones por indemnización de pérdida o daños sufridos por la mercancía.

e) Las protestas contra los resueltos por el Administrador al negarse a aceptar cualquier manifiesto de aduana, o a entregar mercancías, o a liquidar de nuevo cualquier manifiesto en que se alegue error de forma o detalle de confección o escritura, o a repasar cualquier mercancía en que se alegue error de pesada, o a pagar un reintegro, o en general contra actos u omisiones del Administrador en relación con cualquier operación aduanera en que tenga interés legal la persona que dirija la protesta".

Según esto los Tribunales de Aduana tenían además de sus atribuciones específicamente penales, varias funciones administrativas.

Pero el 10 de julio de 1950 expidió el Gobierno Nacional el Decreto Legislativo número 2218, en el que se dispuso lo siguiente:

'Artículo tercero.—A partir de la expedición del presente Decreto corresponderá a la Dirección General de Aduanas, dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la facultad privativa de aplicar e interpretar la legislación aduanera y arancelaria y supervigilar su cumpli-

miento en todo el país, con el fin de hacer más eficaces y técnicos los servicios administrativos correspondientes.

"Para tal efecto la Dirección General de Aduanas quedará constituída por los siguientes Departamentos:

a) Departamento Administrativo.

b) Departamento Jurídico, encargado de la aplicación del Código de Aduanas y sus reglamentos, así como de la legislación referente a la represión del contrabando.

c) Departamento de Arancel, Oficina Técnica encargada de la aplicación, interpretación y unificación de la tarifa de aduanas".

"Artículo noveno. — Desde la fecha del presente Decreto suprímense todas las atribuciones consultivas, administrativas y arancelarias que ejercen en la actualidad el Tribunal de Aduanas y los Juzgados Distritales de Aduanas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo tercero de este mismo Decreto. En consecuencia, los organismos mencionados solo tendrán en adelante, y mientras el Gobierno efectúa la reorganización prevista en el mencionado artículo, las funciones relativas a la jurisdicción penal para la represión del contrabando, y a la civil para establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materias aduaneras".

"Sin embargo, tales entidades seguirán conociendo hasta su resolución definitiva, de todos los asuntos que se hallan actualmente a su estudio, así como de los que puedan suscitarse todavía en relación con la aplicación de la Tarifa de Aduanas que queda abrogada".

Por el Decreto Reglamentario número 164 de 1951 el Gobierno Nacional reorganizó la Dirección General de Aduanas y dispuso:

"Artículo 2º—El Director General de Aduanas, por sí, o por intermedio del Director del Departamento Administrativo, ejercerá las siguientes funciones:

"..... ....

"1.—Aprobar o improbar las resoluciones de las Administraciones de Aduana referentes a resoluciones o reembolsos en los casos establecidos por la legislación aduanera.

"Artículo 3º—El Director General de Aduanas, por intermedio del Director del Departamento Jurídico, ejerce las siguientes funciones:

"..... ....

"b) Conocer en única instancia y por la vía gubernativa, de las apelaciones contra todas las providencias de los Administradores de Aduanas, distintas de las referentes a reclamos por clasificación arancelaria y para reavalúo".

Por el Decreto Legislativo número 2266 de septiembre 23 de 1952 se creó la Junta General de Aduanas dándosele la facultad de conocer de las impugnaciones arancelarias hechas por la Dirección General de Aduanas, y de revisar las providencias de esta última entidad, tanto al determinar sobre reaforos o valor de mercancías, como al resolver las consultas de las Resoluciones sobre retención de mercancías, dictadas por los Administradores de Aduana.

Como se ha visto atrás, esta facultad de revisión dada a la Junta Ge-

neral de Aduanas fue suprimida por el Decreto número 2181 de 1953, que confirió a la Dirección General de Aduanas la atribución de conocer en última instancia y por la vía gubernativa, de las apelaciones o consultas sobre providencias dictadas por los Administradores de Aduana. Pero ni por este Decreto ni por los precedentemente citados, se volvieron a conferir al Tribunal de Aduanas ni a los Jueces de Aduanas, las facultades administrativas que les otorgó la Ley 79 de 1931.

Por el Decreto número 700 de 1954 "por el cual se organiza la jurisdicción aduanera y se dictan otras disposiciones", se estableció entre otras cosas las siguientes pertinentes al caso de autos:

"Artículo 3º—Corresponde a la Jurisdicción Aduanera:

"a) Conocer de los procesos que se adelanten en el territorio de la República por el delito de contrabando.

"b) Conocer de los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera.

"b) Conocer en única instanúcia y por la vía gubernamental, de las apetarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950.

"Artículo 60. Parágrafo.—Todas las sentencias por medio de las cuales se ordene entrega de especies retenidas por presunción de contrabando, deberán ser notificadas personalmente al Director General de Aduanas".

En 1958 fueron expedidos los Decretos Legislativos números 0073 de 12 de marzo, por el cual se dispuso que el Tribunal Supremo de Aduanas entraría a ser parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, y 0188 de junio 4, por el cual se estableció que la Jurisdicción penal aduanera se ejercería en todo el territorio de la República por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Aduanas, los Jueces Superiores de Aduanas y los Jueces Auxiliares de Instrucción Penal Aduanera.

Puede observarse de estos dos últimos Decretos, lo mismo que de todos los anteriormente citados, que ninguno modifica las disposiciones de la Ley 79 de 1931 en cuanto expresan (artículos 12, 253, 257) que la mercancía extranjera recibida en una aduana de la República y que deba pagar derechos de importación, no se entregará por ningún motivo sino mediante el cumplimiento de todas las formalidades que exija la ley, y el previo pago de los derechos correspondientes, y en cuanto deducen especiales responsabilidades para los Administradores de Aduana. (Artículo 51). Las funciones de la jurisdicción penal aduanera se reducen en lo penal a la investigación correspondiente en los casos de contrabando, y a la aplicación de las sanciones previstas, pero dentro de una órbita bien definida que no interfiere para nada la de los Administradores de Aduana, ni amengua a estos sus obligaciones, ni les atenúa su responsabilidad. El control de las mercancías no nacionalizadas se ejerce siempre por los Administradores de Aduana y la retención que se ordena por la jurisdicción penal aduanera en los casos de presunción de contrabando, consiste en impedir que las mercancías circulén hacia el interior o exterior del país. Aún "retenidas" las mercancías pueden ser rematadas, en beneficio del Fisco Nacional, y aún de los posibles reclamantes, como se observa en este proceso en que ya se había producido el remate de ellas cuando se

profirió la sentencia de última instancia en las diligencias de carácter penal. Y como es a la Administración de Aduanas a la que corresponde la guarda de las mercancías, y la que por éstas tienen responsabilidad, es por lo que ordena el artículo 60 del Decreto número 700 de 1954 que todas las sentencias por medio de las cuales se ordene entrega de mercancías retenidas por presunción de contrabando, deberán ser notificadas personalmente al Director General de Aduanas. La sentencia en el caso de autos, con que el Tribunal Supremo de Aduanas puso fin al proceso penal, fue notificada al Director de Aduanas de entonces, General Luis Matamoros L.

Así las cosas se tiene que el Tribunal Supremo de Aduanas por sentencia del 1º de diciembre de 1955 revocó la proferida por el Juez de Aduanas de Barranquilla en la parte en que por este funcionario se ordenaba el decomiso de la mercancía, y la confirmó en cuanto declaraba la prescripción de la acción penal. Al mismo tiempo el Tribunal dispuso: "las mercancías retenidas por concepto de este proceso serán del Estado si transcurridos seis meses, empezados a contar desde la ejecutoria de este fallo no fueren reclamadas por los directamente interesados". Para llegar a tales conclusiones el Tribunal tuvo en cuenta lo prescrito en la Ley 79 de 1931, según lo cual se entiende que ha habido abandono de una mercancía cuando pasados seis meses después de su ingreso a los almacenes de la Aduana no ha sido objeto de reclamación por persona que se llame a derecho a título de dueño, y el hecho de que si la mercancía había permanecido en la Aduana desde septiembre de 1949, había sido en virtud de la retención atinente al procedimiento penal, y no en el específico caso de abandono de quien debiendo reclamarla no lo ha hecho. Para concluír con la confirmación de la declaratoria de prescripción y la revocación de la orden de decomiso, el Tribunal hizo entre otras consideraciones las siguientes:

"Si la esencia jurídica de la prescripción consiste en que desaparezca toda acción por parte del Estado, en consideración al transcurso de un tiempo determinado por las leyes, mal puede establecerse la cesación de todo procedimiento en contra de un sindicado y a renglón seguido, y como efecto nacido de la necesidad jurídica de ese procedimiento que termina, otro distinto encaminado a declarar el decomiso de una mercancía".

"No se puede, por expresa prohibición de la misma ley, continuar cuando todo ha cesado, un proceso distinto, cual es el adminsitrativo o fiscal".

Sin embargo, lo que originó el presente juicio fue precisamente el hecho de haberse seguido la actuación por parte del señor Juez de la Aduana de Barranquilla. Siete meses después de ejecutoriada la sentencia del Tribunal Supremo de Aduanas expidió el auto de "Obedézcase y cúmplase", a que atrás se hizo referencia, y por el que se ordenó dejar el negocio en la Secretaría por el término de seis meses para que los interesados hicieran los reclamos respectivos.

Es indudable que el señor Juez de la Aduana de Barranquilla agotó su jurisdicción en el negocio con la sentencia del 21 de marzo de 1955, como agotó la suya el Tribunal de Aduanas con la providencia del primero de diciembre del mismo año. La jurisdicción penal aduanera nada tenía qué

ver en el asunto después de ejecutoriada la sentencia que confirmaba la declaratoria de prescrición de la acción, expresaba no haber lugar al decomiso de la mercancía, y dejaba ya al arbitrio de los posibles interesados no dejar configurar el abandono de que habla la Ley Orgánica de Aduanas, mediante el reclamo y consiguiente pago de los impuestos dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo. El procedimiento a seguir era ya puramente administrativo, pues por algo en el parágrafo del artículo 60 del Decreto número 700 de 1954 se dispone que cuando se ordena entrega de especies retenidas por presunsión de contrabando la sentencia será notificada personalmente al Director General de Aduanas, y por algo el Tribunal cumplió con esta prescripción al ordenar tal notificación y al verificarla.

Se comprende que la legislación aduanera además de profusa es bastante incoherente y dispersa; pero en lo que mantiene visible unidad es en las atribuciones dadas a los Administradores de Aduana, y en las responsabilidades que de ellas les resultan. Los posibles interesados en la mercancía de autos debieron probar la propiedad y presentar la reclamación pertinente ante el señor Administrador de la Aduana de Barranquilla, y éste para el cabal cumplimiento de sus funciones debió haber recibido de ellos directamente la comprobación, y todo dentro del término de los seis meses, fijados por el Tribunal en concordancia con la Ley, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia de última instancia. El procedimiento a seguir después de la ejecutoria en referencia era de índole puramente administrativa, y el señor Juez de Aduanas no era el competente para adelantarlo así hubiera querido aprehender la jurisdicción que dice el actor, mediante el auto de "Obedézcase y cúmplase". Nada quedaba a cumplir al señor Juez de la Aduana. La providencia del Tribunal era meramente declarativa, y con las consecuencias de ella solo tenía que ver el señor Administrador de la Aduana, quien debía percibir los derechos nacionales de quien fuera a recibir la mercancía, previa comprobación de ser el dueño de ella, o adelantar las diligencias legales en caso de operarse el abandono de que trata el Reglamento General 23. Tampoco es aceptable la razón que da el señor Silebi para explicar por qué su reclamación fue presentada después de los seis meses de la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Supremo de Aduanas. Dice el actor que dicha reclamación fue demorada en espera de que el señor Juez adquiriera jurisdicción en el negocio, mediante el auto de "obedézcase y cúmplase", y que como esta providencia se produjo en el retraso conocido, él no estuvo en posibilidad de acudir antes a presentar su reclamo. Lo cierto es que el señor Silebi, como indagado que fue, conoció de la iniciación del proceso, y debía conocer de sus incidencias. Una vez ejecutoriada la sentencia del Tribunal, bien pudo presentarse, si lo quería con copia de ella, ante el señor Administrador de la Aduana, para haber formulado su reclamo en tiempo. Por otra parte una cosa es la ejecutoria de una sentencia y otra la ejecución de la misma, pues para verificar la segunda es necesario que se haya operado la primera, no obstante la misma etimología y las afinidades morfológicas que encuentra el actor a las dos palabras.

La Resolución número 0243 dictada por el señor Administrador de Aduanas de Barranquilla, por la cual ordenó entregar al señor Asaad Silebi el producto del remate de las mercancías inicialmente retenidas por presunción de contrabando, fue evidentemente ilegal, desde luego que se produjo con base en una reclamación presentada después de vencidos los seis meses fijados por el Tribunal Supremo de Aduanas, y sin que la Administración se hubiera cuidado de comprobar directamente la propiedad de la mercancía reclamada. Por otra parte la Dirección General de Aduanas tenía competencia para aprobar o improbar la Resolución mencionada, en virtud de la facultad atribuída por el Decreto número 2181 de 20 de agosto de 1953, ordinal b) del artículo 6º. La ilegalidad del procedimiento de la Dirección General de Aduanas en relación con la Resolución número 0243 del Administrador de Barranquilla no podrá ser declarada por la Sala, y en consecuencia, tampoco su nulidad.

Determinado que la jurisdicción del Juez de la Aduana de Barranquilla, y la del Tribunal Supremo quedó agotada con las sentencias respectivas, y que además el procedimiento a seguir después de la ejecutoria de la última era puramente administrativo, no hay razón para entrar en consideraciones respecto a los artículos 507 y 550 ordinal 2º, del Código Judicial, que el demandante considera también violados, y son apenas regulaciones del procedimiento civil.

Por lo que toca a la pretendida violación del artículo 762 del Código Civil, según el cual "el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo", resulta difícil determinarla. El demandante la deriva del hecho de haberse afirmado por la Dirección General de Aduanas lo siguiente: "En el expediente no hay documento alguno para demostrar ante la Aduana ni la propiedad, ni el derecho a la nacionalización de la mercancía; así que la Administración al ordenar mediante su Resolución la entrega a Silebi del valor del remate, lo hizo sin causal legal que justificara tal actuación". Lo cierto es que lo afirmado por la Dirección General de Aduanas no resulta infirmado del expediente. Ante la Administración de la Aduana el señor Silebi no demostró la posesión; esta Oficina se atuvo a la declaración del Juez de Aduanas, hecha fuera de tiempo y sin tener jurisdicción.

No violados, sino estrictamente observados por la Dirección General de Aduanas, resulta el artículo 12 de la Ley 79 de 1931 y el Reglamento General de Aduanas número 23, según los cuales la mercancía extranjera recibida en una Aduana de la República y que deba pagar derechos de importación, no se entregará por ningún motivo ,sino mediante el cumplimiento de todas las formalidades legales, considerándose abandonada al Gobierno la que haya permanecido en las bodegas oficiales por un término mayor de seis meses, contados a partir de su llegada, sin que se hubiera recibido solicitud para su despacho.

Y por lo que hace relación al artículo 85 de la Ley 79 de 1931, es del caso tener presente que fue por el Reglamento General número 23 de 1932 por el que se estableció que debía tenerse como abandonada al Gobierno la mercancía no reclamada dentro de los seis meses siguientes a su ingreso a los almacenes de la Aduana. El abandono al Gobierno de que ha-

blan el Reglamento General número 23 y los demás Reglamentos con éste relacionados implica el ingreso al Fisco Nacional, ya de la mercancía, o del valor de ésta obtenido por razón de los remates, puesto que sería absurdo entender que la sanción rigiera respecto a la mercancía en sí, y no en cuanto a su producto.

DECISION:

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

No es del caso acceder a formular las declaraciones impetradas en la demanda.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Publíquese, cópiese, notifíquese y comuníquese.

Andrés Augusto Fernández M.—Carlos Gustavo Arrieta — Alejandro Domínguez M. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

ADUANAS. — DECRETOS DE LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO

Destitución de un funcionario de período fijo y nombrado en propiedad. — La jurisdicción aduanera y su inclusión dentro de la rama jurisdiccional.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., diciembre once (11) de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Consejero Ponente: Dr. PEDRO GOMEZ VALDERRAMA)

Ref.: Expediente número 29. Decretos del Gobierno. Nulidad del Decreto 1352 de julio 1º de 1956. Actor: Jorge Tarud.

Por medio de su apoderado, doctor Gilberto Moreno T., el doctor **Jorge Tarud** promovió ante esta Corporación demanda, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, contra el Decreto número 1352 de 1º de julio de 1957, "por medio del cual se causan algunas novedades en el personal del ramo de Aduanas", en cuanto en su artículo 1º declara la insubsistencia

del actor en el cargo de Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla, y nombra en su reemplazo al doctor Luis Alberto Rebolledo.

El acto acusado es del siguiente tenor:

"DECRETO NUMERO 1352 DE 1957

(Julio 1º)

"por medio del cual se causan algunas novedades en el personal del ramo de Aduanas".

LA JUNTA MILITAR DE GOBIERNO:

DECRETA:

"Artículo 1º—Declárase insubsistente el nombramiento del doctor Jorge Tarud en el cargo de Juez Distrital de Aduanas, de Barranquilla, y desde la iniciación de sus servicios nómbrase en su reemplazo al doctor Luis Alberto Rebolledo.

"Artículo 2º—Desde la fecha de iniciación de sus servicios, nómbrase al doctor Julián C. Caballero, Juez Distrital de Aduanas de Cartagena, en vacante existente.

"Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a 1º de julio de 1957.

"Mayor General Gabriel París, Presidente de la Junta. — Contraalmirante Rubén Piedrahita.—Brigadier General Rafael Navas Pardo. — Brigadier General Luis E. Ordóñez. — El Ministro de Hacienda y Crédito Público, Antonio Alvarez Restrepo".

La demanda impetró las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que es nulo el Decreto 1352 de 1º de julio de 1957 originario del Gobierno Nacional "por medio del cual se causan algunas novedades en el personal de Aduanas", en su artículo primero.

"**Segunda.**—Que como consecuencia de la declaración anterior, el Gobierno deberá reintegrar al doctor Jorge Tarud, dentro del término que usted le señale, al cargo de Juez de Aduanas de Barranquilla.

"**Tercera.**—Que se condene al Estado a pagar al doctor Jorge Tarud, la suma de mil pesos mensuales ($ 1.000.00) m. l., a partir del 17 de julio de 1956, suma que devengaba cuando fue destituído y hasta que se le reintegre al cargo de Juez de Aduanas de Barranquilla...".

Los hechos presentados fueron los siguientes:

"Primero.—Obro en este acto en mi condición de apoderado del doctor Jorge Tarud según consta del poder que acompaño para que me reconozca personería y pido para él:

"Segundo.—Por Decreto número 0799 de 10 de abril de 1956, originario del Gobierno Nacional y por medio del cual se designan para el período de 1956 a 1958, nuevos jueces, mi poderdante, artículo único, fue designado juez distrital de Aduanas de Barranquilla, "de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 700 de 1954, para el período comprendido entre el 1º de abril de 1956 al 31 de marzo de 1958".

"Tercero.—Mi poderdante tomó posesión del cargo a que se refiere el Decreto anterior el día doce de abril siguiente, con una asignación mensual de mil pesos m. l. ($ 1.000.z0) y lo ejerció hasta el día 16 de este mes inclusive, sin que contra él se presentara cargo alguno.

"Cuarto.—Por Decreto 1352 de 1º de julio de 1957 por medio del cual se causan algunas novedades en el personal del ramo de Aduanas, "originario del Gobierno Nacional", se dispuso, artículo 1º, "declárase insubsistente el nombramiento del doctor Jorge Tarud en el cargo de Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla y desde la iniciación de sus servicios, nómbrase en su reemplazo al doctor Luis Alberto Rebolledo.

"Quinto.—El doctor REBOLLEDO, a que se refiere el hecho anterior, tomó posesión del cargo en reemplazo de mi mandante, el 17 de este mes y ha continuado ejerciéndolo. Solo por la posesión de su reemplazo vino a tener conocimiento mi mandante de que había sido destituído".

El demandante señaló como disposiciones violadas las que se enuncian a continuación y el concepto de violación como sigue:

El artículo 16 del Decreto 700 de 1954, que dice: "Los Jueces de Aduanas serán nombrados por el Gobierno para un período de dos años contados a partir del 1º de abril de 1954".

"En consecuencia, el período para el cual fue designado mi mandante vence el 31 de marzo de 1958 y es nulo, por violar esta disposición, el Decreto 1352 de este año que declaró insubsistente a mi mandante en el cargo para el cual fue designado para un período de dos años, antes de vencerse éste. De acuerdo con el artículo 160 de la Constitución Nacional, los jueces no pueden ser suspendidos en el ejercicio de sus funciones sino en los casos y con las formalidades que determnie la ley. Aquí no se ha presentado ninguno de esos casos ni mi mandante fue suspendido en el ejercicio de sus funciones con sujeción a ningún procedimiento, sino que simplemente se le declaró insubsistente en el cargo de Juez".

Argumenta, además, el apoderado del actor, que el Juez de Aduanas debe ser abogado titulado, y tiene un suplente para llenar sus faltas (artículos 17 y 18 del Decreto 700 de 1954). Y concluye que, tanto por el señalamiento de un período, como por la exigencia de la calidad de abogado titulado, "como se exige para los jueces del circuito", se quiso equiparar a los jueces de Aduanas a la calidad de jueces de Circuito, "tanto más que, artículo 21 ibidem, son jefes de la investigación que se adelante dentro del territorio de su jurisdicción".

"Aunque nombrado por el Gobierno —continúa— como lo son los Jueces de Instrucción, el Juez de Aduanas ejerce un empleo judicial en la jurisdicción aduanera. En consecuencia, no puede ser destituído de su cargo de acuerdo con el artículo 13 del C. J., sino por sentencia ejecutoriada y no por decreto del Gobierno, como aquí ocurrió".

Del contexto de la motivación de la demanda, se desprende que el demandante estima violadas, además de la disposición del artículo 16 del Decreto 700 de 1954, las siguientes: Constitución Nacional, artículo 160, artículo 13 del C. J. Y el concepto de la violación se concreta en ha-

berse realizado la destitución antes del vencimiento del período para el cual estaba nombrado el doctor Tarud.

La demanda fue presentada en tiempo para ejercitar la acción de plena jurisdicción, ya que fue introducida el 10 de septiembre de 1957. Admitida por providencia de 18 de septiembre del mismo año, y hecha la comunicación al Gobierno por intermedio del señor Ministro de Hacienda, fue fijado el negocio en lista por los cinco días que la ley estatuye, el 1º de octubre de 1957. No fueron pedidas pruebas dentro de dicho término. El apoderado del demandante solicitó, dentro de la fijación, apertura a prueba, la cual fue negada por el Consejero ponente advirtiendo que el término de fijación en lista es, en el juicio ordinario contencioso-administrativo, el tiempo hábil para la petición de pruebas, y señalando asimismo que "lo anterior no obsta para que se aprecien las pruebas acompañadas a la demanda".

Las pruebas acompañadas a la demanda fueron las siguientes:

a) Ejemplar autenticado del **Diario Oficial** número 29439 de 22 de julio de 1957, en que aparece el Decreto demandado.

b) Copia de la diligencia de posesión del doctor Jorge Tarud, número 0231 de fecha 12 de abril de 1956, expedida en papel común.

c) Copias expedidas ambas en papel común, por la Sección de Personal, Departamento Administrativo de la Dirección General de Aduanas, de los Decretos 0799 de 1956 (abril 10) por el cual se nombró al doctor Tarud como Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla, y del Decreto número 1352 de 1957 (1º de julio de 1957), acto acusado.

d) Atestación del Juez y Secretario del Juzgado de Aduanas de Barranquilla en papel común, sobre desempeño del cargo por el doctor Tarud, "para fines de prestaciones sociales".

f) Certificado —en papel sellado— de la Contraloría General de la República —Fianza y Finiquitos— sobre paz y salvo del doctor Tarud con el Tesoro Nacional.

Dentro del término para alegar, el señor doctor Moreno T. presentó un razonado alegato en el cual ampliaba sus razonamientos de la demanda. A él pertenecen los siguientes argumentos:

a) Con la copia presentada del Acta de Posesión, en el cual consta que el doctor Tarud fue nombrado en propiedad queda acreditado el nombramiento para el período 56 - 58. "En parte alguna dice la Ley que solo con la copia del Decreto respectivo, por otra parte publicado en el **Diario Oficial**, se acredita un nombramiento. Este se presume con la posesión, el ejercicio del cargo, y se confirma con la destitución, todo lo cual aparece acreditado".

Hace un recuento de los documentos presentados con la demanda, antes relacionados y señala nuevamente las violaciones invocadas en la demanda, de las disposiciones del artículo 16 del Decreto 700 de 1954, 160 de la Constitución, 13 del C. J., para insistir en que los Jueces Distritales de Aduanas quedan comprendidos dentro de las disposiciones pertinentes que se refieren a la rama jurisdiccional, aunque el origen de su nombramiento sea el Gobierno Nacional.

Señala igualmente que el Decreto número 3665 de 1950, "por el cual se

dictan normas encaminadas al mejoramiento de la Administración de Justicia", y que establece las sanciones para Magistrados y Jueces por las faltas, omisiones e irregularidades en que incurran, no excluye a los Jueces de Aduanas. De donde concluye que en la destitución del doctor Tarud ha debido aplicarse el procedimiento allí establecido, para lo cual encuentra un argumento en el artículo 311 de la Ley 79 de 1931, que asimila a los jueces de Aduanas, para efecto de las causales de remoción, a los jueces de Circuito.

Igualmente, señala los artículos 312, 314 y 316 de la misma ley, que les daba facultades similares, incluso la de decretar detención preventiva y condenar a penas de arresto y prisión.

Y continúa: "De ahí que los Jueces de Aduanas sean miembros de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, identificados para todos los efectos con los demás jueces, no son de libre nombramiento y remoción del Gobierno y para su remoción, de acuerdo con las disposiciones citadas, debe el Gobierno acomodarse a un procedimiento previo que aquí se pretermitió como se desprende del decreto demandado. Mi poderdante tenía derecho a permanecer en su cargo hasta vencidos los dos años y a devengar los sueldos correspondientes. El Decreto que lo designó dice: "Desígnase a los siguientes señores para jueces de aduana **de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 700 de 1954** para el período comprendido entre el 1º de abril de 1956 y el 31 de marzo de 1958", es decir, aunque era innecesario el Gobierno lo nombra declarando expresamente que su período es de 2 años". (Subraya el actor).

Finalmente, señala que la redacción misma del Decreto de insubsistencia, y nombramiento de reemplazo, denota que el demandante había sido nombrado Juez de Aduanas y se encontraba ejerciendo el cargo.

El 29 de noviembre de 1957, el señor Agente del Ministerio Público, doctor Justo Franco V., produjo su vista de fondo, en los siguientes términos:

"Para demostrar estos hechos, el demandante presentó con la demanda una copia del Decreto de nombramiento, y otra del acta de posesión (fs. 2 y 4 del expediente), además de dos certificados expedidos por la Aduana de Barranquilla —Sección de Personal— y por el Juez que lo reemplazó en el cargo (fls. 5 y 6). Pero sucede que estas pruebas fueron extendidas en papel común, es decir no fueron expedidas en papel competente como lo ordena el artículo 6º —numeral 2º— de la Ley 20 de 1923, que dice:

"Artículo 6º—Se extenderán en papel sellado los actos y documentos que se expresan en seguida:

"..... ....

"2º—Los testimonios, cuentas, finiquitos, copias o certificaciones que se deban usar judicial u oficialmente, o que aun sin tal destino se deban expedir por alguna autoridad, funcionario, empleado o corporación públicos en favor o a solicitud de particulares".

"En estas circunstancias, los documentos mencionados no podrán tenerse como pruebas, al tenor de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 8º de la misma ley, que dice:

' "Artículo 8º—Ninguno de los documentos expresados en el artículo 6º de esta Ley será válido o legal, no podrá ser aceptado o admitido por ningún empleado público o corporación pública, ni podrá ser tenido como prueba si no estuviere escrito en papel sellado con los requisitos establecidos en esta ley'.

"De manera —concluye— que no habiéndose demostrado los hechos en que el actor fundamenta su derecho, porque los documentos presentados con la demanda están extendidos en papel común y no pueden tenerse como pruebas, la demanda no está llamada a prosperar". En consecuencia el señor Fiscal pide que se denieguen las súplicas de la demanda.

Antes de producirse la citación para sentencia el apoderado del actor solicitó la celebración de audiencia pública, la cual le fue concedida. Se citó para sentencia, y se fijó primeramente el 23 de enero de 1958 para la celebración de la audiencia. Esta hubo de ser aplazada a solicitud del apoderado del actor, por motivos de salud, y luego se llevó a cabo. Previamente el doctor Moreno había sustituído el poder en el doctor Rafael Montoya Mejía, quien actuó en la audiencia, que se celebró el día 27 de febrero de 1958, según aparece suscribiendo el resumen respectivo de su exposición, aunque en el acta aparece, erróneamente como puede inferirse de su mismo texto, actuando el doctor Gilberto Moreno.

Los argumentos de la parte actora en la audiencia, fueron dirigidos principalmente a refutar los argumentos de la Fiscalía, en lo relacionado con las pruebas producidas. Ellos se resumen así:

a) El acto acusado, fue presentado con la demanda, en un ejemplar debidamente autenticado del **Diario Oficial.** Esta prueba demuestra no solamente el reemplazo del doctor Tarud por el doctor Rebolledo, sino también el hecho de que el doctor Tarud fue nombrado dentro del período comprendido entre el 1º de abril de 1956, y el 31 de marzo de 1958. El demandante tenía, pues, derecho a concluír su período.

b) Las otras pruebas presentadas con la demanda confirman y completan la prueba del acto acusado. La oposición del Fiscal, fundada en el numeral 2º del artículo 6º y el inciso 1º del artículo 8º de la Ley 20 de 1923, ofrece dos aspectos: De una parte, se refiere a los documentos que se deban utilizar judicial, u oficialmente. Y de otra aquellos que aun sin esa finalidad expida alguna autoridad a particulares. Y según el apoderado, son dos las consecuencias: La invalidez de los documentos expedidos sin sujeción a esas formalidades, que de acuerdo con el precepto citado no pueden ser aceptados por ningún empleado o corporación, ni pueden tenerse como pruebas. Y la otra parte, consagrada en el inciso 3º del artículo 8º de la Ley, que dice que "ningún empleado o corporación pública podrá extender en papel común los documentos para los cuales exige el uso de papel sellado el artículo 6º de esta ley", y el artículo 23 fija la sanción correspondiente.

Aduce al respecto, el argumento de que en realidad es mayor la falta del funcionario que la del particular. Y la doctrina de la Corte, que establece que "la finalidad del papel sellado no es la de dar autenticidad a tales escritos, sino el concepto fiscal". (G. J. número 1918, pág. 502).

"Si la utilización del papel sellado —dice el resumen en cuestión— es meramente de orden fiscal, no implica autenticidad y si la ley contempla tanto la no aceptación como la revalidación con multa, dando aplicación no forzada al artículo citado y cumpliendo la de revalidación con multa, tanto para el que las expidió como para el que las usó, lo contrario sería aplicar la disposición al revés, es decir, sacrificar el derecho sustantivo a una cuestión adjetiva de orden fiscal, cuando la ley no solo acepta la revalidación, sino que ordena pasar el expediente a la Administración para que se revalide el papel y se aplique la sanción respectiva".

Otro aspecto de la argumentación, es el que presenta el doctor Montoya al señalar que la ley establece que tales documentos no solamente no pueden ser tenidos como prueba, sino que no pueden ser aceptados por ningún funcionario. Señala que la demanda fue admitida sin salvedad al respecto, como tampoco la hizo el Fiscal. E invoca el artículo 207 del C. J., en cuanto dispone que "El demandante puede presentar con la demanda los documentos que en ella cita para fundar su intención, los que se estiman sin más requisitos al dictar la sentencia". Y apunta que la ley es excluyente, y que por lo tanto no pueden desconocerse como prueba por no estar expedidos en papel sellado, pues esto equivaldría a condicionar su valor probatorio a un requisito ajeno a la disposición citada.

También cita el artículo 597 del C. J., que dispone que las pruebas, para que su mérito sea estimado, deben formar parte del proceso... 1º Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas". Y apunta que no puede dejar de estimarse el mérito de las pruebas por no estar en papel sellado, porque "este argumento sería válido en el caso de pruebas inadecuadas o incompletas, pero no en el caso de pruebas plenas y a las que solo les falta un requisito de orden fiscal y no de mérito probatorio". Termina la argumentación en esta parte, señalando que "el auto que admitió la demanda, por ministerio del artículo 207 y puesto que no hubo salvedad alguna del Magistrado ponente ni oposición por parte del Fiscal, le dio ya a los documentos acompañados a la demanda el carácter de pruebas, sin que puedan ustedes desestimarlas por faltarles el requisito fiscal del papel sellado".

"La realidad procesal es entonces que no solo fueron expedidas en forma inadecuada por los funcionarios que las firman, sino admitidas, con prohibición del artículo 8º y también por este aspecto debe ser remitido el expediente a los funcionarios de Hacienda para su revalidación y sanciones".

Somete, igualmente, a la Sala el punto de que, al no haber sido objetados los documentos en papel común, ni por el Magistrado, al recibirlos, ni por el Fiscal, "se convirtieron en papel común empleado para la actuación, cuando ha debido usarse papel sellado y por consiguiente sujeto a revalidación". Y se extiende en la jurisprudencia de la Corte, sobre el papel común, y en relación con la sanción establecido por la ley, de que la parte no deberá ser oída, en especial la que establece que "no puede seguirse de esa prohibición que la parte que no suministró el papel pueda ser desoída en cualquier tiempo cuando ya se han realizado actos procesales perfectos sobre peticiones suyas...". Señala que la Jurisprudencia

de la Corte, se orienta en el sentido de que "de un requisito meramente fiscal no puede depender el derecho sustantivo de la parte en cuyo favor se ha utilizado el papel común, con menor razón si la responsabilidad es por igual del funcionario y del particular".

Continuando con su argumentacin, el resumen señala que no habría obstáculo legal, para que se aplique al caso del papel igual cosa que lo preceptuado en los numerales 1º y 5º del artículo 13 de la Ley 20 de 1923, en cuanto al procedimiento de revalidación, cuando los documentos que obran en juicio aparecen sin las estampillas correspondientes, o sea, enviando el expediente a la Administración de Hacienda.

Fundado en el inciso 5º del artículo 8º de la Ley 20 de 1923 (hay un error de cita, pues se trata del inciso 6º), que establece que "ninguno de tales documentos podrá ser renovado sino en papel sellado o mediante la adherencia de las estampillas ordenada en este artículo", presentó en la audiencia certificados de la Administración de Hacienda de la Aduana de Barranquilla, de la Contraloría sobre el sueldo devengado por el doctor Tarud, copia del acta de posesión del doctor Tarud, y del doctor Rebolledo, y del **Diario Oficial** número 29031 de mayo 12 de 1956, en el cual apareció publicado el decreto de nombramiento del doctor Jorge Tarud. Y pidió que se estimaran como pruebas tales documentos al dictar la sentencia, con apoyo en el artículo 597, numeral 2º del C. J.

El señor Fiscal no presentó, infortunadamente, resumen de sus alegaciones. En el acta respectiva, se lee lo siguiente :"Se concede entonces la palabra por segunda vez al señor Fiscal quien comienza refiriéndose a las peticiones de la demanda y dice que para que la acción de plena jurisdicción prospere se necesitan tres requisitos: 1º que el Juez esté nombrado en propiedad para el período; 2º posesión, y 3º demostrar la destitución. Seguidamente hace hincapié en que las pruebas deben ser presentadas en papel sellado en virtud de claras disposiciones, a las cuales se refiere en su exposición. Termina el señor Fiscal pidiendo sean negadas las súplicas de la demanda".

En el reparto general efectuado el 14 de enero del corriente año, correspondió el presente negocio al Consejero que redacta la ponencia correspondiente. No observándose vicio que invalide la actuación, es, pues, el caso de entrar a fallar, lo cual hace la Sala, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Varios son los puntos que es preciso considerar en el presente negocio. Primeramente, es necesario determinar el alcance de las disposiciones legales vigentes, para saber si es o no del caso acceder a la petición del Agente del Ministerio Público, el cual basa su solicitud de que se nieguen las peticiones de la demanda, en el hecho de que las pruebas aducidas con aquella, fueron, en su mayor parte, presentadas sin sujeción a las disposiciones fiscales sobre papel sellado. Y para ello, es también necesario considerar los argumentos expuestos por el apoderado del actor, en relación con el mismo punto. Todo ello, para saber si es el caso o no de entrar en el fondo del asunto y,de consiguiente, apreciar las pruebas.

Se entra, pues, a decidir el punto previo planteado por la fiscalía y re-

batido por el demandante en la forma que quedó consignada en la primera parte de esta providencia.

DISPOSICIONES SOBRE PAPEL SELLADO

Las disposiciones fiscales que establecen el régimen de papel sellado en relación con las actuaciones judiciales y que se relacionan con el presente caso, son las siguientes:

Ley 20 de 1923

'Artículo 1º — Habrá un impuesto que se hará efectivo por medio de papel sellado y que se administrará y recaudará en la forma y términos expresados en este capítulo.

"**Artículo 6º**—Se extenderán en papel sellado los actos y documentos que se expresan en seguida:.....

"..... ....

"2º—Los testimonios, cuentas, finiquitos, copias o certificaciones que se deban usar judicial u oficialmente, o que aun sin tal destino se deban expedir por alguna autoridad, funcionario, empleado o corporación públicos en favor o a solicitud de particulares".

"**Artículo 8º**—Ninguno de los documentos expresados en el artículo 6º de esta ley, será válido o legal, ni podrá ser aceptado o admitido por ningún empleado público o corporación pública, ni podrá ser tenido como prueba, si no estuviere escrito en papel sellado con los requisitos establecidos en esta Ley..... Ningún empleado público o corporación pública podrá extender en papel común los documentos para los cuales se exige el uso del papel sellado en el artículo 6º de esta Ley.

"Cualesquiera de los documentos expresados que hayan sido escritos en papel común, o que contengan mayor número de líneas que las permitidas por esta Ley, o que sean contrarios a cualquiera de las prescripciones del artículo 5º de ella, pueden ser legalizados y revalidados siempre que a cada hoja de tales documentos se le adhieran y anulen estampillas de las especificadas en el artículo 10, de valor de 10 pesos, con la constáncia escrita o impresa de que el documento queda revalidado, todo lo cual debe hacerse de acuerdo con el artículo 20 de esta Ley... "Ninguno de tales documentos podrá ser renovado sino en papel sellado o mediante la adherencia de las estampillas ordenada en este artículo".

"**Artículo 22.**—Los empleados o corporaciones públicas que admitan solicitudes o documentos que deban estar extendidos en papel sellado o provistos de estampillas sin que llenen tal requisito, incurrirán en una multa de un peso por cada hoja de papel sellado que hubiere dejado de usarse o por cada estampilla que se hubiere omitido y veinte pesos más. La multa será impuesta por el Administrador de Hacienda Nacional del Departamento donde se haya cometido la infracción o por cualquier empleado de Hacienda Nacional a quien aquel haya delegado la facultad correspondiente.

"**Artículo 23.**—Los empleados o corporaciones públicas que extiendan en papel común los actos, documentos o diligencias que deban extenderse en papel sellado o en papel con estampillas de timbre nacional, o que usen papel y estampillas de valor inferior a los prevenidos en esta ley, sufrirán la pena de que trata el artículo anterior, que les impondrá también el Administrador de Hacienda Nacional del Departamento donde se haya cometido la infracción o por cualquier empleado de Hacienda Nacional a quien aquel haya delegado la facultad correspondiente".

Hay que distinguir la **expedición** y **admisión** de domumentos, del empleo de papel común en la actuación, por no haber suministrado el litigante el papel sellado, caso diferente y que tiene su propia sanción establecida por la ley.

Tenemos, pues, primeramente, que la ley establece que los documentos de que trata el artículo 6º, no serán válidos y legales, ni podrán ser aceptados por empleados o corporaciones públicas, ni admitidos como prueba. En el presente caso, se trata de la **admisión como prueba,** la cual implica la aceptación o rechazo del documento.

El artículo 207 del C. J. establece que "El demandante puede presentar con la demanda los documentos que en ella cita para fundar su intención, los que se estiman sin más requisitos **al dictar la sentencia".** Lógicamente, es parte de esa estimación el resolver si, viniendo los documentos en cuestión en papel común, es decir sin cumplir la ley fiscal, tienen validez o no. Es necesario advertir, primeramnete, que los documentos emanados de particulares, y expresivos de obligaciones, tienen un especial tratamiento, y una sanción especial, para el caso de esta omisión. En el caso de los documentos emanados del funcionario público, que es el de autos, las disposiciones legales tienden a enervar el mérito del documento, por una parte, y por otra, a sancionar al empleado responsable. Naturalmente, unos y otros documentos, al ser reparadas las omisiones, recobran su valor, por cuanto como anota el doctor Antonio Rocha (De la Prueba en Derecho, pág. 186, ed. 1946), el cumplimiento de previsiones y disposiciones de orden fiscal respecto de actos o contratos de naturaleza civil y de diligencias judiciales y administrativas, viene a ser, en puridad de verdad, cosa simplemente adjetiva y ajena a la esencia del acto o diligencia pertinente, destinada únicamente a la exacción de un impuesto nacional, pero en realidad no hace parte integrante de la naturaleza del acto civil o diligencia del poder público. De manera que su omisión vendría a afectar, **en algunos casos claramente previstos en la ley, los efectos judiciales o administrativos llamados a producirse por el acto o diligencia pero en forma alguna a desnaturalizarlos en su esencia y contenido cuando se les aprecia y considera en sí mismos y hecha abstracción de alguna solemnidad, si bien obligatoria, completamente extraña a su esencia misma".** (Subraya la Sala).

Considera la Sala que se está, en esta primera parte del asunto, en frente de uno de los casos "claramente previstos en la ley", que afectan los efectos judiciales del documento. El texto legal es de una absoluta claridad, que no requiere esfuerzo de interpretación, e impone al juzgador no estimar como prueba un documento producido en esas condiciones. De

tal manera que los documentos allegados con la demanda, en la forma primeramente detallada al hacer la recapitulación del proceso, y que no fueron presentados en papel sellado, con arreglo a la ley, **carecen para la Sala de validez**, y no es posible estimarlos como prueba, de acuerdo con el mismo precepto. En este aspecto tiene, pues, razón el señor Fiscal.

Ahora bien: En relación con la admisión de los documentos, es preciso despejar un punto, ya que en la audiencia el apoderado sustituto insistió en la responsabilidad de los funcionarios que lo expidieron, y del anterior consejero sustanciador, que postergó su estimación para el momento de la sentencia. Al hablar la ley expresamente de que tales documentos "no pueden ser aceptados o admitidos por ningún empleado público o corporación pública, ni podrán ser tenidos como prueba, establece una distinción necesaria para el caso de los documentos que se presentan ante la rama jurisdiccional. La "aceptación", considera la Sala, en el campo jurisdiccional de tales documentos, viene a configurarse en el momento en que, o bien se decreta la prueba, cuando ésta es pedida dentro del juicio, o bien se entra a **estimar** ésta, cuando fue presentada con la demanda.

No puede ser de manera distinta, habida cuenta de que el artículo 207 establece que la oportunidad para considerar las pruebas presentadas con la demanda, es el momento de la sentencia. Es de señalar que el acto acusado sí fue presentado en forma legal, de manera que a esto, de acuerdo con el artículo 86, se limitaba, en el momento de la admisión, y con respecto a pruebas, la actuación del Consejero sustanciador. De modo que el momento en que puede estimarse la admisibilidad y efecto probatorio de los demás documentos presentados con la demanda, es éste, como lo dijo igualmente el sustanciador, en auto de octubre 9 de 1957; en el cual se dijo, asimismo, que en el juicio ordinario contencioso-administrativo la oportunidad para pedir pruebas es la de la fijación en lista.

La tesis del señor apoderado, de que en esta oportunidad debe aplicarse la interpretación de considerar tales documentos como actuación, por cuanto fueron incorporados al expediente, no es lógica, porque es muy distinto el caso de las pruebas producidas con la intervención del Consejo, en el cual, en determinados eventos, sí tiene aplicación esta interpretación. Pero en el caso presente, como queda explicado, es diferente la situación.

Pidió el señor Fiscal la desestimación de las súplicas de la demanda, con fundamento en que por no haberse cumplido con la exigencia fiscal, los hechos no habían quedado probados. Se ha determinado el alcance de la disposición fiscal que lógicamente no puede llegar hasta afectar la validez intrínseca de los actos. Evidentemente, el texto de la ley no deja alternativa. Habría, desde luego, la posibilidad del envío previo a la Administración de Hacienda respectiva, para que allí se surtieran las sanciones fiscales; pero en el presente caso ocurre que, en la audiencia pública, fueron presentadas por el actor varias pruebas, a manera de renovación en papel sellado y con todas las formalidades legales, de las presentadas originalmente expedidas en forma que contravenía la ley. Ahora bien, el actor, y con razón, invoca el artículo 597, ordinal 2º del C. J., que dice: **"Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte**

del proceso.. 2º. Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes...".

En la deficiente acta de la audiencia se dice: "Se concede entonces el uso de la palabra al señor apoderado por segunda vez, renunciando a ella **y presentando en memorial resumen de la audiencia y varios documentos".** No hay constancia alguna de que el señor Fiscal, presente en la audiencia, se hubiese opuesto a esta presentación, como había podido hacerlo. Solamente esta falta de oposición, equivale a un asentimiento implícito, hace posible la admisión de las pruebas. Si el Agente del Ministerio Público se hubiese opuesto, no habrían podido admitirse, puesto que el Fiscal, podía objetar el que se recibiesen sin darle oportunidad de contraprobar. Y, como la audiencia es una de aquellas diligencias de que habla el ordinal 2º del artículo 597, se procederá a considerar las pruebas presentadas por la parte demandante, con la expresa advertencia de que como queda dicho, ello se hace **solamente en virtud de que el Ministerio Público no objetó, como había podido hacerlo, la incorporación de las pruebas.** De manera que esta decisión no desvirtúa la jurisprudencia en el sentido de que las pruebas no pueden ser agregadas en la audiencia pública; se trata, como queda visto, de un caso excepcional.

Queda, pues, despejada la objeción fundamental formulada por el señor Agente del Ministerio Público, quien se limitó a fundar en la omisión de carácter fiscal la petición de rechazo de los pedimentos. Procede ahora entrar en el fondo del asunto.

Pruebas producidas en la Audiencia

Tales pruebas son:

a) **Certificación de la Administración de la Aduana de Barranquilla,** de la cual aparecen los **sueldos** devengados por el doctor Tarud, así: del 12 de abril de 1956 al 30 de junio de 1957, a razón de $ 1.000.00. Del 1º de julio de 1957, al 15 del mismo a razón de $ 1.100.00 mensuales.

b) **Copia expedida por la Jefatura del Personal** de la Administración de la Aduana de Barranquilla, **del acta de posesión del doctor Tarud como Juez Distrital de la Aduana** de dicha ciudad, acto que se realizó el 12 de abril de 1956, "para el período del 1º de abril de 1956, al 31 de marzo de 1958", y del acta de posesión del doctor Luis Alberto Rebolledo, el 17 de julio de 1957. El doctor Tarud se posesionó ante el Secretario del Ministerio de Hacienda, en tanto que el doctor Rebolledo se posesionó ante el Administrador de la Aduana de Barranquilla.

c) **Certificado de la Contraloría General de la Nación.** Sobre sueldo del doctor Tarud. Este certificado señala como sueldo el de $ 1.000.00 hasta el 16 de julio de 1957, en contradicción con el certificado señalado en el punto a). Y señala como fechas del desempeño del doctor Rebolledo, el 1º de octubre al 31 del mismo mes, de 1957. Hay también discrepancia con las copias de actas de posesión del punto b).

d) **Ejemplar certificado del Diario Oficial número 29031,** de mayo 12 de 1956, en el cual aparece la designación del doctor Jorge Tarud para

el cargo de Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla, "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 700 de 1954, para el período comprendido entre el 1º de abril de 1956 y el 31 de marzo de 1958".

Aparecen, pues, comprobados en autos el nombramiento del doctor Tarud, su posesión y desempeño del cargo, y su sueldo de $ 1.000.00, de acuerdo con la certificación de la Contraloría General de la República, que forzosamente tiene mayor eficacia probatoria en el aspecto de sueldos. Se demostró, igualmente, el hecho de que el doctor Tarud fue designado en propiedad, y para un período previsto en la disposición legal respectiva. Y se demostró asimismo, que fue removido por el Gobierno según el Decreto demandado en el presente juicio, antes de la terminación de su período.

El demandante fijó los motivos de su acusación, en los puntos siguientes:

a) El doctor Tarud por ejercer las funciones de Juez de Aduanas, pertenecía a la rama jurisdiccional, aunque el nombramiento fuera hecho por el Gobierno. De consiguiente, su destitución había tenido que sujetarse a las normas del artículo 160 de la Constitución Nacional, y del artículo 13 del C. J.

b) Por otra parte, señaló el actor, el Decreto 700, en su artículo 16, estableció un período de dos años para los Jueces de Aduanas y el doctor Tarud fue nombrado en propiedad para ese período, y destituído antes de que concluyese.

Corresponde, pues, estudiar estos planteamientos a la luz de las disposiciones invocadas, y de la jurisprudencia de la Corporación, a lo cual se procede según el siguiente orden: 1º Si el cargo del doctor Tarud pertenecía evidentemente a la rama jurisdiccional. 2º La validez del Decreto de destitución, una vez dilucidado el punto anterior.

Naturaleza de la jurisdicción penal aduanera

El artículo 309 de la Ley 79 de 1931. orgánica de Aduanas, estableció lo siguiente:

'Artículo 309.—En la República habrá un Tribunal Supremo de Aduanas, integrado por tres miembros nombrados por el Gobierno, con residencia en Bogotá, y para un período de cuatro años, y un Tribunal Distrital de Aduanas en cada uno de los varios Distritos aduaneros y en los lugares que determine el Director General de Aduanas de acuerdo con la Junta General. El Tribunal Supremo nombrará su Secretario y dos Escribientes. El Secretario devengará un sueldo mensual de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) y cada Escribiente uno de cien pesos ($ 100.00)".

Y dijo el artículo 311:

"Los Jueces de los Tribunales Distritales de Aduanas estarán sujetos a remoción por las mismas causas que incapacitan a los Jueces del Circuito para continuar en sus cargos, y los del Tribunal Supremo de Aduanas por las mismas causas que incapacitan a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia".

Y el artículo 312: "Los Tribunales creados por esta Sección y cada uno

de sus jueces estarán investidos de las **mismas facultades de los del Poder Judicial de la República** para citar y apremiar testigos, y para imponer penas por desobediencia".

Por el artículo 314 se estableció que también los tribunales distritales estarían formados de tres jueces, designados por el Gobierno para un período de cuatro años. El artículo 316 adscribió a dichos tribunales el conocimiento de los juicios por contrabando "usando el procedimiento ordinario para la tramitación de los juicios criminales excepto en los casos en que la Ley citada determine procedimiento especial". El Capítulo LXXII de la Sección XIV de la Ley citada, dio normas especiales de procedimiento.

El Decreto-Ley número 1432 de 1940 suprimió los Tribunales Distritales de Aduanas de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena y Cúcuta, y creó en las dichas ciudades "Juzgados de Aduanas... con las atribuciones y jurisdicción que hasta hoy han tenido los nombrados Tribunales, y con el personal y asignaciones siguientes:...".

El Decreto-Ley 2218 de 1950, dijo en su artículo 9º, inciso 1º:

"Desde la fecha del presente Decreto suprímense todas las atribuciones consultivas, administrativas y arancelarias que ejercen en la actualidad el Tribunal de Aduanas y los Juzgados Distritales de Aduanas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de este mismo Decreto. En consecuencia, los organismos mencionados solo tendrán en adelante, y mientras el Gobierno efectúa la reorganización prevista en el mencionado artículo, las funciones relativas a la jurisdicción penal para la represión del contrabando, y a la civil para establecer responsabilidades contractuales y extracontractuales en materias aduaneras...".

El artículo 3º del Decreto en cuestión, atribuyó a la Dirección General de Aduanas "la facultad privativa de aplicar e interpretar la legislación aduanera y arancelaria y supervigilar su cumplimiento en todo el país".

Desde este momento comienza a señalarse en forma más clara la separación de la jurisdicción aduanera, de las funciones administrativas y consultivas que antes ejercían los funcionarios pertenecientes a ella.

Vino en 1954 el Decreto 700, de marzo 5 de aquel año, "por el cual se organiza la Jurisdicción Aduanera y se dictan otras disposiciones". Dicho ordenamiento señalaba que ejercían la jurisdicción aduanera el Tribunal Supremo de Aduanas, los Juzgados de Aduanas y los Juzgados de Instrucción Penal Aduanera. Se señalaban en su parte pertinente los asuntos de los cuales debía conocer la jurisdicción, a saber, los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, y todos los asuntos relacionados con la aplicación de las tarifas arancelarias anteriores al Decreto 2218 de 1950. El artículo 9º señalaba la competencia territorial de los jueces de Aduanas, y los artículos 10 y 11 señalaron la composición del Tribunal Supremo de Aduanas, y las condiciones para ser Magistrados de él. El artículo 16 establecía que los Jueces de Aduanas serían nombrados por el Gobierno para un período de dos años contados a partir del 1º de abril de 1954. El artículo 17 creaba suplentes para los Jueces, y el artículo 18 señalaba las condiciones para ejercer el cargo de Juez de Aduanas.

Este Decreto fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia, entidad que, según sentencia de fecha 23 de septiembre de 1958, declaró su **inexequibilidad,** con excepción de algunos artículos, por haber sido estos derogados con anterioridad al fallo. Los artículos exceptuados fueron: del 1º al 8º, del 9º al 16, del 18 al 22, del 24 al 32, del 35 al 38, del 40 al 42, del 58 al 59, el parágrafo del artículo 60, los artículos 62, 67, 69, 79 y 104. El fundamento de la inexequibilidad, que para la Corte cobijó la totalidad del Decreto, fue que "el Gobierno, en ejercicio de las facultades excepcionales de que trata el artículo 121 de la Carta, solo puede dictar medidas cuya finalidad sea el restablecimiento del orden público, es decir, aquellas en que aparezca ostensible relación entre la conmoción interior y la necesidad de regresar a la normalidad". Consideró aquella alta Corporación, que no era posible que el Gobierno sustituyese al legislador expidiendo códigos o leyes de carácter permanente, siendo, por otra parte, la organización de la jurisdicción aduanera de la competencia del Legislador. Los artículos exceptuados, fueron los derogados por los Decretos Legislativos números 73 y 188 de 1952.

Con fecha 12 de marzo de 1958 se dictó el Decreto Legislativo número 0073, emanado de la Junta Militar de Gobierno, y por el cual, artículo 1º, se estableció:

"Artículo 1º—A partir de la vigencia del presente Decreto, el Tribunal Supremo de Aduanas formará parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, y se llamará Tribunal Superior de Aduanas y se compondrá de cuatro Magistrados designados por la Corte Suprema de Justicia, para un período de cuatro años contados a partir del 1º de marzo del año en curso".

El artículo 2º del Decreto fijó las condiciones para ser Magistrado de dicho Tribunal, y el artículo 4º estableció que "Los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas designarán al iniciar sus labores, los Jueces Distritales de Aduanas, por un período de dos años". Y finalmente, el Decreto 188 de 1958 (posterior, como el Decreto 73, al acto demandado en este juicio), introdujo nuevas reformas a la jurisdicción penal aduanera, de las cuales la de mayor importancia es la que colocó a la cabeza de dicha jurisdicción a la Corte Suprema de Justicia, y estableció el recurso de casación para ante la Sala Penal de aquella Corporación, de las sentencias de segunda instancia del Tribunal Superior de Aduanas, en cuantía mínima de cien mil pesos ($ 100.000.00).

Hecha la anterior síntesis, suficiente para los fines de la presente providencia, corresponde entrar a considerar el caso concreto del doctor Tarud. Como se ha visto, desde 1931 la ley estableció la jurisdicción aduanera de manera especial, estableciendo que se justificaba ya entonces, dada la especialidad de los asuntos de los cuales debía conocer.

A lo largo de las disposiciones citadas, en las cuales se va marcando la aproximación a la rama jurisdiccional, hasta culminar con los Decretose 73 y 188 de 1958, en que ya se declara expresamente la pertenencia del Tribunal Superior de Aduanas a la Rama Jurisdiccional, y se establece un sistema de recursos que llega hasta la Corte Suprema de Jus-

ticia, se va, igualmente perfilando la voluntad de estructurar un Cuerpo Auxiliar de funcionarios especializados de instrucción. Indudablemente, la condición de estos es diferente, y no es el caso de entrar a analizarla en esta sentencia. Pero en relación con los Magistrados y Jueces de Aduana, a través de las varias denominaciones que la ley les ha dado, aparecen claramente las características que van acentuando cada vez más el carácter de la jurisdicción, hasta llegar a los Decretos de 1958, ya citados.

Desde la Ley 79 de 1931, los funcionarios de la jurisdicción aduanera tenían período fijo. Esta circunstancia vuelve a mencionarse en el Decreto 700 de 1954, vigente al tiempo en que se sucedieron los hechos señalados en la demanda. Todavía el origen de la jurisdicción está en el nombramiento del Gobierno, sin que ello sea suficiente para cambiar sus características, ya que el acto condición del nombramiento viene solamente a ser, como su nombre lo indica, la condición necesaria para investir al Juez de la competencia en la cuál se concreta el ejercicio de la jurisdicción.

Ciertamente las disposiciones de los Decretos 73 y 188 de 1958, que son los que efectivamente incorporan la jurisdicción a la rama correspondiente del poder público, son posteriores al caso en estudio. Sin embargo, era necesario, y más habiendo sido uno de los argumentos fundamentales del actor, entrar en el estudio del tema.

La jurisdicción es una función estatal, una de las formas de manifestación del poder público, es decir, uno de los modos de realización de los fines del Estado.

El ejercicio de la función jurisdiccional, es la aplicación al caso concreto, de la norma jurídica, por medio del reconocimiento de hechos, o de la declaración de la existencia de derechos. Evidentemente, dentro del sistema de colaboración armónica de las ramas del poder público, los actos de la función junrisdiccional, ejercidos primera y principalmente por la rama del poder público correspondiente, son, en ocasiones queridas por la organización legal, ejercidos por una de las restantes ramas del poder público. Punto es este en el cual no hay discusión, ni en el caso presente habría lugar a ella. En realidad, lo que se trata de determinar es si, por el hecho del ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces y magistrados de Aduanas quedaban comprendidos dentro de las especiales garantías con las cuales quiso la Constitución Nacional amparar a quienes pertenecían a la Rama Jurisdiccional. En otras palabras, si además de la justicia ordinaria, y las jurisdicciones especiales previstas en la Carta, hay otros funcionarios públicos comprendidos por los preceptos en cuestión

Tales preceptos dicen:

Constitución Nacional.—"Artículo 55.—Son Ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional".

"El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

"Artículo 160.—Los Magistrados y Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la Ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino a virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior".

"Los Magistrados y los Jueces estarán sujetos a sanciones disciplinarias impuestas por el respectivo superior, que podrán consistir en multas, suspensión o destitución, en la forma que determine la Ley (artículo 64 A. L. número 1 de 1945)".

"No podrán suprimirse ni disminuírse los sueldos de los Magistrados y Jueces de manera que la supresión o disminución perjudique a los que están ejerciendo dichos cargos. Los cargos de la Rama Jurisdiccional no son acumulables, y son incompatibles con el ejercicio de la abogacía. Solamente se exceptúan de esta disposición los cargos docentes (artículo 66 del A. L. número 1º de 1945)".

Se dijo antes cómo no podría considerarse el origen de los funcionarios de la jurisdicción aduanera con criterio excluyente para deducir que no forman parte de la Rama Jurisdiccional, Sin que esto quiera decir que todo funcionario de la administración que ejerza jurisdicción, pueda considerarse incluído en ella. La peculiar organización dada a la jurisdicción penal aduanera por el legislador desde 1931, señala muy claramente sus características, y aparece cómo, dentro de un proceso legislativo en muchas ocasiones caótico, la justicia aduanera se va acercando a la Rama Jurisdiccional. Si las funciones del Tribunal Supremo de Aduanas, o de los Tribunales o Juzgados Distritales hubiesen sido ejercidas por funcionarios dependientes del Ministerio de Hacienda, por lo cual sus providencias habrían sido susceptibles del recurso jerárquico, el caso habría sido distinto, ya que entonces había sido posible señalarlos como entidades o funcionarios del orden administrativo, capacitados por la Ley para ejercer la función jurisdiccional.

Pero la misma disposición de la Ley 79 de 1931 (artículo 332) que estableció la apelación de las sentencias del Tribunal Supremo de Aduanas para ante el Consejo de Estado, demuestra la voluntad del Legislador de deslindar del campo puramente administrativo las funciones y calidad de los miembros de la justicia aduanera. Este deslinde, como queda dicho, tuvo un largo proceso.

Ciertamente, desde el punto de vista de la función jurisdiccional una de las tres grandes funciones del Estado, lo más importante, como anota Chiovenda (Principios de Derecho Procesal Civil, T. I, pág. 359), es "determinar si un funcionario tiene función jurisdiccional, aunque orgánicamente pertenezca a la administración". Pero desde el punto de vista de las garantías que protegen al funcionario, sí es fundamental determinar si puede considerarse o no incluído dentro de la dicha Rama del Poder Público.

Los Decretos 73 y 188 de 1958 vinieron a despejar el punto.

Es una solución más lógica que la de la Ley 79 de 1931, la de que la jurisdicción aduanera, ejercida en sus instancias inferiores por Tribunales especiales, venga en última instancia a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Con ello, se acerca el sistema a una mejor tecnificación.

En tanto que las decisiones de los demás funcionarios administrativos de aduanas, que en ocasiones ejercen jurisdicción, son susceptibles del recurso jerárquico, las de los Jueces y Magistrados Aduaneros no lo son.

Se trata ya de un recurso contencioso, diferente del jerárquico de la vía gubernativa.

Se vio cómo los Decretos 73 y 188 de 1958, han realizado la incorporación de la justicia aduanera a la rama jurisdiccional. Ahora bien, si se examina la organización anterior a esos decretos, no hay duda de que la función jurisdiccional era ejercida por la justicia aduanera. Para ubicarlos en la calidad de jueces concurren una serie de circunstancias: 1º Las disposiciones legales exigen para ellos condiciones de idoneidad. 2º Se les señaló un período fijo para el desempeño de sus funciones. 3º Se les señaló competencia territorial, y el conocimiento de determinadas infracciones especiales, así como el poder de aplicar las penas correspondientes. 4º Poseen las facultades esenciales de "decisión, coerción y documentación", que señala Chiovenda como necesarias a la jurisdicción. 5º Tienen el título de Jueces y Magistrados respectivamente, de una jurisdicción especial, y sus decisiones están sujetas a la revisión de las entidades superiores dentro de la misma Rama. 6º En el desempeño de sus funciones no están sujetos a órdenes de entidades o personas de las Ramas Ejecutiva o Legislativa. 7º Conocen de recursos contenciosos.

Evidentemente, todos estos caracteres podían predicarse de la justicia aduanera con anterioridad a los decretos citados. Porque son caracteres que dicen ante todo relación al ejercicio de la función jurisdiccional. En cuanto a su inclusión dentro de la Rama Jurisdiccional, solamente el legislador podía realizarla, desde el punto de vista constitucional. Después de los citados decretos, cualquier duda aparece despejada.

VALIDEZ DE LA DESTITUCION DEL DR. TARUD

Indudablemente, desde el punto de vista de la protección del artículo 160 de la Carta, la posición del demandante ofrecía dudas, principalmente por la razón últimamente anotada, que no por el ejercicio de la función jurisdiccional, que era evidente. Pero aun partiendo de la base de que el cargo a que pertenecía no se encontraba situado dentro de la Rama Jurisdiccional, hay un hecho de importancia indiscutible, y que favorece esencialmente su posición, y es el de haber sido nombrado en propiedad, y para un período fijo, y haberse cumplido la destitución cuando estaba corriendo tal período. El hecho de haber sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia el Decreto 700 de 1954, no perjudica la situación del actor, que fue en su totalidad anterior a la sentencia de la Corte, y acertadamente la jurisprudencia de esa Corporación ha señalado en varias oportunidades que, a diferencia de la nulidad, la inexequibilidad opera únicamente hacia el futuro.

Resta advertir que en la presente sentencia, la Sala se ha ceñido estrictamente a estudiar el caso de la Jurisdicción Aduanera, sin entrar a tocar para nada el caso de los funcionarios de instrucción, por no ser materia del presente negocio. Tampoco se entró a considerar el caso de los funcionarios en interinidad, por tratarse en el caso presente, de un Juez nombrado en propiedad.

Demostró el doctor Tarud, por medio de su apoderado, que se encon-

traba desempeñando el cargo de Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla, cargo para el cual fue designado por Decreto 799 de abril 10 de 1956, para el período comprendido entre el 1º de abril de 1956 y el 31 de marzo de 1958.

Demostró de igual modo, que tomó posesión el 12 de abril de 1956, y que jerció el cargo hasta el día 16 de julio de 1957, en que tomó posesión su reemplazo, apareciendo probado que el doctor Tarud devengó durante su desempeño un sueldo de $ 1.000.00 mensuales.

Considera la Sala que por estar cobijado el doctor Tarud por un período fijo, dentro del cual fue destituído sin fundamentación alguna, ni demostración de falta a sus deberes el Decreto número 1352 de 1957 que lo destituyó y designó en su reemplazo al doctor Luis Alberto Rebolledo es nulo, y así debe decretarse, como en efecto se hará, y debe decretarse de igual manera el pago de los sueldos por él dejados de devengar, **pero solo hasta el vencimiento de su período**, o sea hasta el 31 de marzo de 1958, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación en lo que se refiere a empleados de período fijo, el cual les está garantizado, pero solamente hasta su terminación.

Por la misma razón de estar ya vencido el período, no es del caso decretar el reintegro al cargo, también de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación, ya que el reintegro no puede operar en el caso de empleados de período fijo que se encuentre vencido.

DECISION:

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1º—Es nulo el Decreto número 1352 de 1º de julio de 1957, originario del Gobierno Nacional, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su artículo **primero**, en cuanto destituyó al doctor JORGE TARUD del cargo de Juez Distrital de Aduanas de Barranquilla, y nombró en su reemplazo al doctor Luis Alberto Rebolledo.

2º—El Gobierno Nacional pagará al doctor Jorge Tarud los sueldos dejados de devengar a partir del diecisiete (17) de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1957) y hasta el día treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), fecha de expiración de su período, a razón de un mil pesos ($ 1.000.00) mensuales, previa deducción de las sumas que se demostrare que durante ese lapso devengara el doctor Tarud por cualquier otro concepto del Tesoro Nacional o de empresas

en que tenga parte principal el Estado, o bien en horas útiles de labor, de empresas de carácter particular.

Dicho pago deberá hacerse en los términos del artículo 121 del C. C. A.

3º—Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel común empleado en la actuación y archívese.

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta—Alejandro Domínguez Molina — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez — Pedro Gómez Valderrama — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

ASUNTOS MUNICIPALES

Facultades en el nombramiento y remoción del personal subalterno de las Inspecciones de Transporte y Tránsito Municipales. — Los Alcaldes no tienen otra atribución que aprobarlos o rechazarlos. (Decreto Ejecutivo 2281 de 1955)

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Consejero Ponente: Dr. ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ)

Referencia: Expediente número 247. — Demanda de plena jurisdicción contra el Decreto número 140 de 31 de agosto de 1957 dictado por la Alcaldía de Armenia.

El señor Personero Municipal de Armenia apeló de la sentencia de fecha 8 de julio de 1957 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en la cual éste hizo las siguientes declaraciones:

"1º—Es NULO el Decreto número 140 de fecha 31 de agosto de 1956, dictado por el señor Alcalde Municipal de Armenia, en cuanto por él se destituye al señor HERNAN CASTRO JARAMILLO del cargo de Coordinador de Empresas y Mecanógrafo de la Inspección de Transportes y Tránsito de la ciudad de Armenia (C.) y se nombra en su reemplazo al señor ALBERTO MAYA LONDOÑO;

2º—Como consecuencia de la nulidad que se declara en el numeral anterior, se ordena la inmediata restitución del señor HERNAN CASTRO JARAMILLO al cargo de Coordinador de Empresas y Mecanógrafo de la Inspección de Transportes y Tránsito del Municipio de Armenia, desde

la fecha en que fue destituído, o sea desde el 1º de septiembre de 1956, hasta el día en que sea o haya sido reemplazado legalmente;

"3º—Al señor HERNAN CASTRO JARAMILLO se le pagarán los sueldos que haya dejado de percibir, desde la fecha en que fue destituído y reemplazado por el señor Alberto Maya Londoño hasta el día en que sea restituído al cargo, pago que hará el Tesoro del Municipio de Armenia, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, pero descontándole las sumas que haya recibido por cualquier concepto del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinan las leyes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución Nacional", recurso que al concederse hizo venir al Consejo de Estado el asunto, del cual aquí se ha tramitado la segunda instancia.

Las ordenaciones de la sentencia constituyen la aceptación de las peticiones que ante el a-quo había formulado el señor doctor Ricardo Gómez Ospina, abogado titulado, según libelo de demanda presentado en nombre y representación del señor Hernán Castro Jaramillo.

Como HECHOS, confundidos con consideraciones de derecho, se expusieron:

"1º—El señor Hernán Castro Jaramillo fue nombrado Coordinador de Empresas y Mecanógrafo de la Inspección de Transportes y Tránsito de Armenia, por medio de la Resolución número 001 de 21 de agosto de 1956, emanada de la Inspección de Transportes y Tránsito de Armenia (C.), nombramiento aprobado por la Alcaldía (fol. 3 v. y 4).

"2º—Mi representado tomó posesión del cargo y lo ejerció con pulcritud, honestidad y eficiencia hasta el día primero de septiembre en que lo reemplazó el señor Alberto Maya Londoño, en virtud de nombramiento que le hizo el Alcalde de Armenia por medio del Decreto número 140 de 31 de agosto de 1956 (f. 4).

"3º—Mi representado devengaba un sueldo mensual de doscientos veinte pesos ($ 220.00).

"4º—El Alcalde de Armenia no puede nombrar ni remover a ningún empleado de la Inspección de Circulación y Tránsito porque los servidores de esta dependencia son nombrados por el Inspector y solo éste los puede remover al tenor de lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Legislativo número 2.281 de 23 de agosto de 1955 y la actuación del Alcalde está contra la ley;

"5º—El Alcalde de Armenia, invadiendo órbitas que no le corresponden dictó el Decreto número 140 de 31 de agosto de 1956, por el cual se declara sin vigencia una Resolución de nombramiento y se hacen unas designaciones, disposición que anuló la Resolución número 001 de la Inspección Municipal de Transportes y Tarifas".

Como "DISPOSICIONES VIOLADAS" fueron señaladas el "artículo 18 (sic) del C. de R. P. y Municipal y artículo 5º del Decreto Ley número 2281 de 23 de agosto de 1955", y en materia de "CONCEPTO DE LA VIOLACION" trae la demanda lo siguiente:

"El Alcalde de Armenia al dictar el Decreto número ciento cuarenta de treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco extralimitó

las facultades que le confiere la ley de nombrar y remover libremente el personal de su oficina, extralimitación consistente en que los empleados de la Inspección de Transportes y Tránsito no son de la oficina del señor Alcalde y como éste no los nombre, mal puede removerlos. Es muy claro el Código de Régimen Político cuando prohibe al Jefe del Ejecutivo nombrar o remover empleados que por disposición legal estén asignados a otra autoridad, como es el caso presente, en que por el Decreto Ley 2281, se ordenó: "Artículo 5º.... El personal subalterno de las Direcciones e Inspecciones de Transporte y Tránsito, serán nombrados por los Directores e Inspectores con aprobación de los respectivos Gobernadores y Alcaldes". Y como en el mismo artículo, primera parte, se explica que son Directores de Transportes los Departamentales e Inspectores los Municipales, ello significa que los primeros se nombran por la Superintendencia de Transportes con aprobación del Gobernador y los segundos por los Directores Departamentales de ternas que pasan los Alcaldes. No pasa así con los subalternos de las Inspecciones Municipales que son nombrados por el Inspector con la aprobación del Alcalde, como ocurrió con el caso de mi representado. Pero ello no da facultad al Alcalde, ni para nombrar tales empleados ni menos para destituírlos.

"Tampoco puede el Alcalde de Armenia derogar una resolución como lo hizo en el caso a estudio, porque esa facultad le está asignada por ley al inmediato superior del Inspector que lo es el Director Departamental de Transportes y Tránsito. Ocurre sencillamente que el señor Alcalde de Armenia, persona ignorante en cuestiones legales, cree que sus facultades de nombramiento y remoción de empleados no tiene límites distintos a sus personales caprichos.

"Bien sabido es que solo quien nombra a un empleado lo puede destituír y como el Alcalde no nombró a mi representado mal podía prescindir de sus servicios en un momento dado; esa actuación del Jefe del Ejecutivo apareja una responsabilidad que debe enjuiciarse con la nulidad del acto".

Ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no encontrándose motivo alguno legal que lo impida, debe proferirse la sentencia que remate esta segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El Tribunal Administrativo de Caldas parara fallar en la forma antes expuesta, tuvo en cuenta las argumentaciones que en seguida se reproducen:

"Por medio del Decreto número 2281 de 23 de agosto de 1955, el Gobierno Nacional nacionalizó el control y vigilancia del tránsito de vehículos, función que encomendó a la Superintendencia Nacional de Transportes. Se dispuso en dicho Decreto que en el Distrito Especial de Bogotá funcionaría una Dirección de Transportes y Tránsito, con jurisdicción en el territorio del Distrito; una Dirección Departamental de Transportes y Tránsito, en cada capital de Departamento, con jurisricción en el terri-

torio del mismo; una Inspección de Transportes y Tránsito en las capitales de las Intendencias o Comisarías, que considere conveniente la Superintendencia, con jurisdicción en el territorio de la respectiva Intendencia o Comisaría Inspecciones; Inspecciones Municipales de Transportes y Tránsito, en los Municipios que, por estar en la confluencia de varias carreteras. o por ser centros agrícolas, ganaderos o industriales de importancia, tuvieren intenso tránsito de vehículos".

"En el artículo 4º dispuso dicho Decreto que "El personal y asignaciones de las Direcciones e Inspeccionos de Transportes y Tránsito, se fijarán y pagarán, así como los demás gastos que ocasione el funcionamiento de estas dependencias, por los respectivos Departamentos, Distrito Especial de Bogotá, Intendencias, Comisarías y Municipios". Y el artículo 5º reza lo siguiente:

"**Artículo quinto.**—El Director de Transportes y Tránsito del Distrito Especial de Bogotá, será nombrado por el Gobierno Nacional, de terna presentada por el Alcalde Mayor de la ciudad".

"Los Directores Departamentales de Transportes y Tránsito serán nombrados por el Gobierno Nacional, de ternas pasadas por los Gobernadores".

"Los Inspectores de Transportes y Tránsito de las Intendencias y Comisarías serán nombrados por el Gobierno Nacional, de ternas pasadas por los respectivos Intendentes o Comisarios.".

"Los inspectores Municipales de Transportes y Tránsito serán nombrados por los Directores Departamentales, de ternas pasadas por los respectivos Alcaldes".

"**El personal subalterno** de las Direcciones e Inspecciones de Transporte y Tránsito, **serán nombrados por los Directores e Inspectores, con aprobación de los respectivos Gobernadores y Alcaldes".**

"En virtud de tales atribuciones. el Inspector de Transportes y Tránsito que funciona en el Municipio de Armenia C.), dictó la Resolución número 001, con fecha 21 de agosto de 1956, mediante la cual nombró el personal subalterno de la Inspección a su cargo. Para desempeñar las funciones de Coordinador de Empresas y Mecanógrafo de tal dependencia, fue designado el señor Hernán Castro Jaramillo, con una asignación mensual de $ 220.00. La citada Resolución fue **aprobada** en el mismo mes de agosto (no se dice la fecha), por el señor Alcalde Municipal. El señor Castro Jaramillo tomó posesión de su cargo en la Alcaldía Municipal de Armenia el 25 de agosto de 1956, y desempeñó el cargo "a cabalidad" hasta el 31 del mismo mes de agosto, pues en esta fecha el señor Alcalde, sin que se conozcan los motivos, dictó el Decreto número 140, que es del tenor siguiente:

"El Alcalde Municipal de Armenia, Caldas, en uso de sus facultades legales, DECRETA:

"Artículo 1º—Declárase sin vigencia la Resolución número 001 de 21 de los corrientes, producida por la Dirección Mpl. de (Transportes) Tránsito (sic) y sometida al estudio de la Alcaldía. En consecuencia los nombramientos a que hace referencia tal Resolución, se declaran insubsis-

tentes. — Artículo 2º En uso del derecho consagrado por el artículo 184 de la Ley 4ª de 1913, hácense los siguientes nombramientos: José Noé Jiménez V., para el cargo de Oficial de Placas y matrículas de la Dirección de Transportes y Tránsito con asignación mensual de doscientos pesos m. cte. ($ 200.00). ALBERTO MAYA LONDOÑO, para el cargo de Oficial de Pases y Coordinador de Empresas, en la misma Dependencia, con asignación mensual de doscientos veinte pesos ($ 220.00)...".

"El señor Alberto Maya tomó posesión del cargo para que fue nombrado, ante el señor Alcalde Municipal de Armenia, el primero de septiembre de 1956".

"No conoce el Tribunal cuáles son "las facultades legales" que invoca el señor Alcalde Municipal de Armenia para dictar el Decreto 140 de 31 de agosto de 1956 y declarar sin vigencia la Resolución número 001 de 21 del mismo mes, dictada por el señor Inspector de Transportes y Tránsito de la misma ciudad, y aprobada oportunamente por aquel funcionario. Esta Resolución no podía ser revocada o reformada sino por el mismo funcionario que la profirió, siempre con la aprobación del señor Alcalde Municipal. Las atribuciones de este funcionario se limitaban a aprobar o improbar la Resolución. Pero es natural, que una vez aprobada, surtía efectos legales".

"No existe disposición legal alguna que autorice a los alcaldes para destituír funcionarios que no están bajo su dependencia, ni siquiera por mala conducta. El artículo 184 del C. Político y Municipal confiere atribuciones a los Alcaldes para nombrar y remover libremente los empleados "DE SU OFICINA". El personal subalterno de las Direcciones e Inspecciones de Transportes y Tránsito, "serán nombrados por los Directores e Inspectores, con aprobación de los respectivos Gobernadores o Alcaldes". Esto dispone el Decreto 2281 de 1955 y en virtud de esta disposición entró a desempeñar el señor Hernán Castro Jaramillo el cargo de Coordinador de Empresas y Mecanógrafo de la Inspección de Transportes y Tránsito de Armenia (C.)".

"Es normal general (sic) que quien hace un nombramiento puede decretar la remoción del respectivo empleado, con las limitaciones previamente señaladas en las reglas de derecho, pero tal procedimiento cuando es empleado por persona o entidad distinta implica una clara usurpación de funciones y vicia de nulidad el acto que la contiene".

"El señor Castro Jaramillo, posesionado oportunamente y en ejercicio de su cargo tenía derecho a permanecer en él hasta que fuera removido por el señor Inspector de Transportes y Tránsito de Armenia, salvo providencia de autoridad competente que lo suspenda mediante juicio previo. No son pocos los casos en que el señor Alcalde Municipal de Armenia, por medio de simples (sic) Decretos ha destituído funcionarios nombrados por los Consejos Administrativos, para períodos fijos, lo mismo que a otros funcionarios cuyo nombramiento y remoción corresponde a otras entidades, lo que constituye un exceso en el ejercicio del poder público que conlleva necesariamente la nulidad del acto administrativo correspondiente".

"Todo lo anterior lleva a la conclusión que siendo ilegal la destitución

del señor Hernán Jaramillo para reemplazarlo por el señor Alberto Maya Londoño, debe decretarse la nulidad del Decreto acusado, pero únicamente en lo que hace referencia a dicho señor. Como consecuencia, se restablecerá a éste en su derecho".

El entonces Fiscal Segundo del Consejo, señor doctor Nicolás Torres Niño, dijo:

"De lo anterior se concluye que el Decreto querellado es ilegal y por lo tanto están llamadas a prosperar las súplicas del libelo, tal como lo decidió el Tribunal de Caldas en el fallo apelado, fallo que puntualiza con gran precisión el problema controvertido en condiciones que estaría de más insistir en dar las razones de orden jurídico que lo respaldan, porque serían las mismas expuestas en la sentencia a que se contrae la alzada".

Cuando la Ley 4ª de 1913, o Código de Régimen Político, regía exclusivamente la vida municipal, los Alcaldes, como jefes de la administración pública, de conformidad con las atribuciones que les otorgaba el artículo 184, ordinal 4º, no podían sino "nombrar y remover libremente los empleados de su oficina", y de acuerdo con el ordinal 19 "nombrar los empleados municipales, siempre que la designación no esté atribuída especialmente a otra autoridad", en la que ya por contraste se echa de menos la libertad de remoción.

Vino luego la Ley 72 de 1926 sobre facultades especiales al Alcalde de Bogotá, que en su artículo segundo dispuso que a él le correspondía "... ...dirigir la acción admninistrativa en el municipio, nombrando y separando libremente sus agentes y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración", ley esta que por virtud de la número 89 de 1936 fue extendida según el artículo segundo así:

"Extiéndese asimismo a los demás municipios que sean capitales de departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos ($ 300.000.00), las disposiciones de la Ley 72 de 1926 con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha ley", municipios dentro de los cuales se cuenta el de Armenia, de modo pues que los Alcaldes de esta ciudad vinieron a disfrutar de un aumento de sus facultades, nombrando y separando libremente a sus agentes.

Pero tampoco hay la menor duda sobre que el principio que contenía el antes citado ordinal 19 de la Ley 4ª de 1913, limitativo de la facultad de nombrar a un empleado municipal cuando la designación le podía ser atribuída a otra autoridad, podía ser actualizado, como vino a suceder al expedirse el Decreto Legislativo número 2281 de 1955 "por el cual se nacionaliza el control y vigilancia del Tránsito de Vehículos", estatuto este que fuera de lo departamental, en lo municipal parece haberle variado al personal de las Inspectorías de Transportes y Tránsito "...en los Municipios, que por estar en la confluencia de varias carreteras, o por ser centros agrícolas, ganaderos o industriales de importancia, tuvieren intenso tránsito de vehículos", el carácter inmediato y directo de agentes del Alcalde, y por lo tanto dispuso el artículo quinto que, "El personal subalterno de las Direcciones e Inspecciones de Transportes y Tránsito, serán nombrados por los Directores e Inspectores, con aprobación de los respectivos Gobernadores y Alcaldes", como se realizó en Armenia al expedirse

la Resolución número 001, de 21 de agosto de 1956, por el señor Inspector de Transportes y Tránsito, que nombró —con posterior aprobación del burgomaestre—, al señor Hernán Castro Jaramillo para un puesto subalterno esa Inspección.

Bien es cierto que el transcrito inciso quinto del artículo quinto del Decreto Legislativo 2281, no se refiere sino a la facultad de nombramiento por parte del Inspector de Transportes y Tránsito sobre el personal subalterno de su oficina con aprobación del Alcalde, es decir, en nada hace referencia expresa sobre si también tiene la facultad de libre remoción, por lo que, es de presumir, el señor Alcalde de Armenia creyó que la tenía, al manifestar en el acto administrativo acusado que lo hacía en "uso de sus facultades legales".

Para la Sala y mientras esté en vigencia el Decreto Legislativo 2281 de 1955, en materia de nombramientos del personal subalterno de las Inspecciones de Transportes y Tránsito Municipales, producidos estos, los Alcaldes no tienen otra atribución que la de aprobarlos o rechazarlos cuando por los Inspectores se les someten a su consideración, pero si los aprueban, ejercitando positivamente el derecho que tienen, ipso facto extinguen o terminan sus facultades al respecto, y los nombrados perfeccionan su posición, para luego de posesionarse, entrar a ejercer los cargos pues obvio es que la intervención del Alcalde sea previa.

Si sucedido lo anterior, el burgomaestre conservara la atribución de remover a tales empleados con libertad, o sea, sin la menor intervención de quien los nombró, no hay para qué negar que se daría al traste con los propósitos del legislador que, se comprende, para este tópico del tránsito, no fueron otros que los de independizar relativamente a esos organismos de la administración corriente, con miras de tecnificarlo y especializarlo.

Es de simple lógica jurídica que si la ley priva a un funcionario que generalmente tiene esa facultad, de la libertad de nombramiento de un empleado, a falta de disposición expresa, como en el caso de autos, implícitamente también le quita la libertad de remoción, para radicarla en el funcionario a quien le otorgó la de nombramiento, ya que de otra manera, no haría sino propiciarse en la vida de la administración pública, motivos de inseguridad para la buena marcha de ésta, de contradicciones, y de situaciones que hasta podrían degenerar en el absurdo, todo con perjuicio del buen servicio general, lo que no es nada improbable dadas las intervenciones que de diferente orden y con demasiada frecuencia se realizan en la administración, especialmente en la municipal.

En lugar de sucederse actos irregulares y por ende, violatorios de la ley, como el realizado por el señor Alcalde de Armenia que se examina, los Alcaldes tienen otros medios de completa eficacia, dentro de la ley, para impedir que la buena marcha de su municipio se les dañe o paralice, sin empleados que son municipales pero un tanto alejados de su completa libertad de remoción, incumplen sus deberes u obstalizan la administración que a esos Alcaldes les ha sido confiada.

Todo lo anterior en cuanto al artículo primero del Decreto impugnado, por el que se declaró "...sin vigencia la Resolución número 001 de 21 de los corrientes, producida por la Dirección Mpal. de (Transportes) Trán-

sito (sic) y sometida al estudio de la Alcaldía", pues en lo que se refiere al artículo segundo del Decreto acusado, la ilegalidad es más patente, ya que de manera abierta y clara, el señor Alcalde de Armenia dejó a un lado lo dispuesto por el mencionado inciso quinto del artículo quinto del Decreto 2281, y apoyándose en el "...derecho consagrado por el artículo 184 de la Ley 4ª de 1913.....", nombró directamente al señor Alberto Maya Londoño para el puesto de Oficial de Pases y Coordinador de Empresas, dejando por fuera al señor Hernán Castro Jaramillo, actor en la presente acción.

Por consiguiente, se impone confirmar la declaración primera de la sentencia apelada por la que se anuló el Decreto objeto de la acusación.

En lo pertinente a la segunda, que trata de la restitución del señor Castro Jaramillo al cargo municipal de que fue desalojado, y en lo que hace a la tercera sobre pago por el Municipio de Armenia a favor de aquel, de los sueldos dejados de percibir, se revocará la segunda y se modificarán los alcances de la tercera por los motivos que pasan a expresarse.

El Tribunal Administrativo de Caldas ordenó que "como consecuencia de la nulidad que se declara en el numeral anterior, se ordena la inmediata restitución del señor.... al cargo...., desde la fecha en que fue destituído, o sea desde el 1º de septiembre de 1956, hasta el día en que sea o haya sido reemplazado legalmente".

Esa ordenación estaría muy bien, sería legal, si el puesto que desempeñaba el actor fuera de período fijo, hubiera sido removido dentro de él, y la sentencia de primera instancia al menos, se produjera durante la vigencia del período, o si terminado no se hubiera sucedido el reemplazo en propiedad y por la autoridad competente, es decir, no reemplazado legalmente, como también, si se tratara de funcionario escafonado en la carrera administrativa —o en campo análogo en el escalafón del magisterio—, a quien se remueva ilegalmente. Entonces, el restablecimiento del derecho no podría operarse en forma distinta a la de restituír al empleado al cargo, no en la forma inmediata como lo dispone la sentencia, sino dentro del término contemplado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Pero como se observa al conocer las varias disposiciones del Decreto Legislativo 2281 de 1955, en él no se establecieron períodos fijos para ninguno de los funcionarios a que se refiere, ni fueros sepeciales de inamovilidad, de modo que la real situación de los subalternos de las Inspectorías Municipales era la de ser empleados de libre remoción por los Inspectores.

Pero como el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo manda que, "a la persona que se crea lesionada en **un derecho suyo establecido por una norma de carácter civil o administrativo** podrá pedir que además de la anulación del acto **se le restablezca en su derecho**" (subraya la Sala), incumbe esclarecer y definir cuál fue para el empleado destituído el "derecho suyo" o "su derecho" establecido o reconocido por norma administrativa y violado, a fin de restablecérselo cumpliendo la ley.

Y para alcanzar la categoría y conformación de "derecho suyo" o "su derecho", "establecido o reconocido por norma de carácter... adminis-

trativo", no se encuentra vía distinta a la de acudir, procurando suplir el silencio acerca de la estabilidad de tal clase de empleados, a lo dispuesto por el artículo 279 de la Ley 4ª de 1913, o Código de Régimen Político y Municipal que preceptúa:

"Los períodos de los empleados no comprendidos en las reglas de los artículos anteriores se computarán en la forma siguiente:

"Si son nacionales, durarán cuatro años; si son departamentales o de provincia, tres años, y si son municipales, un año. En los primeros la fecha inicial es el 7 de octubre de 1910; en los segundos, el 7 de noviembre de 1910, y en los otros, el 1º de enero de cada año", disposición que guarda estrecha armonía con la contenida en el artículo 275 ibidem, que reza:

"Los Alcaldes y subalternos respectivos durarán un año, contado del 1º de enero".

Como el señor Castro Jaramillo fue nombrado en la Inspección de Transportes y Tránsito de Armenia, por Resolución número 001 de 21 de agosto de 1956, o sea, corriendo virtualmente el período que para los empleados municipales se había iniciado el primero de enero de dicho año en ese Municipio, por analogía con lo dispuesto por el artículo 280 del mismo Código de Régimen Político, ese nombramiento debía entenderse hecho... "solo para el resto del período en curso", o lo que es lo mismo, hasta el 31 de diciembre de 1956, claro que sin perjuicio de lo estatuído por el artículo 282 ibidem sobre que, "La determinación del período de duración de un empleado no coarta en nada la facultad de removerlo, si se le ha conferido especial y expresamente a alguna autoridad", computación de período virtual, de que se viene hablando —aclara la Sala para hacer congruentes los artículos 279 y 282, citados—, y facultad de remoción que como se sabe, en general la tienen los Alcaldes, como para este caso específico la tenía el señor Inspector de Transportes y Tránsito de Armenia, pero no el Alcalde de esa ciudad.

Así, pues, la Sala no es que le dé al transcrito artículo 279 de la Ley 4ª de 1913, el alcance de fijar o determinar en rigor períodos precisos para los empleados a que se refiere, por cuanto si así fuere habría que deducir que todo funcionario público tiene período fijo establecido por la ley, sobrando uno de los principales aspectos de la llamada "carrera administrativa", sino que tan solo vino a ser estatuído para "contar o calcular" en caso necesario —como para este del artículo 67 del C. C. A.—, la manera de tener en cuenta un principio de derecho de tales funcionarios, pero no más, de modo que a ellos no los ampara en plenitud y para efectos del restablecimiento de un "derecho suyo" o "su derecho" el artículo 281 del Código de Régimen Político y Municipal consagratorio, como lo tiene aceptado la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la prórroga automática de la investidura para los funcionarios públicos a quienes se les haya vencido " su período" como tan clara y terminantemente lo prescribe esta última norma.

Dentro de este orden de ideas es obvio que para la fecha de la sentencia, 8 de julio de 1957, no obstante la ostensible violación de la ley llevada a cabo por el Alcalde Municipal, la restitución del señor Castro Ja-

ramillo no cabía por efecto obligatorio de esa providencia, por lo que al respecto no podrá ser confirmada.

No es muy difícil comprender que, aún dentro de la libre remoción que los Inspectores de Transportes y Tránsito Municipales —vigente el Decreto Legislativo 2281 de 1955— tienen sobre sus subalternos, el "derecho" del señor Castro Jaramillo reconocido por norma legal administrativa, era cuando más el de haber permanecido en el cargo hasta el 31 de diciembre de 1956, luego, ya extinguido ese lapso por el paso del tiempo, y verificada su destitución ilegalmente por un funcionario que no gozaba de esa potestad puesto que si la hubiera producido el Inspector no habría existido problema, la única manera de reconocer "su derecho", restableciéndosele simbólicamente, no es otra que la de compensarle en dinero el valor de los sueldos dejados de devengar desde el día en que fue reemplazado efectivamente por el señor Alberto Maya Londoño, que lo fue el primero de septiembre de 1956, hasta el 31 de diciembre del mismo año, o sea, pagándosele por el Municipio de Armenia el sueldo equivalente a cuatro meses a razón de doscientos veinte pesos ($ 220.00) mensuales, siempre y cuando que en ese tiempo de cuatro meses el señor Inspector de Transportse y Tránsito no hubiera legalmente nombrado a persona distinta, reemplazante del señor Castro Jaramillo.

Las expresiones "derecho suyo" o "su derecho" usadas por la premencionada disposición, no lo están en el sentido filosófico general de amplio significado y sentido, o de características tan solo morales, sino en el circunscrito de algo propio, de una situación concreta y precisa, de un status determinado susceptible de valoración económica, de un hecho posible hasta de patrimonializarse, de palabras que implican correlativa obligación a cargo del Estado, puesto que al fin de cuentas ese restablecimiento lo que busca es una indemnización.

Y entonces, tiene que aceptarse que al funcionario público sin período fijo, fuera de los privilegios de un escalafón, de libre nombramiento y remoción por el superior jerárquico, las leyes de índole administrativa no le otorgan "derechos" de más alcance, que, hasta cierto punto vendrían a reñirse con los poderes regladamente discrecionales de que gozan las entidades de derecho público, de los cuales una de sus manifestaciones por excelencia es la unilateralidad de los actos de nombramiento o remoción de sus agentes.

Cuando un funcionario tiene período fijo señalado por la Constitución, la Ley, la Ordenanza o el Acuerdo, o cuando en su favor se ha establecido una relativa inamovilidad, es decir, cuando disfruta de uno siquiera de esos dos indudables derechos, la administración pública tiene la correlativa obligación de respetárseles, y por ende, cualquier acto violatorio de ellos sería nulo e impondría un total restablecimiento, pero a las claras se tiene que aceptar que esta no es la situación del empleado libre de nombrar y de remover.

Precisamente para impedir la continuación de tal régimen de inseguridad y desamparo, es por lo que el legislador en casi todos los estados de derecho, obrando en favor de esos funcionarios públicos, ha implantado

la carrera administrativa y del magisterio, para así crearles "derechos" que deben ser respetados.

Pero cuando así no ha sucedido, como en el caso de autos, si por un lado están los "derechos" de los funcionarios públicos frente a la Nación, los Departamentos y los Municipios, dentro de la realidad relativa de su vinculación jurídica, también del otro lado están los de estas mismas entidades que por ser públicas, o como se dice comúnmente, de todos, no deben dejarse en desamparo, sujetas a indemnizaciones sin fecha de vencimiento, condicionadas cuando más a la celeridad y pronta terminación de las acciones de plena jurisdicción que en su contra y por tales motivos se hayan instaurado.

Así las cosas, lo equitativo, justo y acertado, es buscar y hallar el necesario punto de armonización de los dos "derechos", de equilibrio de ammos, de manera que sometidos a una decisión los organismos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, se imparta la justicia debida, dándole al empleado o funcionario público lo que le puede corresponder dentro de su situación sui generis frente al Estado, y no permitiendo que éste sea gravado en más de lo que está obligado. De esta manera una de las partes recibe la indemnización o restablecimiento a que tiene derecho, y la otra, no se le condena sino hasta donde está racional, jurídica y legalmente obligada, habida cuenta del criterio de interpretación que debe dársele a las normas que constituyen el derecho administrativo.

Fuente de fácil enriquecimiento, sería como sistema, cuando por la administración se vulneran los derechos de un funcionario público sin período fijo ni escalafonamientos, el iniciar dentro del pertinente lapso de cuatro meses que contempla el inciso tercero del artículo 83 de la Ley 167 de 1941, la acción del caso, para en seguida entrar en una negativa fuerza de inercia para agravar la responsabilidad pecuniaria de la entidad de derecho público, ya que cuanto más demora tome la resolución del asunto, mayor será la cuantía de lo indemnizable. Y ante esta eventualidad de muy posible acaecimiento, la jurisprudencia administrativa debe encargarse de lograr el justo equilibrio de las dos situaciones.

Talvez podría considerarse el caso de un pleno restablecimiento de derechos, cuando el empleado desprovisto del fuero de escalafones, de libre nombramiento y remoción, es sacado de su cargo no porque se ejercite por el superior el "derecho de libre remoción", lisa y llanamente, sino cuando se lo destituye haciéndolo objeto de una falsa motivación que él logra desvirtuar en su favor porque en este evento, él, de acuerdo con la Constitución no podía ser condenado, sino habiéndosele oído previa, imparcialmente, y por los conductos regulares.

Como el Decreto número 140 de 31 de agosto de 1956 expedido por el señor Alcalde de Armenia, quedará anulado en su totalidad, comprendiéndose el nombramiento hecho en el señor Alberto Maya Londoño para el puesto que desempeñaba el señor Hernán Castro Jaramillo, es claro que éste puede de nuevo ser nombrado por el señor Inspector de Transportes y Tránsito con la aprobación del señor Alcalde de esa ciudad, ya que a ello nada se opone, pero esto si bien como acto consecuente con la anulación mencionada, no como ordenación obligatoria de esta sentencia.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

Primero.—CONFIRMASE la anulación que el Tribunal Administrativo de Caldas hizo del Decreto número 140 de 31 de agosto de 1956, expedido por el señor Alcalde de Armenia.

Segundo.—REVOCASE la ordenación segunda de la sentencia.

Tercero.—REFORMASE el punto tercero, el cual quedará así:

Dentro del término previsto por el artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo, el Municipio de Armenia pagará al señor Hernán Castro Jaramillo los sueldos dejados de devengar por él, a razón de doscientos veinte pesos ($ 220.00) m. c. mensuales, como empleado que fue de ese Municipio en el cargo de "Coordinador de Empresas y Mecanógrafo de la Inspección de Transportes y Tránsito", contados desde el primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, hasta el treinta y uno de diciembre del mismo año, previa deducción de lo que el Municipio le demuestre al señor Castro Jaramillo que éste ha devengado del Tesoro Público en otro cargo, o en empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes, y salvo que entre el primero de septiembre de 1956 y el 31 de diciembre del mismo año, el señor Inspector de Transports y Tránsito de Armenia hubiere nombrado reemplazo legalmente y se hubiere posesionado.

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

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta. — Con salvamento de voto, **Manuel A. Dangond Daza. — Alejandro Domínguez M. Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama. — Luis Fernando Sánchez,** Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

Carrera Administrativa. — Los derechos del empleado escalafonado no desaparecen cuando en realidad la nueva creación de oficina en sus funciones equivale a la primera.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá. D. E., diciembre dieciseis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Consejero Ponente: Dr. PEDRO GOMEZ VALDERRAMA)

Ref.: DECRETOS DEL GOBIERNO.—Nulidad del art. 2º del Decreto Nº 1900 de 1954 y del artículo único del Decreto 2480 del mismo año, y restablecimiento del derecho.

Actor: Dr. **Carlos S. Ferrero.**

Por medio de su apoderado doctor Fernando Pacheco Osorio, el doctor Carlos S. Ferrero, demandó ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, lo siguiente:

"..... ....

"2º—Declarar la nulidad del artículo único, en lo pertinente, del Decreto número 2480 de 24 de agosto de 1954, por medio del cual se hizo el nombramiento de Asesor Técnico de la Sección de Análisis y Coordinación Estadística, en cabeza del doctor Jaime Vergara Uribe.

"3º—Que como consecuencia de las declaratorias de nulidad de los citados Decretos, se restablezca en todos y cada uno de los derechos que le corresponden al doctor Carlos S. Ferrero, así:

"a) Que se le dé el cargo que venía desempeñando el doctor Ferrero en la nueva Sección creada en donde persisten sus mismas funciones desempeñadas en el cargo suprimido y que corresponden al creado por el Decreto número 2413 de 17 de agosto de 1954.

"b) Que se le reconozcan al doctor Ferrero todos los sueldos dejados de devengar hasta que se le restituya al servicio público en la forma que ordene ese H. Consejo y que en dicha suma se incluyan todas las bonificaciones, primas y demás prestaciones a que tenga derecho de acuerdo con la ley; y,

"c) Que para los efectos de prestaciones sociales, jubilación, vacaciones, etc., se declare que no ha habido interrupción en el tiempo de servicios prestados por el doctor Ferrero mientras esté separado de su cargo por los hechos aquí contemplados...".

La primera petición se refería a la nulidad del Decreto 1900 de 1954, de carácter legislativo, y motivó el rechazo de la demanda por no ser competente el Consejo, y su posterior corrección.

El acto acusado en la demanda corregida, es del tenor siguiente:

"DECRETO NUMERO 2480 DE 1954

(Agosto 24)

"por el cual se hacen unos nombramientos.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales,

"D E C R E T A:

'Artículo único.—Hácense los siguientes nombramientos en el Ministerio de Salud Pública, cargos creados por Decreto número 2413 del presente año, así:

"Asesor Ténico, Director de la Sección de Análisis y Coordinación Estadística, señor Jaime Vergara Uribe.

"Oficial Analista de la Sección de Análisis y Coordinación Estadística, señor José Manuel Grajales J.

"Comuníquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá a 24 de agosto de 1954".

Lleva la firma del Presidente, y la del Ministro de Salud Pública.

El actor fundamentó la demanda en los hechos que se sintetizan así:

A partir del año de 1936, el doctor Ferrero entró a prestar sus servicios a la Administración, en diferentes cargos, pertenecientes primero al Ministerio de Industrias, luego al de Trabajo, Higiene y Previsión Social; por Resolución Ejecutiva número 169 de 17 de junio de 1941, se le incorporó en la carrera administrativa, y se le inscribió en el escalafón del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, tercera categoría, segundo grupo (artículo 4º, ordinal b) del Decreto 1554 de 1940). Fue ascendido por Decreto 173 de 1943 al cargo de Jefe de la Sección de Sanidad del Ministerio, donde trabajó hasta el 15 de enero de 1947; al ser ascendido, pasó a segunda categoría del escalafón (D. 1554 de 1940, art. 3). Al crearse en 1947 el Ministerio de Higiene, fue suprimido el cargo que desempeñaba, y se prescindió de sus servicios. El actor demandó y obtuvo del Consejo de Estado la nulidad del artículo 57 del Decreto número 26 de 1947 (30 de enero), por el cual se le había excluído. Por Decreto 2545 de agosto 19 de 1949, en cumplimiento del fallo del Consejo, se le nombró Jefe Nacional de Salubridad. Desempeñó este cargo hasta el 17 de enero de 1951, cuando se le reemplazó, y fue trasladado al cargo de Jefe de la División de Bio Estadística del Ministerio de Higiene. Por el Decreto 1900 de 19 de junio de 1954 (uno de los demandados), fue suprimido dicho cargo, quedando cesante.

Continúa el prolijo relato de los hechos, señalando que el doctor Ferrero, cuando fue promovido a la Jefatura de la división de Bio Estadística del Ministerio de Higiene, por Decreto 3770 de 1950, se sintió desmejorado en su calidad de empleado escalafonado, e instauró una nueva demanda ante el Consejo de Estado, solicitando su reintegro al cargo de

Jefe de Salubridad, por haber sido desmejorado en categoría y sueldo. Este punto no pertenece al presente negocio.

Sigue el actor, relatando que por Decreto 520 de 27 de febrero de 1951, se comisionó al doctor Ferrero para ir, en su carácter de Jefe de la División de Bio Estadística del Ministerio de Higiene, a Santiago de Chile, a seguir cursos de especialización, del 2 de marzo al 31 de diciembre de 1953. "Al mismo tiempo —señala la demanda—, el doctor Ferrero obtuvo una beca internacional de la Organización Mundial de la Salud, para estudiar en la misma ciudad, y hacer la correspondiente especialización de Estadística Sanitaria y Vitales. El doctor Ferrero aceptó esta comisión y beca con la condición de que el Ministerio de Salud Pública le e-n viara en su calidad de Jefe de Sección, en comisión por el tiempo del estudio, además de las sumas correspondientes a la beca (U. S. $ 200.00) los sueldos en dólares relativos a su cargo. El Ministerio se comprometió a mantener al doctor Ferrero en su cargo de empleado de la Rama de Estadística por lo menos durante dos (2) años después de efectuados sus estudios, según lo disponen las leyes sobre el particular. Este compromiso fue violado al prescindirse de los servicios del doctor Ferrero".

El Decreto 1900 de 19 de junio de 1954, suprimió el cargo desempeñado por el doctor Ferrero. Por el mismo Decreto, el Gobierno quedó facultado para volver a crear una sección de Análisis de Estadísticas. Esto se hizo por el Decreto 2413 de 17 de agosto de 1954, creando la "Sección de Análisis y Coordinación de Estadística en el Ministerio de Salud Pública", que según el actor conserva las principales y más importantes funciones de la antigua sección de Bioestadística.

Por el artículo único del Decreto 2480 de 24 de agosto de 1954, también acusado, se nombró para el nuevo cargo al doctor Jaime Vergara Uribe. Para finalizar los hechos, el apoderado del actor transcribe el **curriculum vitae** del doctor Ferrero.

Fundamentos de Derecho

La demanda se fundamenta en derecho así:

"...De conformidad con la Ley 165 de 1938 y su Decreto reglamentario número 2091 de 1939, el doctor Carlos S. Ferrero, escalafonado en la Carrera Administrativa, tiene derecho a ser reintegrado al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría.

'El cargo de Jefe de la División de Bioestadística del Ministerio de Higiene, desempeñado por mi poderdante fue suprimido por virtud del Decreto número 1900 de 19 de junio de 1954. Por Decreto número 2413 de 17 de agosto de 1954, se creó la Sección de Análisis y Coordinación de Estadística en el mismo Ministerio, cuyo Jefe viene a desempeñar y conserva las mismas funciones de la Jefatura de la Sección de Bioestadística, suprimida por el Decreto 1900. Y por el Decreto 2480 de 24 de agosto de 1954, se nombra para el cargo de Director de la Sección creada por el Decreto número 2413, al doctor Jaime Vergara Uribe y se excluye de esta manera del servicio público al doctor Carlos S. Ferrero.

"De esta forma se viola flagrantemente, en forma ostensible, el artículo 2º de la Ley 165 de 1938 y el artículo 11 del Decreto número 2091 de 1939 y demás disposiciones sobre Carrera Administrativa, por cuanto a mi poderdante se le suspendió de su cargo sin existir causal alguna para ello, de acuerdo con las mismas disposiciones, especialmente lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 2091 de 1939. Por este motivo tiene derecho a ser reintegrado al cargo que desmpeñaba, en este caso, al de Director de la Sección de Análisis y de Coordinación de Estadística, que viene a ser prácticamente el mismo desempeñado por él en la Sección suprimida de Bioestadística del Ministerio de Higiene. Y, asimismo, tiene derecho, a que se le paguen todos los sueldos que ha dejado de devengar durante el tiempo que ha estado cesante, y que, para efectos de sus prestaciones sociales y demás prerrogativas concedidas por la Ley, no se considere como interrumpido su tiempo de servicios prestados a la Nación. Así lo ha reconocido esa H. Corporación en innumerables providencias que para el caso basta citar la siguiente: 'La creación de un empleo con distinto nombre pero con funciones análogas a otro que ocupa un empleado de Carrera, al cual se destituye en esa forma, es violatoria de la ley, por desviación de poder, pues legalmente el empleado ha debido ser mantenido en el nuevo cargo que se crea, si para desempeñarlo no se requieren condiciones especiales de que carezca el destituído. (Sentencia de enero 21 de 1947, caso del señor Arturo Torres con el Municipio de Bogotá)'.

"En síntesis, mi poderdante tiene derecho a ser reintegrado al servicio público, entre otras, por las siguientes razones fundamentales:

"a) Por ser escalafonado en la carrera administrativa; b) por tener el título de Médico Sanitario, Técnico de Estadística y estar en condiciones de desempeñar el cargo con más eficiencia, dentro de la jerarquía del ramo, según sus méritos y su competencia; c) por existir un cargo igual al suprimido y tener la idoneidad suficiente para desempeñarlo; d) ser, en igualdad de condiciones, uno de los empleados más antiguos en el ramo de Estadística y de Medicina Sanitaria del país, que ha hecho estudios especiales para tales fines, como se demuestra en esta demanda; y, e) por estar el Gobierno en la obligación de cumplir con el doctor Ferrero su compromiso de mantenerlo en su cargo, por lo menos durante dos (2) años...".

La demanda fue presentada dentro del tiempo hábil para intentar la demanda de plena jurisdicci6n. Por encontrar el Consejero Sustanciador, doctor Rueda Briceño, que en ella aparecía, como primera petición del libelo, la nulidad del artículo 2º del Decreto 1900 de junio 19 de 1954, legislativo, la rechazó para que se hiciera la corrección de que anteriormente se hizo mención.

El actor corrigió la demanda, limitándola a la nulidad del artículo único del Decreto 2480 de 1954, en lo pertinente (folio 20). En vista de la corrección, la demanda fue admitida, y surtidas las notificaciones y comunicaciones legales, se fijó en lista el asunto. El Ministro de Salud Pública constituyó apoderado, y fue surtida la fijación en lista, sin que se produjeran pruebas, según informe que aparece a folio 39 vuelto del expe-

diente, ya que un memorial de pruebas presentado por la parte actora, fue introducido el 11 de marzo de 1955, habiéndose desfijado el asunto el 7 del mismo mes. De consiguiente, tales pruebas fueron negadas.

La parte actora no alegó. El señor Fiscal produjo su concepto de fondo, adverso a las peticiones de la demanda, y fundamentado así:

"...De todo lo anteriormente expuesto fácilmente se comprende que el motivo de la presente demanda estriba en el **hecho** de que el doctor Carlos S. Ferrero se halla inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa y, por tal razón, cree tener derecho a que se le designe para el cargo de Asesor Técnico Director de la Sección de Análisis y Coordinación de Estadística, para el cual fue nombrado el doctor Jaime Uribe Vergara (sic) por tener las mismas funciones que el Jefe de la División Técnica de Bioestadística que venía desmpeñando. Es por tal motivo, que acusa en el presente juicio el nombramiento hecho al citado señor Jaime Vergara Uribe por Decreto número 2480 de 24 de agosto de 1954, y pide que declarado nulo su nombramiento, se ordene restituírlo a dicho cargo.

"Sin embargo, al estudiar el expediente, se llega a la conclusión de que el doctor Carlos S. Ferrero no ha acreditado tener personería para acusar el nombramiento del señor Jaime Vergara Uribe.

"En efecto:

"El doctor Ferrero no allegó al proceso prueba alguna encaminada a demostrar que el cargo de Asesor Técnico Director de la Sección de Análisis y Coordinación de Estadística figure o pertenezca al Escalafón de la Carrera Administrativa y que corresponda a la Segunda Categoría del ordinal d) del artículo 3º del Decreto-Escalafón 1554 de 1940, en la que él se halla inscrito según reza el certificado inserto atrás, vale decir, que el doctor Carlos S. Ferrero no ha demostrado ante el Consejo de Estado su interés personal de empleado escalafonado en la Carrera Administrativa sobre el referido cargo para el que fue nombrado el señor Jaime Vergara Uribe, esto es, que dentro del juicio no tiene acreditada su **personería sustantiva** para demandar en acción de plena jurisdicción el Decreto número 2480 de 24 de agosto de 1954.

"En estas condiciones, no hay lugar a estudiar en el fondo el problema planteado en la demanda, siendo lo procedente, en sentir de la Fiscalía, que el H. Consejo de Estado **declare probada la excepción de** CARENCIA DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA del actor y, en consecuencia, niegue las peticiones formuladas...".

Con fecha febrero 3 de 1958, en reparto general, correspondió el asunto al H. C. doctor Bonilla Gutiérrez. En agosto del mismo año, el actor confirió nuevo poder al doctor Gonzalo Gaitán. El 9 de septiembre del mismo año, se celebró audiencia pública. Dentro de esta se presentaron varias pruebas, de acuerdo con el Acta de la Audiencia, el Fiscal, después de expresar sus reparos por haber sido concedida la audiencia solicitada después del auto de citación para sentencia, pidió al Consejo "que fije un criterio sobre la concesión de audiencias y en este caso especial, sobre la admisibilidad de las pruebas presentadas en esta etapa del juicio".

El Fiscal no se opuso, según aparece del acta, a la recepción de las pruebas que presentó el actor, y el Presidente de la Sala dio por terminada

la diligencia "ordenando que por la Secretaría se reciban las pruebas presentadas por el doctor Gaitán, así como el resumen de lo dicho en la audiencia".

El distinguido apoderado del demandante, hizo una síntesis del juicio, que aparece en el resumen de las alegaciones orales, incorporado al expediente. A ese resumen pertenecen los apartes siguientes:

"...11º—De conformidad con estas disposiciones el 1º de septiembre de 1949 el doctor Ferrero se reincorporó al servicio del Ministerio en el cargo anotado, el cual sirvió hasta el 17 de enero de 1951 en que fue nombrado para otro cargo en el mismo Ministerio, en la División Técnica de Bioestadística;

"12º—Como se le presentasen al doctor Ferrero algunas dudas sobre si la aceptación de este nuevo cargo podía afectar sus derechos de empleado escalafonado en la Carrera Administrativa, solicitó previamente del Ministro que consultase al Consejo Nacional de Administración y Disciplina si el cargo de Jefe de la División Técnica de Bioestadística, para el cual había sido nombrado, pertenecía o no a la Carrera Administrativa y si se hallaba incorporado en el escalafón respectivo;

"13º—La entidad consultada respondió afirmativamente, por lo cual el doctor Ferrero decidió tomar posesión del nuevo empleo a instancia del entonces Ministro del ramo doctor Alonso Carvajal Peralta.

"Para comprobar el hecho presentó en papel sellado, con la correspondiente estampilla y los sellos de rigor, el oficino número 1184 de 17 de enero de 1951, dirigido al doctor Ferrero por el propio Ministro;

"14º—Estando en este cargo, se le hizo al doctor Ferrero la alta y merecida distinción de enviarlo en comisión a Santiago de Chile como Jefe de la División de Cursos de Estadigrafía Médica Sanitaria y Asistencial, disfrutando de una beca de la Oficina Sanitaria Panamericana;

"15º—El doctor Ferrero desempeñó su cargo con el sueldo de Jefe de la División y celebró un contrato con el Gobierno por medio del cual se comprometía a prestar por dos años sus servicios en el ramo de la especialización adquirida;

"16º—El doctor Ferrero se graduó de Médico Estadígrafo especializado en Bioestadística y se le expidió su corespondinete título;

"17º—Cumplida la comisión se reincorporó a su cargo de Jefe de la División de Bioestadística, en donde antes trabajaba y que se rozaba con su especialidad y con su título de Master de Salud Pública;

"18º—Por medio del artículo 2º del Decreto 1900 de 19 de junio de 1954, en una de tantas reorganizaciones ministeriales, se suprimió la División de Bioestadística y prescindió de los servicios del doctor Ferrero;

"19º—Pero al propio tiempo, por Decreto 2413 de 17 de agosto de 1954, se creó en el mismo Ministerio la Sección de Análisis y Coordinación Estadística y las funciones de la antigua División de Bioestadística, en la cual prestaba sus servicios el doctor Ferrero, pasaron a esta nueva Sección.

"Compruebo este hecho de la igualdad en esencia de funciones que desempeñaba el doctor Ferrero entre el antiguo cargo y el nuevo con el certificado auténtico, en papel sellado, debidamente estampillado y con los

sellos de rigor, expedido por el señor Director de Salubridad Nacional, doctor Luis Patiño Camargo, que a la letra dice:

" 'Bogotá, D. E., agosto 2 de 1958

" 'El suscrito DIRECTOR NACIONAL DE SALUBRIDAD, a petición del solicitante,

" HACE CONSTAR:

" Que de acuerdo con la organización general del Ministerio de Salud Pública, la Sección de Análisis y Coordinación de Estadística creada por el Decreto número 2413 del 17 de agosto de 1954, reemplaza a la extinguida División de Bioestadística y que por lo tanto, esta nueva Sección conserva las principales funciones de recolección, elaboración de análisis de los datos estadísticos necesarios para el buen desarrollo de las Campañas de Salubridad, labores estas que realizaba la División de Bioestadística, suprimida por el artículo 2º del Decreto 1900 de 19 de junio de 1954.

" 'Bogotá, D. E., agosto 2 de 1958.

" '(Fdo.) LUIS PATIÑO CAMARGO,

" 'Director de Salubridad Nacional'".

"20º—En el cargo que reemplaza al que antes ocupaba el médico graduado doctor Ferrero, fue nombrado el señor Jaime Vergara Uribe, persona que carece de título universitario y de la especialización en estas materias...".

Y para finalizar, dijo el doctor Gaitán:

"LA CUESTION DE DERECHO

"La Carrera Administrativa ha sido una de las grandes conquistas en las legislaciones modernas. Ella garantiza la estabilidad de los empleados públicos y propicia la tecnificación de los servicios. En nuestro medio, y de implantarse rígidamente, contribuirá a suavizar la pugna por el poder, ya que los empleados públicos no sean el botín del vencedor.

"Nuestra legislación positiva otorga a los empleados inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa la inamovilidad, mientras no incurran en causales de destitución y el derecho de ser ascendidos cuando se presenten vacantes en cargos superiores.

"El Consejo de Estado tiene establecido que cuando se suprime un empleo por ser innecesario para la Administración, el empleado pierde sus derechos en la Carrera Administrativa en ese cargo, porque la Nación no está obligada a conservar puestos innecesarios y porque lo accesorio debe seguir la suerte de la principal. Pero cuando se suprime un empleo y se

crea luego otro en lo sustancial con las mismas funciones, al empleado se le debe nombrar en el nuevo cargo, porque en realidad el empleo subsiste, aunque con nombre diferente, lo cual carece de importancia. Lo contrario autorizaría a los funcionarios para incurrir en lo que se denomina "fraude a la ley". Bastaría cambiar el nombre del empleo, **verbi gratia** "Contraloría", por "Contaduría", o por "Tribunal de Cuentas", para desconocer derechos que el legislador ha querido proveer...".

Habiendo finalizado el debate contradictorio, rituado el juicio sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación, es del caso entrar a proferir sentencia, lo cual hace la Sala, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

EXCEPCION DE CARENCIA DE PERSONERIA SUSTANTIVA DEL ACTOR

Quedó visto en la presente providencia, el planteamiento del señor Fiscal, quien consideró que el doctor Ferrero carecía de personería sustantiva para actuar, dado el hecho de que, hasta el momento de la vista, según señalaba el Agente del Ministerio Público, no había presentado comprobación de que el cargo de Asesor Técnico de la Sección de Análisis y Coordinación de Estadística figurase o perteneciese al Escalafón de la Carrera Administrativa, y que correspondiese a la **Segunda Categoría** del ordinal d) del artículo 3º del Decreto 1554 de 1940, en la cual había demostrado estar inscrito. Consideraba el señor Fiscal, que el doctor Ferrero no había demostrado ante esta Corporación su interés personal como empleado escalafonado, en el cargo de la referencia.

Ahora bien, como se observó del recuento del juicio, tenemos lo siguiente: En primer término, es necesario añadir a lo ya recapitulado, que la Audiencia fue concedida, de manera excepcional, apartándose el señor Consejero ponente, de la tradicional doctrina de la Corporación, de que no es posible conceder audiencias que se soliciten con posterioridad al auto de citación para sentencia, pues en tal momento se halla ya cerrado el debate. El señor Fiscal, como se desprende de los autos, suplicó inicialmente el auto para ante el resto de la Sala; pero posteriormente, desistió de su recurso, manifestando que la excesiva dilación de la tramitación le movía a dicho desistimiento. El Consejero ponente aceptó el desistimiento dejando constancia en su providencia, de que el auto que concedía la audiencia pública había sido consultado con la Sala, como es de rigor en providencias que se dicten con posterioridad al auto de citación para sentencia.

Aceptado el desistimiento del recurso, y en firme la providencia, se celebró la audiencia. Dentro de ella, el señor Fiscal volvió a presentar sus objeciones, e igualmente pidió, según reza el acta, que el Consejo definiese su criterio sobre la admisión de pruebas en la audiencia. Punto es este fundamental en el presente negocio, ya que al aceptarse las pruebas

desaparece la base de la excepción del señor Fiscal. Ahora bien, se ha visto cómo la Fiscalía no rechazó la incorporación de las pruebas, y cómo la Presidencia de la Sala ordenó su recibo, y en tal virtud, quedaron incorporadas al expediente.

La aceptación de las pruebas

Conviene a este respecto recordar lo dicho en sentencia de fecha once de diciembre del año en curso, del cual fue ponente el mismo Consejero que redacta la presente. Se dijo entonces:

"...pero en el presente caso, ocurre que, en la audiencia pública, fueron presentadas por el actor varias pruebas, a manera de renovación en papel sellado y con todas las formalidades legales, de las presentadas originalmente expedidas en forma que contravenía la ley, Ahora bien, el actor, y con razón, invoca el artícuulo 597, ordinal 2º del C. J., que dice: 'Para estimar el mérito de las pruebas, estas han de formar parte del proceso... 2º **Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes...**'.

'En la deficiente acta de la audiencia se dice: 'Se concede entonces el uso de la palabra al señor apoderado por segunda vez, renunciando a ella y presentando en memorial resumen de la audiencia y varios documentos...'. No hay constancia alguna de que el señor Fiscal, presente en la audiencia, se hubiese opuesto a esta presentación, como había podido hacerlo. Solamente esta falta de oposición, equivale a un asentimiento implícito, hace posible la admisión de las pruebas. Si el Agente del Ministerio Público se hubiese opuesto, no habrían podido admitirse, puesto que el Fiscal, podía objetar el que se recibiesen sin darle oportunidad de comtraprobar. Y, como la audiencia es una de aquellas diligencias de que habla el ordinal 2º del artículo 159, se procederá a considerar las pruebas presentadas por la parte demandante, con la expresa advertencia de que como queda dicho, ello se hace solamente **en virtud de que el Ministerio Público no objetó, como había podido hacerlo, la incorporación de las pruebas.** De manera que esta decisión no desvirtúa la jurisprudencia en el sentido de que las pruebas no pueden ser agregadas en la audiencia pública; se trata, como queda dicho de un caso, excepcional...".

El criterio del Consejo es el de la interpretación restrictiva en materia de recepción de pruebas, en las audiencias públicas. No puede aceptarse como tesis general el que ellas sean de recibo en la audiencia pública, concluído ya el debate. Por ello, en principio, la Sala **no acepta** la incorporación de pruebas en tal situación, por el hecho mismo de haber concluído el debate contradictorio del juicio. La oposición de la contraparte, es suficiente para que se rechasen las pruebas cuya incorporación se pretende, puesto que toda prueba dentro del proceso debe estar sujeta a la posibilidad de **discusión** y **contradicción**, y estas no serían posibles en el caso de que se aceptasen pruebas en este momento, sin la audiencia de la contraparte. Solamente en casos en que, como en el presente, hay la aceptación de la parte opositora, en este caso la Fiscalía, a la incorporación de

las pruebas, ha considerado el Consejo que ellas pueden aceptarse, puesto que la aceptación de que se incorporen equivale a la conformidad de la parte que podría oponerse. Así que en el caso presente, y en vista de que aparece la situación excepcional antedicha, las pruebas se aceptan y son las siguientes:

1º—Copia auténtica, expedida por el señor Director de Salubridad Nacional, del oficio número 1184 de enero 17 de 1951, suscrito por el señor Ministro de Higiene, entonces el doctor Alonso Carvajal Peralta, y que á la letra dice:

"Bogotá, D. E., enero 17 de 1951

"Señor doctor Carlos S. Ferrero.—L. C.

"Me permito informar a usted que con fecha 30 de diciembre pasado, consulté al Consejo Nacional de Administración y Disciplina, si el cargo de Jefe de la División Técnica de Bio. Estadística, para el cual fue nombrado usted por Decreto número 3770 de 1950, pertenecía a la Carrera Administrativa y, en consecuencia, si se encontraba incorporado al Escalafón respectivo.

"En respuesta a la consulta a que me refiero el Consejo Nacional de Administración y Disciplina, me ha hecho llegar la siguiente comunicación que me permito transcribir a usted, para su conocimiento y fines a que haya lugar:

" 'República de Colombia.—Consejo Nacional de Administración y Disciplina (Carrera Administrativa).—Número 8665.—Bogotá, enero 16 de 1951.—Señor Ministro de Higiene.—E. S. D.—En respuesta al atento oficio de S. S., distinguido con el número 35526 de fecha 30 de diciembre último, me permito manifestarle que esta corporación estima que el cargo de Jefe de la División Ténica de Bio-Estadística de ese Despacho, pertenece a la Carrera Administrativa, en virtud del artículo 5º del Decreto 2043 de 1940, adicional del 5554 del mismo año, que está vigente mientras no se expida uno nuevo para ese Ramo, conforme a las normas pertinentes. Además el artículo 19 del Decreto 1067 de 1942, puede ser aplicable también para el mismo fin, por analogía, según el artículo 21 del mismo. Ocurre que vistas esas disposiciones, no es indispensable que específicamente figure dicho cargo en el Escalafón Administrativo, y al efecto debe tenerse también en cuenta la doctrina favorable existente del Contencioso. Si no aparece en el Escalafón que rige en la actualidad, se debe a que no había sido creado el cargo mencionado cuando fueron elaborados los Decretos correspondientes, los cuales, como ya se dijo, continúan vigentes hasta cuando se dicten unos nuevos. — Del señor Ministro atentamente, ERNESTO HERRERA GOMEZ, Presidente'.

"En consecuencia, ruego a usted de la manera más atenta, se sirva acercarse hoy a mi Despacho, con el fin de tomar posesión del cargo de Jefe de la División Técnica de Bio-Estadística del Ministerio, ya que el

doctor Emiro Quintero Cañizares, tiene el propósito de posesionarse hoy mismo del cargo de Jefe del Departamento de Salubridad.

'Estoy seguro que su inteligencia y consagración en el servicio público, son prenda de éxito con el cargo para el cual fue designado, donde espero seguir contando con su valiosa colaboración y apoyo... (Fdo.), Alonso Carvajal Peralta, Ministro de Higiene...".

2º — Certificado del Director Nacional de Salubridad, de fecha 2 de agosto de 1958, que dice:

"El suscrito DIRECTOR NACIONAL DE SALUBRIDAD, a petición del solicitante,

"HACE CONSTAR:

"Que de acuerdo con la organización general del Ministerio de Salud Pública, la Sección de Análisis y Coordinación de Estadística, creada por Decreto número 2413 de 17 de agosto de 1954, reemplaza a la extinguida División de Bio. Estadística y que por lo tanto, esta nueva Sección conserva las principales funciones de recolección, elaboración de análisis de los datos estadísticos necesarios para el buen desarrollo de las Campañas de Salubridad, labores estas que realizaba la División de Bio. Estarística, suprimida por el artículo 2º del Decreto 1900 de 1º de junio de 1954.

"Fdo.), Luis Patiño Camargo, Director de Salubridad Nacional".

Estos dos documentos, demuestran la identidad del cargo que ocupaba el doctor Ferrero, con el nuevo cargo, creado con posterioridad a la supresión de aquel.

Los dos documentos citados, llevan a la Sala a concluír que el fundamento de la excepción propuesta por el señor Fiscal, desaparece y es el caso de declararla **no probada.**

Las peticiones de la demanda

Cumple, pues, entrar en el fondo del asunto. Del examen de las pruebas, aparece lo siguiente:

El doctor Ferrero, de acuerdo con el D. O. número 24690 que autenticado obra en el expediente, y contiene la Resolución número 169 de 1941, con la certificación del Secretario del Consejo Nacional de Administración y Disciplina, que obra a folio 9, y con la comunicación del Presidente del mismo, que obra a folio 8, fue escalafonado en **tercera categoría, segundo grupo,** según el artículo 4º, ordinal b) del Decreto 1554 de 1940. Quedó, pues, cobijado desde entonces por los beneficios de los empleados escalafonados e inscritos en la carrera administrativa.

Al ser ascendido por Decreto número 173 del 1º de febrero de 1943 al cargo de Jefe de Sanidad, pasó, de acuerdo con el mismo certificado ya mencionado, a la **segunda categoría, ordinal d)** (artículo 3º del Decreto-Escalafón número 1554 de 1940).

Suprimido el cargo, y reintegrado por sentencia del Consejo de Estado (v. folio 5, certificación de la Jefatura de Personal del Ministerio de Salud Pública) fue designado en 1949, Médico-Jefe de la Inspección Nacional de Salubridad y Asistencia Pública, pasó el 1º de julio de 1950 al cargo de Médico-Jefe del Pto. de Salubridad, y por el Decreto 3770 de 1950, a partir de 17 de enero de 1951, hasta el 30 de junio de 1954, como Jefe de la División Técnica de Bio. Estadística, con una última asignación mensual de mil pesos que devengó desde el 15 de abril de 1953, al 30 de junio de 1954. De acuerdo con el Decreto 1554 de 1940, artículo 3º, dicho cargo pertenece a la misma categoría en que el doctor Ferrero estaba escalafonado e incluído en la Carrera.

Observa la Sala, que si bien el Decreto 3770 de 1950 no fue acompañado en las pruebas, hay en estas suficientes elementos para establecer tanto la posesión como el ejercicio del último cargo. Tal, por ejemplo, la comunicación al actor de la supresión del cargo que ocupaba (f. 10), y el certificado del Jefe de Personal del Ministerio (folio 5).

El empleo en cuestión fue suprimido, como ya queda visto, por el Decreto 1900 de 19 de junio de 1954. Por Decreto 2413 de agosto 17 de 1954, se creó la Sección de Análisis y Coordinación de Estadística del Ministerio de Salud, cuya similitud con el cargo que ocupaba ha tratado de establecer el actor. Obra en el expediente (folio 4), un ejemplar autenticado del número 26431 del D. O. de 29 de enero de 1947, en el cual (pág. 304 y ss.) fue publicado le Decreto número 25 de 1947, orgánico del Ministerio de Higiene. El artículo 21 del Decreto, dice:

"Artículo 21. División de Bio-Estadística.

"Estará a cargo de un Jefe y tendrá por objeto:

"a) La organización de la estadística nacional en todo lo que interese a la salubridad, como nupcialidad, natalidad, morbilidad, mortalidad, en el Territorio de la República, de acuerdo con la Contraloría General de la República;

"b) El intercambio de datos con las instituciones internacionales de carácter estadístico;

"c) El envío, previa autorización del Ministerio, de informes a los organismos internacionales de salubridad y estadística a que esté obligado el país por tratados o convenios, y a su vez la solicitud de todo dato que tenga interés para la salubridad del país en materia de estadística;

"d) Hacer una activa campaña entre el Clero, el Cuerpo Médico nacional, los hospitales, clínicas de maternidad, enfermeras, parteras, etc., para que se lleve a cabo el denuncio obligatorio de las enfermedades infecto-contagiosas, el de la mujer en estado de embarazo y el de natalidad;

"e) Registrar la estadística de las actividades de higiene nacional en los Departamentos, Municipios, Intendencias, Comisarías y todas aquellas otras labores que le fueron asignadas posteriormente;

"f) Ejecutar todas las demás funciones relacionadas con esta rama de la higiene...".

Igualmente obra en el expediente (folio 2) y también acompañado de la demanda, el D. O. número 28564 de 17 de agosto de 1954, en el cual

aparece (págs. 630 y 31) el Decreto número 2413 de 1954, por el cual se creó el cargo de Jefe de Análisis y Coordinación Estadística.

De la comparación de las funciones de los dos departamentos en cuestión, aparece evidentemente similitud entre ellas, en relación con la coordinación de estadísticas, y su organización. Surge una diferencia fundamental, debida al cambio general de organización de la estadística nacional, por los Decretos 2240 de 1951 y 2254 del mismo año, que centralizaron la Estadística en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Se observa que el Decreto Legislativo 1900 de 1954, suprimió cargos en todos los Ministerios, con dicho fin de coordinación. De tal modo que hubo un cambio fundamental en la organización de la Estadística Nacional, que causó estas supresiones de cargos, en vista del nuevo funcionamiento. Con base en el artículo 5º del Decreto 1900 de 1954, vino a dictarse el Decreto 2413 de 1954, que creó el nuevo empleo, una de cuyas funciones era la de "servir como entidad coordinadora entre el Ministerio de Salud Pública y el Departamento primeramente citado". El artículo 5º del Decreto 1900 decía:

"Por Decreto separado se determinará qué Ministerios y entidades oficiales podrán mantener oficinas de interpretación, análisis y planeamiento estadístico, para lo cual el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, conjuntamente con el Ministerio respectivo, realizarán los estudios técnicos necesarios que permitan obtener un sistema coordinado en los trabajos".

Se comprende claramente por cuál razón el Ministerio de Higiene fue uno de los señalados para mantener "oficinas de interpretación, análisis y planeamiento estadístico", ya que justamente las estadísticas de salubridad requieren una oficina especializada. Se vio cómo del certificado del Director de Salubridad Nacional se desprende que la Sección de Análisis y Coordinación de Estadística **"reemplaza a la extinguida División de Bio-Estadística"**, y que "esta nueva Sección **conserva las principales funciones de recolección, elaboración de análisis** (sic) **de los datos estadísticos necesarios para el buen desarrollo de las Campañas de Salubridad"**. (Subraya la Sala).

De los textos anteriores, se concluye que en realidad, la nueva oficina fue equivalente de la primera. Motivado el cambio por la nueva organización de la Estadística Nacional, no quiere ello decir que los derechos del empleado escalafonado e incorporado a la carrera administrativa, desapareciesen. Porque como lo señala el apoderado del actor, "cuando se suprime un empleo por ser innecesario para la Administración, el empleado pierde sus derechos en la Carrera Administrativa en ese cargo, porque la Nación no está obligada a conservar puestos innecesarios, y porque lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal. Pero cuando se suprime un empleo y se crea luego otro en lo sustancial con las mismas funciones, al empleado se le debe nombrar en el nuevo cargo, porque en realidad el empleo subsiste...".

Evidentemente, al Gobierno asiste amplio derecho de modificar, dentro de sus atribuciones, la organización administrativa. Pero ciertamente, el estatuto de los empleados pertenecientes a la carrera administrativa, es

una limitación a las facultades de que goza la administración. Limitación que se establece para beneficio de los servidores de ella, y que tiende, a amparar a quienes sirven al Estado de manera honesta y eficaz, cumpliendo sus deberes, de acuerdo con la ley. El hecho de que el motivo de la creación de un cargo, después de la supresión de otro con funciones análogas, no haya sido simplemente el de buscar la destitución de un empleado, no disminuye los derechos de éste, cuando el nuevo empleo viene a ser, en última instancia, una nueva forma del anterior, pero en sustancia el mismo. La Administración podía hacer la modificación en cuestión, pero respetando los derechos de su empleado. Según las comprobaciones del expediente, el doctor Ferrero ha sido un eficaz funcionario de la carrera administrativa, especializado, y en cuya preparación la Administración invirtió dinero. De ahí que lo indicado, no solamente desde el punto de vista legal, sino también desde el punto de vista de la lógica, y del buen servicio administrativo, era la incorporación del doctor Ferrero al nuevo cargo, y no el aprovechamiento de una coyuntura para prescindir de sus servicios, que eran eficaces justamente en el destino del cual fue separado.

De consiguiente, la pretensión del doctor Ferrero de obtener la anulación del Decreto 2480 de 1950, artículo único, y el restablecimiento de su derecho, debe prosperar. Esta sustancial similitud de los dos cargos, su equivalencia, y la pertenencia del que él ocupaba, a la carrera administrativa, lo cual lleva a concluír que el cargo que se creó en vez del anterior, con las mismas funciones, queda comprendido en la carrera y en el escalafón, en la misma categoría que el que ocupaba el demandante, aunque en él no figure específicamente, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 2043 de 1940, y los artículos 19 y 21 del Decreto 1067 de 1942, cuya aplicación analógica es viable. Estas disposiciones dicen:

Artículo 5º del Decreto 2043 de 1940:

"Los empleos que se crearen por notorias y urgentes necesidades del servicio, y los similares de que tratan el Decreto 154 de 1940 y el presente Decreto, tendrán las condiciones mínimas asignadas a la categoría correspondiente a sus atribuciones. Esta disposición será extensiva a los empleados supernumerarios".

'Artículo 6º—Cuando se cambie la denominación de un empleo, conservando los atribuciones que le estaban señaladas, no habrá ninguna modificación en la categoría, ni en las condiciones mínimas establecidas...".

Decreto 1067 de 1942 (abril 25), Escalafón de Empleados del Instituto Nacional de Higiene "Samper Martínez":

"Artículo 19.—Si en cualquier tiempo se modificare la organización de alguna o algunas de las actuales dependencias del Instituto, o se crearen nuevos secciones o empleos, los cargos que establezcan con carácter permanente, se considerarán incorporados en el presente escalafón, con las condiciones mínimas asignadas a la categoría correspondiente a sus atribuciones, de acuerdo con las funciones que se les señalen...".

"Artículo 21.—El presente escalafón es adicional de los escalafones establecidos por los Decretos 1554 de 1940 y 1319 de 1941...".

En mérito de las consideraciones expuestas, y oído el concepto del señor Fiscal, y en desacuerdo con él, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º—Es NULO el artículo único del Decreto número 2480 de 1954, en cuanto nombró Director de la Sección de Análisis y Coordinación Estadística del Ministerio de Higiene —Salud Pública— al señor Jaime Vergara Uribe, con exclusión del empleado de carrera administrativa, doctor Carlos S. Ferrero.

2º—El Gobierno Nacional deberá reincorporar al servicio público al doctor Carlos S. Ferrero, en dicho cargo, o en otro de igual o superior categoría, dentro del respectivo escalafón del Ministerio de Salud Pública.

3º—El Tesoro Nacional reconocerá al doctor Carlos S. Ferrero todos los sueldos dejados de devengar, a razón de un mil pesos mensuales, a partir del día 30 de junio de 1954, y hasta que se efectúe la reincorporación ordenada en el presente fallo, previa deducción de las sumas que se demuestre que el doctor Ferrero ha devengado por cualquier concepto en este lapso, del Tesoro Nacional, o de empresas públicas en las cuales tenga parte principal el Estado; o bien de empresas o personas particulares, en horas hábiles de labor. Dicho pago deberá hacerse en los términos del artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo.

4º—Para efectos de prestaciones sociales, se declara que no hay interrupción en el tiempo de servicios prestados por el doctor Carlos S. Ferrero, desde el 30 de junio de 1954, hasta el momento en que se efectúe su reintegro.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta — Alejandro Domínguez Molina — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez — Pedro Gómez Valderrama — Luis Fernando Sánchez, Secretario General.

AUTORIDADES NACIONALES

Responsabilidad de la Nación por expropiaciones y ocupaciones efectuadas por el nes del país, especialmente en los Llanos Orientales. — Esta sentencia ratifica la doctrina sentada en el auto de 26 de agosto de 1960 del mismo ponente, "sienta la tesis de que la responsabilidad patrimonial del Estado debe estudiarse y definirse de conformidad con la reglamentación establecida en nuestro estatuto contencioso administrativo y no a la luz de las disposiciones del Código Civil".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, dos de noviembre de 1960.

Ref.: Expediente número 298. — Actor: Ira Elischa Washburn.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

En las poblaciones de Yopal y El Morro, el señor Ira Elischa Washburn y la señora Margarita de Washburn fundaron la misión evangélica de Casanare en el año de 1943. Allí adquirieron algunas propiedades y construyeron casas de habitación y edificaciones varias. En marzo de 1950 y por razón de la ola de violencia que azotaba a los Llanos Orientales en esa época, los esposos Washburn salieron de la región con rumbo a los Estados Unidos de Norte América y dejaron sus bienes y la misión a cargo de Luis Ricardo Moreno, Víctor Sánchez y Beatriz Jiménez de Sánchez.

En virtud de las amenazas de la policía, Moreno tuvo que abandonar esos lugares a fines del año de 1950 y dejó las propiedades bajo la vigilancia de los esposos Sánchez. Poco después, el ejército nacional ocupó los inmuebles y estableció en ellos un cuartel oficial, al tiempo que se incautaba un tractor, los muebles y los equipos existentes. Tomó también los ladrillos y demás elementos que los esposos Washburn tenían destinados a la construcción de una iglesia y dipuso de ellos con otros fines.

El corregidor militar de El Morro ocupó las mejores habitaciones de las casas aludidas para instalar allí la corregiduría y la telegrafía nacional, dejando a los cuidanderos de tales propiedades, señores Sánchez, las piezas pequeñas. La casa y el terreno adyacente quedaron ocupados definitivamente por el ejército y los militares dispusieron de las herramientas, equipos, materiales de construcción y de los semovientes.

En julio de 1951, un soldado del ejército nacional dio muerte al cuidandero Sánchez, y su viuda quedó en las propiedades de El Morro hasta que recibió permiso para abandonar la región. El ejército destruyó las edificaciones situadas en este último lugar y dispuso de los muebles, semovientes y demás propiedades de los esposos Washburn, ocasionando así gravísimos perjuicios a sus legítimos dueños, cuyo valor estiman en la suma de $ 50.400.00 moneda colombiana, más el lucro cesante y la desvalorización consiguiente.

Con apoyo en los hechos anteriormente relatados, el doctor Guillermo Hernández Rodríguez, obrando en su calidad de apoderado especial de Ira Elischa Washburn, ciudadano de los Estados Unidos de Norte América, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, formuló demanda ante el Consejo de Estado en 19 de diciembre de 1953, a fin de que se hiciesen las siguientes declaraciones:

"PRIMERO.—El Estado Colombiano está en la obligación de indemnizar al señor IRA ELISCHA WASHBURN por los daños y perjuicios que le fueron ocasionados en virtud de la ocupación que el ejército nacional hizo a partir de fines de 1950 hasta la actualidad, de las propiedades que dicho señor tiene en las regiones de Yopal y El Morro en los Llanos Orientales de Colombia.

"SEGUNDO.—Que en virtud de la declaración anterior el Estado Colombiano, con imputación presupuestal al Ministerio de Guerra o a cualquier otro Ministerio, debe pagar al señor Ira Elischa Washburn, como indemnización de daños y perjuicios la suma de OCHENTA MIL PESOS ($ 80.000.00) moneda legal o la cuantía mayor o menor que se fije mediante peritos, o lo que se pruebe en el curso del debate correspondiente, dentro del término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia que recaiga sobre esta demanda al tenor del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

"TERCERO. — Que además de la indemnización indicada en el punto inmediatamente anterior por los daños y perjuicios ocasionados al señor Ira Elischa Washbrrn, se debe decretar a su favor como simple indemnización por el lucro cesante lo que corresponda a los intereses que aquellas sumas hubieren podido reportarle a la tasa del interés legal o al beneficio medio que arrojan las empresas agrícolas o industriales del país según las estadísticas oficiales.

"CUARTO.—Que se declare el derecho en abstracto del señor Ira Elischa Washbrun a recibir el pago del arrendamiento de las tierras que en la actualidad ocupa el ejército nacional en las regiones de Yopal y El Morro, durante todo el lapso en que se prolongue esta situación anormal".

Se estima que con los hechos relatados se quebrantaron los artículos 16, 17, 21, 30, 33 y 34 de la Constitución Nacional, 2341 a 2360 del Código Civil y 68 de la Ley 167 de 1941. Se emite el concepto de violación de las normas citadas y se hacen amplias consideraciones de derecho para demostrar las infracciones alegadas. A ellas se referirá la Sala en el curso de esta sentencia y en el momento oportuno.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, después de algunas consideraciones sobre el fondo del derecho impetrado, solicitó que se accediera parcialmente a las súplicas de la demanda.

Tramitado el juicio con arreglo a las normas procesales, se procede a dictar la correspondiente sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima el actor que los procedimientos seguidos por la administración en este negocio generan la responstabilidad patrimonial del Estado al tenor de las disposiciones constitucionales que cita y de los artículos 2341 a 2360 del Código Civil. Acepta que el caso en estudio está vinculado también a esos textos, porque "tanto el derecho colombiano como el francés está configurado en materias de responsabilidad sobre la teoría de que toda persóna debe ser indemnizada por el daño que se le cause por culpa de otra persona natural o jurídica...", aunque destaca la importancia de los preceptos de la Carta y su incidencia en el presente juicio.

La autonomía del derecho público, como lo anota el profesor Maurice Duverger ("Droit Public", 1957, págs. 2 y ss.), se ha estructurado sobre bases orgánicas, materiales y formales. Estos criterios imprimen carácter a las relaciones jurídicas, indican la naturaleza de los intereses comprometidos y señalan los procedimientos singulares utilizados por el poder público. Desde un punto de vista orgánico, la autonomía se apoya en la diferencia entre gobernantes y gobernados y en la índole de las relaciones jurídicas que los unen. La intervención del poder público como sujeto de derecho, impone la necesidad de sistemas distintos de aquellos que regulan las relaciones entre particulares. Desde un punto de vista material, la distinción se funda en la naturaleza de los intereses en juego. El fin esencial del Estado es el de satisfacer necesidades colectivas, y en razón de ese objetivo superior, necesita apelar a sistemas autónomos que garanticen el cumplimiento de sus deberes sociales. El lazo jurídico que vincula a los particulares no trasciende directa e inmediatamente sobre la colectividad, en tanto que en la relación habida entre la administración y los ciudadanos puede interponerse, como elemento distintivo, el concepto de utilidad general. Desde el punto de vista formal, la diferencia se funda en la manera como operan y se manifiestan las relaciones jurídicas. En derecho privado domina el principio de la libre determinación y de la consiguiente autonomía de la voluntad. En derecho público se parte de la idea contraria. Los intereses colectivos limitan la actuación del Estado, por una parte, y le otorgan a la administración poderes singulares de imposición y facultades excepcionales de decisión unilateral, incompatibles con los sistemas de derecho privado.

Pero como las situaciones jurídicas particulares no pueden quedar sometidas al capricho de los gobernantes, el derecho administrativo estructura, como contrapartida necesaria de ese régimen de privilegio estatal, un sistema autónomo de responsabilidad que tutela los derechos subjetivos y protege el interés general. De allí que los más ilustres maestros desarrollen los principios fundamentales del derecho administrativo en torno de estas bases: La existencia de una organización pública; la actuación de las entidades estatales en función de imposición; el restablecimiento de un régimen autónomo de responsabilidad; y, funcionamiento de una jusrisdicción especial.

El Estado actúa generalmente por vía de imposición, pero el derecho objetivo señala los límites y establece las bases de su actuación unilate-

ral. De allí que su actividad se desenvuelva en torno de dos principios directrices que constituyen la esencia del derecho administrativo y que dan a esta rama jurídica autonomía plena: La idea de imposición, y la idea de responsabilidad.

Nuestras instituciones de derecho público y de derecho privado han tenido su fuente de inspiración en el sistema francés. El estatuto administrativo siguió esas orientaciones, y el código civil, especialmente en materia de responsabilidad extracontractual, no discrepa sustancialmente del estatuto napoleónico. De otro lado, la doctrina y la jurisprudencia colombianas han relievado esas similitudes. No obstante, en el campo del derecho público se ha operado un fenómeno bastante curioso: La Constitución y leyes colombianas, influídas por el pensamiento francés, consagran la autonomía plena del derecho administrativo, pero la jurisprudencia, orientada por un agudo criterio civilista, ha dejano de lado esos textos constitucionales y legales para estructurar una serie de doctrinas híbridas, con ostensible predominio del derecho privado. Basta un simple cotejo histórico de las ideas y de las normas positivas que han orientado a uno y otro sistema en materias de responsabilidad estatal para demostrar la verdad de la aseveración.

Desde hace casi un siglo que se aceptó plenamente en Francia el principio de la inaplicabilidad de las normas del código civil a los casos de responsabilidad del Estado cuando éste actúa como gestor de los servicios, y desde 1941, por lo menos, ese principio fue consagrado en la ley colombiana. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia nacionales no le han dado a esa sustancial transformación de nuestro derecho positivo la importancia que realmente tiene, y han seguido aplicando un sistema inadaptable a nuestro derecho positivo.

EL SISTEMA FRANCES. — Observa Francois Koechlin ("La Responsabilité de l'Estat en Dehors des Contrats de L'an VIII á 1873", ed. de 1957, págs. 117 y ss.), que con el perfeccionamiento de la noción de acto administrativo se desarrolla en Francia, en la primera mitad del siglo pasado, una acentuada tendencia hacia una mayor independencia del derecho público que culminó con la sentencia Rotschild, dictada por el Consejo de Estado en 6 de diciembre de 1855, en la cual se consagraron estos dos principios fundamentales:

a) 'Las demandas de daños contra el Estado no son de competencia judicial"; y,

b) "Los artículos 1382 y siguientes del Código Civil son inaplicables al Estado".

Esas mismas ideas fueron ampliamente acogidas por el Tribunal de Conflictos en el famoso fallo Blanco, dictado en 8 de febrero de 1873, cuando dijo:

"Considerando que la acción intentada... tiene por objeto hacer declarar al Estado civilmente responsable por aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil; . : .que la responsabilidad que pueda incumbirle al Estado por daños ocasionados a los particulares por razón de actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para regular las

relaciones entre particulares; que esa responsabilidad no es ni general ni absoluta, que tiene reglas especiales, las que varían de acuerdo con las necesidades del servicio y la urgencia de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados...".

La doctrina contenida en el fallo Blanco fue seguida por el Consejo de Estado y por la Corte de Casación y reiterada en múltiples decisiones proferidas por esos tribunales desde esa lejana época hasta hoy. En sus lineamientos generales ella ha continuado vigente y solo ha sufrido alguna modificación en lo relativo a los servicios industriales y comerciales, de acuerdo con la tesis sentada por el Tribunal de Conflictos en el fallo Bac d' Eloka, dictado en 22 de enero de 1921.

M. Long, P. Weil y G. Braibant en su obra "Las Grands Arrets de la Jurisprudence Administrative", 2ª ed., 1958, págs. 5 y ss., incluyen estos comentarios al fallo Blanco:

"Esos textos son interpretados por el Comisario de Gobierno, David, en el sentido de que los tribunales judiciales 'son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas formuladas contra la administración en razón de los servicios públicos, cualquiera que sea su objeto, lo mismo si buscan o no buscan hacer anular, reformar o interpretar por la autoridad judicial los actos de la administración, sino también cuando persiguen simplemente hacer pronunciar contra ella las condenaciones pecuniarias por reparación de daños causados por sus operaciones'.

"Los litigios así sustraídos al conocimiento de los tribunales judiciales no deben ser resueltos según los textos del código civil".

Estos principios básicos del sistema francés, aunque no estén consagrados en norma positiva alguna, son los que han servido para mantener la autonomía del derecho público y son aceptados en su totalidad por los más destacados tratadistas de derecho administrativo (Georges Vedel, "Droit Administratif", 1958, págs. 48, 185 y 187; Marcel Waline, "Droit Administratif", 8ª ed. 1959, págs. 11 y ss.; André de Laubádere, "Traité Elementaire de Droit Administratif", 2ª ed., 1957, págs. 495 y ss.; Francois Koechlin, "La Responsabilité de l'Estat en Dehors des Contrats de L'an VIII á 1873", 1957, págs. 143 y ss.; Jean Rivero, "Droit Administratif", ed. de 1960, págs. 227 y ss.; Jean Guyenot, "La Responsabilité des Personnes Morales Publiquest et Privées", ed. de 1959, págs. 27 y ss.; Jacques Moreau, "L'Influence de la Situation et du Comportement de la Victima sur la Responsabilité Administrative", 1957, pág. 2).

Es conveniente destacar entre estos dos hechos: a) Esas doctrinas tuvieron consagración jurisprudencial hace más de un siglo y quedaron establecidas definitivamente hace ochenta y siete años; b) Tales ideas se impusieron a pesar de la inexistencia de textos legales que las respaldaran y solo tomando en consideración la naturaleza jurídica de la actuación del Estado. No se puede nivelar con el mismo rasero actividades jurídicas heterogéneas, ni aplicar a la función administrativa el mismo estatuto que gobierna a los particulares.

Desde el siglo pasado esas ideas dominaron todo el campo del derecho público no solo en Francia sino también en todos los países sometidos al régimen de la dualidad de jurisdicciones. Dada la circunstancia de que

nuestro derecho es de tipo legislado, que no pretoriano como el francés, sería lógico que tales construcciones jurídicas no hubieran tenido repercusión alguna en Colombia contra texto escrito, pero resulta extraño que existiendo desde hace mucho tiempo normas constitucionales y legales que imponen el sistema, la jurisprudencia haya enrumbado por otros caminos y mantenga vivo un régimen jurídico ya superado.

EL SISTEMA COLOMBIANO. — En la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el código contencioso administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias, la reglamentación del derecho privado.

En el artículo 2º de la Carta se establece que los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala. Esta norma, por sí sola, consagra las tesis más importantes del derecho público moderno: El principio de la legalidad, el de la autolimitación del poder público y el del Estado de derecho, cuya contrapartida necesaria es la responsabilidad. Si los poderes públicos están obligados a actuar dentro de los límites constitucionales, las actividades que desborden esos linderos y que lesionen derechos particulares, han de producir necesariamente consecuencias jurídicas que se traduzcan en el restablecimiento del derecho violado. La infracción a los estatutos y el daño ocasionado, constituyen la fuente de la responsabilidad.

Estas ideas generales se desenvuelven, especialmente para el órgano administrativo, en el artículo 16 de la Constitución, que dice así:

"Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes siciales del Estado y de los particulares".

En ese precepto se consagran, en términos generales, los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública frente a los deberes, derechos y obligaciones de los particulares, y se establece un régimen jurídico de equilibrio entre aquellas y estos. Se estructura así la típica relación de derecho público que la Constitución desarrolla en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las propias autoridades. Si la lesión ocasionada por un tercero implica la indemnización del daño, la que es causada por el mismo protector de ese derecho ha de determinar, por lo menos, idénticas consecuencias jurídicas. La violación del derecho por parte de la administración pública encargada de la misión concreta y específica de ampararlo, conlleva una mayor responsabilidad porque ella debe actuar, por mandato expreso de la Carta, dentro de los límites de la legalidad. Si el Estado hiere el derecho particular y ocasiona daño, necesariamente ha de responder de su acto.

El contenido de los dos ordenamientos constitucionales analizados se desarrolla en todo el título tercero de la Carta, siguiendo las mismas orientaciones y contemplando las diversas hipótesis en que la responsa-

bilidad estatal, la personal del agente o la acumulación de ellas opera. En el artículo 33 se establece la responsabilidad ibjetiva y directa del Estado en forma expresa. Esta regla será estudiada posteriormente al analizar el caso planteado.

Al señalarse en la Constitución los deberes y obligaciones del Estado y fijarse un límite a sus actuaciones, se establece una frontera entre sus actos regulares y sus actos irregulares. De idéntica manera a como la transgresión de la ley determina consecuencias para los particulares, ha de producirlas para el Estado, porque aquellos y éste están sometidos al derecho. Son estas, en sus lineamientos generales, las ideas plasmadas en la Constitución Nacional. Se desarrolla así la moderna concepción del estado de derecho, no solamente en el sentido político que comúnmente se da a esa noción, sino como expresión de una responsabilidad jurídica y patrimonial.

En los textos analizados se echan las bases de la responsabilidad del Estado en razón de sus actos y de sus hechos, en los artículos 136 y siguientes de la Constitución se crea una jurisdicción especial para conocer de esta clase de negocios, y en el código contencioso administrativo se complementan aquellos principios, se adiciona esa organización y se establecen las acciones y procedimientos aplicables. Queda así consagrado un sistema autónomo de derecho público sustantivo, un régimen autónomo de derecho público adjetivo, y una jurisdicción autónoma para decidir de las controversias de derecho público.

La Constitución enuncia los principios generales de la legalidad, de la responsabilidad y de la competencia, y la ley da los medios para ponerlos en movimiento mediante el contencioso de plena jurisdicción. La Carta fundamental impone a los poderes públicos la obligación de actuar dentro de los límites constitucionales y a las autoridades de la República el deber de garantizar y respetar los derechos por ellá reconocidos. En desarrollo de estas normas generales, los artículos 62 y siguientes de la Ley 167 de 1941 ordenan que el órgano administrativo acomode sus actuaciones ya no solo a los ordenamientos constitucionales, sino también a los preceptos legales y a las disposiciones superiores de derecho, y confieren poder suficiente para acusar ante la jurisdicción especial todas aquellas decisiones, operaciones y hechos que extralimiten el marco de la legalidad y que lesionen los derechos particulares.

Las autoridades están instituídas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, entre los cuales figuran los de obrar dentro de los límites del derecho, imponer el acatamiento a la ley, conservar el orden público y, en general, prestar eficientemente los servicios públicos. Para alcanzar esas finalidades esenciales, el Estado expide decisiones administrativas escritas o verbales, realiza operaciones administrativas y ejecuta actos administrativos materiales, es decir, cumple una función de derecho público. En el desempeño de esa misión, ocurren acaecimientos involuntarios o hechos administrativos propiamente dichos, cuyo agente productor es el Estado en función de servicio público.

Cuando la administración traspasa los linderos de la legalidad con lesión de derechos particulares, o cuando por faltas del servicio acarrea

dicción como el contencioso típico de la responsabilidad del Estado, y en daños a las personas, se establece entre el Estado y los perjudicados una típica relación de derecho público que engendra una responsabilidad de derecho público, porque el agente productor del perjuicio es un sujeto de derecho público que actúa en función pública. No importa que el derecho quebrantado por el acto o por el hecho administrativo sea de carácter civil, porque el elemento que establece la naturaleza jurídica de la relación es la calidad especial del sujeto que ocasionó el daño y la índole de la gestión que en ese momento adelantaba.

Es esa la razón para que los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941, estructuren la noción de responsabilidad patrimonial del Estado a través de la relación de derecho público que nace entre la administración y los particulares, sin consideración a la naturaleza civil del derecho violado. La norma quebrantada puede ser "de carácter civil o administrativo", sin que se altere la índole jurídica del vínculo, ni la naturaleza de la responsabilidad que genera.

Igualmente, la Constitución Nacional y el código contencioso administrativo desplazan el centro de gravedad de la responsabilidad estatal de los fundamentos meramente subjetivos que le da el código civil hacia bases más concretas y objetivas. Las nociones de responsabilidad directa y de responsabilidad indirecta que surgen de los artículos 2341 y 2349 de nuestro estatuto civil no se adaptan a las modalidades y sistemas de actuación del Estado, porque éste, como tal, no incurre en culpa, y la que sea imputable a sus agentes no se puede considerar desligada de la función pública que desempeñan. Tampoco es dable asimilar, para efectos de la responsabilidad, a los funcionarios de la administración con los pupilos y criados domésticos, como expresamente lo ha reconocido la jurisprudencia.

Es tan evidente en nuestro derecho positivo la tesis de la inaplicabilidad de esas normas civiles a los casos de responsabilidad administrativa del Estado, y tan forzadas las doctrinas predominantes en Colombia hasta hace poco tiempo, que aún esa misma jurisprudencia, dirigida con férreo criterio civilista, se ha visto obligada a aceptar la teoría de la falta de servicio, de definida estirpe administrativa, como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, acogiéndose así a una concepción más objetiva y científica del fenómeno jurídico, y relegando a segundo término la idea de culpa, tal como se concibe en nuestro estatuto civil.

La Constitución Nacional a partir de la enmienda de 1936, y el código contencioso administrativo desde 1941, estructuran la noción de responsabilidad patrimonial de las entidades de derecho público sobre bases más científicas y más acordes con la técnica jurídica. Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, esos estatutos crearon el contencioso de plena jurisdicción como el contencios típico de la responsabilidad del Estado, y en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941 establecieron un sistema de derecho público autónomo que contempla todas las hipótesis y da solución adecuada a todas las controversias que pudieran presentarse. En esas

reglas legales se estudia la responsabilidad patrimonial del Estado a través de todos los sistemas de actuación de las entidades de derecho público: El acto administrativo, la operación administrativa, el acto material y el hecho administrativo, para presentar una concepción objetiva de la responsabilidad fundada en la violación de la ley, en la falta de servicio y en el daño.

Ese nuevo sistema jurídico está regido por normas sustantivas de derecho público, por reglas adjetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de derecho público, porque parte del principio básico de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares y debe estar, por consiguiente, reglamentada por normas diferentes. Dada la circunstancia de que la actuación de la administración pública ha de estar orientada siempre por fines altruístas de servicio y de satisfacción de necesidades colectivas y no por el propósito egoísta de atender intereses particulares, el sistema jurídico que regule la responsabilidad estatal ha de tener en cuenta ese trascendental elemento que es totalmente extraño al derecho civil. En las actividades del Estado como supremo gestor de los servicios públicos, no hay nada que lo identifique con los particulares, hecho que no podía ser indiferente para el derecho. El Estado actúa generalmente como persona de derecho público, expide mandamientos unilaterales en función de poder público, crea situaciones jurídicas de derecho público, utiliza procedimientos de derecho público y está sometido a una jurisdicción especial de derecho público.

Por otra parte, los estatutos constitucionales y legales analizados, como disposiciones posteriores a las contenidas en el código civil, y como normas especiales que reglamentan íntegramente una materia, hacen inaplicables al Estado las reglas del antiguo sistema sobre responsabilidad patrimonial. Si las enmiendas constitucionales de 1936 y de 1945 y la Ley 167 de 1941 consagraron un sistema jurídico especial para la responsabilidad de las entidades de derecho público que da soluciones adecuadas a todas las hipótesis que se pudieran forjar sobre la materia, y si tales estatutos son posteriores al régimen establecido en el derecho privado, para deducir la responsabilidad entre particulares, no parece lógico ni jurídico que aún se siguiera aplicando el sistema desueto.

La tesis de la inaplicabilidad de los artículos 2341 y siguientes a los casos de responsabilidad patrimonial del Estado ya fue estudiada en el auto de fecha 26 de agosto de 1960, dictado por el Consejero Carlos Gustavo Arrieta en el incidente de nulidad propuesto por Miguel y David Dreszer dentro del juicio seguido por Madein Form Brassiere Company, Inc. y en la sentencia de 30 de septiembre del mismo año, expedida por la Sala con la ponencia del Consejero Francisco Eladio Gómez en el juicio adelantado por Ester Wolf de Posada. En esas dos decisiones se sienta la tesis de que la responsabilidad patrimonial del Estado debe estudiarse y definirse de conformidad con la reglamentación establecida en nuestro estatuto contencioso administrativo y no a la luz de las disposiciones del código civil.

El apoderado del actor apoyó su demanda no solamente en los precep-

tos comentados del código civil, sino también en los artículos 16, 30 y 34 de la Constitución Nacional, normas que obligan a las autoridades a proteger los bienes, a respetar los derechos adquiridos con justo título, a impedir la confiscación y a responder por la ocupación temporal de los inmuebles aun en tiempo de guerra. La acción se apoya, además, en el artículo 68 del código contencioso administrativo que da viabilidad al restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es una operación administrativa.

Están plenamente acreditados en el expediente los siguientes hechos: a) Que el demandante había adquirido algunos derechos o mejoras sobre lotes de terreno ubicados en las regiones de Yopal y El Morro y que estaba en posesión de tales bienes; b) Que en esos lugares levantó a su costa algunas edificaciones; c) Que el ejército nacional ocupó temporalmente los citados terrenos y construcciones y que esa ocupación duró hasta época posterior a la iniciación de este juicio; y d) Que alguna de las edificaciones levantadas por el actor fue destruída por un incendio ocurrido en el tiempo que duró la ocupación.

Es evidente que en el período en que sucedieron los hechos anteriores no existía una guerra civil declarada, pero no lo es menos que sí había una una situación del orden público y que en algunas regiones del país, especialmente en los Llanos Orinentales, esa situación general cobró los caracteres de una guerra no declarada. El ejército nacional estaba investido de poderes extraordinarios y de facultades discrecionales para dominar el alzamiento y en virtud de ellos ocupó los terrenos y edificaciones del demandante.

Esa situación de guerra civil no declarada encaja dentro de los supuestos contemplados en los dos últimos incisos del artículo 33 de la Constitución Nacional. Dispone esa norma que en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá decretarse por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y sin indemnización previa. Agregan los dos últimos incisos que en ese mismo caso la propiedad inmueble podrá ocuparse temporalmente para atender las necesidades de la guerra, pero en tales eventos la Nación será siempre responsable por aquellas expropiaciones y por estas ocupaciones.

Se estructura en ese mandamiento constitucional una responsabilidad objetiva y concreta, cuyo fundamento único es el hecho de la ocupación o de la expropiación temporal, sin mezcla alguna del elemento culpabilidad que constituye la base de la responsabilidad en derecho privado. Basta demostrar la ocupación para que sea viable la indemnización que ha de pagar el Estado. Este hecho ha sido plenamente acreditado en el curso del juicio y, por consiguiente, la reparación pue ordena el artículo 68 del código contencioso administrativo es procedente.

El Consejero sustanciador, asociado de peritos, practicó una diligencia de inspección ocular en los terrenos y edificaciones situadas en Yopal, en la cual se pudo verificar que en realidad las propiedades de los señores

Washburn habían sido ocupadas por el ejército nacional. Pudo observarse también en la diligencia la existencia de las edificaciones y de una construcción en ruinas.

Es oportuno anotar que la inspección ocular fue decretada no solamente para que se realizara en los terrenos ubicados en Yopal, sino también para los bienes situados en El Morro. Pero no obstante el interés manifestado por las partes en el sentido de que la diligencia se practicara en su integridad, ello no fue posible en virtud de los fuertes inviernos y de razones diversas. Por tales circunstancias, la prueba quedó incompleta y no pudo extenderse hasta el sitio de El Morro. Pero algunos de los testimonios tomados por el Consejero sustanciador, entre los cuales figura el de Alirio Rivera Prieto, dan cuenta de la existencia de una casa grande, de un piso, situada en El Morro y mejor que la que tenía el señor Washburn en Yopal.

En el dictamen rendido por los peritos se hace un inventario y avalúo de los bienes raíces y muebles cuya existencia pudieron comprobar e incluyeron también la casa situada en El Morro. Los expertos manifiestan en su informe que para avaluar ese inmueble tuvieron en cuenta los informes que fueron suministrados por personas de reconocida honorabilidad y la circunstancia de estar ubicado en un lugar de difícil acceso y de escasa importancia.

Consideran los expertos que el valor total de los derechos y mejoras pertenecientes al actor es de $ 48.120.00 moneda corriente, y que ese capital produce una renta o interés aproximado de $ 400.00 mensuales. En los detalles y conclusiones del dictamen estuvieron de acuerdo todos los peritos y la Sala estima que la rentabilidad señalada por ellos es apenas justa.

De acuerdo con el testimonio de Alirio Rivera Prieto, los inmuebles fueron ocupados por el ejército nacional en el mes de agosto de 1950 y de conformidad con múltiples declaraciones que obran en el expediente, en el mes de marzo de 1956, fecha del incendio ocurrido, las tropas aún permanecían en esos sitios. Estas pruebas acreditan que la ocupación duró, por lo menos, desde el mes de agosto de 1950 hasta marzo de 1956, inclusive. Dadas estas circunstancias, y tomando en consideración que no hay demostración alguna que acredite ocupación posterior, la Sala solamente ha de tener en cuenta ese laspo para efecto de decretar la indemnización con base en la rentabilidad apreciada por los expertos, como lucro cesante. A la suma que resulte debe agregarse el valor de la casa destruída por el incendio, del tractor inutilizado y de los otros muebles desaparecidos.

LUCRO CESANTE

Cinco (5) años y ocho (8) meses de ocupación de los bienes a razón de $ 400.00 mensuales	$ 27.200.00
DAÑOS: Valor de la casa destruída	19.320.00
Valor del tractor inutilizado	3.500.00
Valor de los ladrillos utilizados por el ejército	1.500.00
TOTAL DE LA INDEMNIZACION	$ 51.520.00

los señores

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

FALLA:

1º—El Estado Colombiano (Ministerio de Guerra) está obligado a reconocer y pagar, dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, la suma de cincuenta y un mil quinientos veinte pesos ($ 51.520.00) moneda corriente al señor Ira Elischa Washburn, por concepto de indemnización de los daños y perjuicios de que se da cuenta en esta sentencia.

2º—Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alejandro Domínguez Molina — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández M. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez — Jorge A. Velásquez D. — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA OFICINA DE REGISTRO DE CAMBIOS DEL BANCO DE LA REPUBLICA POR LOS CUALES SE NEGO A LA SOCIEDAD "INDUSTRIAL Y FRUTERA LIMITADA" EL DERECHO DE COMPRAR DIVISAS PARA CUBRIR EL VALOR DE LAS MERMAS Y PERDIDAS OCURRIDAS POR EXPORTACIONES DE BANANO

Se declaró probada la acción de prescripción de la acción.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., marzo veintiuno de mil novecientos sesenta.

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

Mediante libelo datado el 10 de junio de 1955 y dirigido a esta corporación, el doctor RICARDO URIBE HOLGUIN, abogado titulado e inscrito, mayor y vecino de este municipio, obrando como apoderado especial de la sociedad "INDUSTRIAL Y FRUTERA LIMITADA", domiciliada en la ciudad de Santa Marta, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó que, previos los trámites del juicio ordinario y con citación y audiencia del Ministerio Público, se hicieran en sentencia firme estas declaraciones:

"PRIMERO.—Que es nulo el acto administrativo consistente en las cartas números 10/25772 de 13 de mayo de 1953; 10/26867 de 13 de abril de 1953; 10/30705 de 24 de julio de 1953; y 10/36993 de 18 de enero de 1954, dirigidas sucesivamente al doctor EDUARDO NIETO CALDERON y a mí, como apoderados de la expresada sociedad por el señor Jefe de la Oficina de Registro de Cambios del Banco de la República; cartas en que dicha dependencia oficial niega a la sociedad que represento el derecho que tiene a que el Banco de la República le venda las cantidades de dólares que corresponden al valor total de las mermas y pérdidas ocurridas en las exportaciones de banano a que me referiré en la relación de los hechos de esta demanda;

"SEGUNDO. — Que, como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho lesionado, reemplacéis la disposición acusada y estatuyais una nueva que reconozca ese derecho e imponga al Banco de la República la obligación de vender a la sociedad que represento, al tipo de cambio del 195% o al que el H. Consejo determine que sea legalmente aplicable para estos casos, las cantidades de dólares necesarios para cubrir el valor de las mermas y pérdidas ocurridas en dichas exportaciones".

"EN SUBSIDIO de la súplica segunda, para el caso de que consideréis que esa H. Corporación no tiene facultad legal para reemplazar la disposición acusada, os pido atentamente que, como consecuencia de la nulidad pedida y para restablecer el derecho lesionado, declaréis que la Oficina de Registro de Cambios debe ordenar al Banco de la República que venda a la sociedad en cuyo nombre hablo las mencionadas cantidades de dólares, al tipo de cambio del 195% o al que el H. Consejo determine que sea el legalmente aplicable".

Los hechos sobre los cuales se basa la acción ejercitada se pueden sintetizar así:

1º—La sociedad "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LIMITADA", domiciliada en la ciudad de Santa Marta, efectuó al exterior, entre otras, las siguientes exportaciones: a) En el año de 1947, a favor de la compañía "NEPTUNE SHIPPING", de la ciudad de New York, la de 196.243 racimos de banano para ser desembarcados en el puerto de Amberes, Bélgica, por la suma de US. $ 273.600.00 dólares; b) En el año de 1950, a favor de la compañía EAST COAST DISTRIBUTORS, de Miami, la de 246.986 racimos, para ser desembarcados en este puerto y vendidos por la suma de US. $ 321.387.30; y c) El 12 de octubre de 1950, a favor de la compañía CUNEO BROTHERS, de New York, la de 8.284 racimos para ser desembarcados en el mismo puerto y vendidos por un valor total de US. $ 10.789.20.

2º—Las mencionadas exportaciones fueron debidamente amparadas por medio de las correspondientes licencias expedidas por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, Seccional de Santa Marta.

3º—La sociedad "INDUSTRIAL Y FRUTERA LIMITADA" reembolsó

al país el valor total de las aludidas exportaciones cuyo monto ascendió a la cantidad de $ 605.756.50 discriminada en la forma ya anotada.

4º — En las exportaciones hechas se presentaron las siguintes pérdidas y mermas debidamente comprobadas: En la hecha a la compañía "NEPTUNE SHIPPING" llegó dañada al puerto de destino la cantidad de 104.089 racimos por un valor de US. $ 129.884.76; en la exportación a la "EAST COAST DISTRIBUTORS" hubo mermas por la cantidad de 27.725 racimos por un valor de US. $ 36.042.50; y en la efectuada a "CUNEO BROTHERS" la pérdida fue total, o sea la cantidad de 8.284 racimos por un valor de US. $ 10.769.20, pérdidas cuyo valor total ascendió a la suma de US. $ 176.696.46 dólares.

5º—Una vez producidas y comprobadas las mermas y pérdidas en las exportaciones la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LIMITADA" acudió a la llamada en ese entonces Oficina de Cambios, Importaciones y Exportaciones en solicitud de las respectivas licencias de cambio para poder restituírles a las tres compañías destinatarias de los despachos de bananos, las cantidades de dólares correspondientes a tales pérdidas y mermas.

6º—En las cartas de 13 de marzo, 13 de abril y 15 de mayo de 1953 dirigidas al doctor EDUARDO NIETO CALDERON, gerente de la sociedal demandante, la mencionada Oficina negó las peticiones relativas a las licencias de cambio.

7º—Con posterioridad a la decisión negativa de la Oficina de Registro de Cambios, el doctor NIETO CALDERON le sustituyó el poder que había recibido de la entidad reclamante al doctor RICARDO URIBE HOLGUIN quien, en el ejercicio del mandato, le pidió a la misma Oficina que procediera a dictar una Resolución en forma por medio de la cual fuera autorizado el reembolso solicitado, súplica que fue resuelta por tal ofina en una nueva carta dirigida al doctor URIBE HOLGUIN el 24 de julio de 1954 bajo el número 10/30705 en la cual se dijo: "Por lo expuesto, debemos comunicar a usted que esta Oficina no autoriza las remesas que solicita a nombre de la sociedad 'INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LIMITADA' para el reembolso del valor de las mermas en despachos de banano efectuadas por esta Compañía entre los meses de septiembre y noviembre de 1947. En cuanto respecta a las mermas sufridas en las exportaciones del mismo producto durante el año de 1950, a que se refieren los ordinales b) y c) del punto 1º de la referida solicitud, esta Oficina expedirá los registros de cambio para el giro de las sumas que puedan autorizarse con tal objeto, de acuerdo con los porcentajes fijados en la Resolución número 53 y siempre que las mermas debidamente comprobadas correspondan a los despachos efectuados con posterioridad al 21 de agosto de 1950, fecha en que comenzó a regir dicha Resolución. Tan pronto como hayamos comunicado a nuestra Oficina Seccional de Santa Marta la cuantía de los giros a que sus poderdantes tengan derecho, según lo indicado en la presente carta, daremos a usted aviso y le devolveremos la documentación".

8º—El doctor Uribe Holguín no se conformó con tal decisión y por este motivo interpuso contra ella los recursos de reposición y apelación, el pri-

mero, como principal, y, el segundo, como subsidiario, recursos resueltos desfavorablemente por medio de la carta número 10/36993 de enero 18 de 1954 en cuya parte resolutiva se dijo: "Por las razones que se dejan expuestas, esta Oficina confirma en todas sus partes el contenido de la comunicación distinguida con el número 10/30705 de fecha 24 de julio de 1953. En cuanto a la apelación interpuesta en subsidio contra la misma providencia, nos permitimos manifestarle que no es procedente, comoquiera que según doctrina prohijada por el Consejo de Estado, las Resoluciones de carácter individual que dicta esta Oficina para dar aplicación a las normas legales relativas a los cambios, a las importaciones y a las exportaciones, ponen fin a la actuación administrativa y no son susceptibles del recurso de alzada sino únicamente del Contencioso Administrativo".

9º—La carta le fue notificada el 21 de febrero de 1954 al doctor Uribe Holguín; y

10º—Los hechos relacionados se encuentran plenamente probados.

Como disposiciones violadas fueron señaladas las siguientes:

Artículos 233 y 245 del Código de Comercio, 8º del Decreto número 2092 de 1931, 21 de la Ley 90 de 1948, 38 de la Ley 153 de 1887, artículo 16 de la Constitución Nacional, 20 y 30 ibidem, 14 de la Ley 90 de 1948, la Resolución número 53 de 1950, el Decreto número 2748 del mismo año, artículos 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal.

Sobre el concepto de violación se expresa así el actor:

"**Artículos 233 y 245 del Código de Comercio.**—Las Resoluciones acusadas son violatorias de estos dos textos legales, pues en ellos está dispuesto que las pérdidas, deterioros o disminuciones de valor de la cosa vendida, sobrevenidas por caso fortuito después de perfeccionado el contrato, son de cargo del vendedor cuando la venta ha sido por peso, número o medida, y que cuando la pérdida es de cuenta del vendedor, éste deberá devolver la parte del precio que le hubiere anticipado el comprador. Las Resoluciones acusadas colocan al vendedor, esto es, a la sociedad demandante, en la imposibilidad de cumplir esas normas legales, puesto que le niegan el derecho de adquirir los dólares necesarios para dar cumplimiento a ellas. So pretexto de que las disposiciones sobre cambio internacional son de orden público económico, no quiso la Oficina de Registro de Cambios respetar y aplicar aquellas normas del Código de Comercio.

Artículo 8º del Decreto número 2092 de 1931 y 21 de la Ley 90 de 1948 Establecen que el **producto** de toda exportación en moneda extranjera debe entregarse al Banco de la República. Las Resoluciones acusadas son violatorias de tales artículos, pues en aquellas se da a estos un alcance y una significación que no tienen. Producto de la exportación no equivale al precio total de la venta, sino al monto de las prestaciones que en definitiva venga a recibir el exportador, previa aplicación de los artículos 233 y 245 del Código de Comercio, cuando estos tengan que ser aplicados.

Artículo 38 de la Ley 153 de 1887. — Establece esta disposición legal que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiem-

po de la celebración. Las Resoluciones acusadas la violan, porque la Oficina de Registro de Cambios no quiso entender incorporados a los contratos de exportación que celebró la sociedad demandante los artículos 233 y 245 del Código de Comercio, vigentes al tiempo de la celebración de tales contratos, y en cambio entendió incorporada a esos mismos contratos la Resolución número 53 de 1950, que no estaba vigente cuando estos se celebraron.

Artículo 16 de la Codificación de la Constitución.—En éste se expresa que las autoridades de la República están instituídas para proteger a los particulares en sus bienes y derechos, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Las resoluciones acusadas son violatorias de este texto, porque la Oficina de Registro de Cambios, en vez de proteger los derechos de la sociedad demandante, cumpliendo así un deber del Estado colombiano, violó manifiestamente esos derechos, negando unos y cercenando indebidamente otros".

Artículo 20 de la Codificación Constitucional.—Prohíbe a los funcionarios públicos extralimitar sus funciones y omitir ejercerlas, para no incurrir en responsabilidad por desvío o abuso de poder. La Oficina de Registro de Cambios, mediante las resoluciones acusadas, extralimitó sus funciones, porque so pretexto de ejercerlas infringió la Constitución y la Ley, y omitió ejercer las que le corresponden, que son respetar y aplicar los principios constitucionales y legales".

"**Artículo 30 de la Codificación Constitucional.**—Esta disposición prohibe desconocer o vulnerar los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles. Las resoluciones acusadas son violatorias de esta prohibición, porque vulneran y desconocen el derecho adquirido por la sociedad demandante a que el Estado colombiano le reembolse las cantidades de dólares necesarias para restituír a las sociedades compradoras del banano el valor total de las mermas y pérdidas de que éste fue objeto".

"**Artículo 14 de la Ley 90 de 1948.**—Establece que la Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones (hoy de Registro de Cambios) tiene el deber de expedir las reglamentaciones generales a que haya lugar y de proveer a la aplicación de ellas y a la de las disposiciones legales vigentes. Las Resoluciones acusadas son violatorias de este texto legal, porque mediante ellas la Oficina de Registro de Cambios aplicó indebidamente al caso de la sociedad demandante la reglamentación general contenida en la Resolusión número 53 de 1950, que le era aplicable, y porque, en cambio, no aplicó a dicho caso las disposiciones legales vigentes que le son aplicables, o sea, todas las mencionadas anteriormente, en especial los artículos 233 y 245 del Código de Comercio".

"**Resolución número 53 de 1950 y Decreto 2748 de 1950, aprobatorio de aquella.** — Establecen ciertas limitaciones o márgenes de tolerancia para el reconocimiento de reembolsos por concepto de mermas y pérdidas en los despachos de banano a los Estados Unidos. Mediante las resoluciones acusadas, la Oficina de Registro de Cambios viola esta resolución y

este Decreto, conjuntamente como acto administrativo complejo, porque son inaplicables a las mermas y pérdidas objeto de la reclamación que hace la sociedad demandante, ya que los contratos de exportación y las licencias que los amparan son de fechas anteriores a la en que comenzó a regir la Resolución número 53, una vez aprobada por el Decreto número 2748".

"**Artículo 14 de la Ley 90 de 1948.**—Este artículo también fue violado por otro concepto: dispone que las resoluciones de carácter general que dicte la Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones (hoy Oficina de Registro de Cambios), requieren para su validez la aprobación del Gobierno. En las resoluciones acusadas, la Oficina de Registro de Cambios dio aplicación a la Resolución número 53 de 1950 desde fecha anterior a aquella en que fue aprobada por el Gobierno, lo cual constituye una notoria violación del artículo 14 antes citado".

"**Artículo 52 del Código Político y Municipal.** — Dispone este artículo que, salvo excepción expresa, toda disposición legal entra en vigencia dos meses después de su promulgación y no obliga sino en virtud de su promulgación. Mediante las resoluciones acusadas, la Oficina de Registro de Cambios viola el mencionado artículo, porque atribuye vigencia al Decreto número 2748 de 1950 desde fecha anterior al vencimiento de dichos dos meses, dándole fuerza obligatoria, por lo tanto, desde antes de comenzar a regir".

"**Artículo 53 del Código Político y Municipal.**—Establece dos excepciones al principio de que las disposiciones legales entran en vigencia dos meses después de su promulgación. La Oficina de Registro de Cambios, mediante las resoluciones acusadas, viola este artículo, porque aplica a la Resolución número 53 y al Decreto número 2748 de 1950 una de las excepciones que en aquel se contemplan, a pesar de que tal excepción es inaplicable al caso".

Admitida la demanda, comunicada ésta al señor Gerente del Banco de la República y notificada al señor Fiscal de la Corporación, fueron decretadas y practicadas las pruebas pedidas por el señor apoderado de la parte demandante. Corridos los traslados para alegar de bien probado y remitido el expediente al señor Fiscal 2º de la corporación, éste solicitó que se dictara por la Sala un auto para mejor proveer con el fin de establecer si la notificación de la carta distinguida con el número 10/36993 de 18 de enero de 1954 había sido hecha pessonalmente por el señor Secretario de la Oficina de Registro de Cambios o por un empleado subalterno de éste debidamente autorizado para tal acto. A la petición del señor Agente del Ministerio Público accedió el Consejo mediante proveído dictado el 5 de abril de 1956. En cumplimiento a lo ordenado en tal auto, el señor Secretario de la nombrada Oficina expidió, el 4 de mayo del mismo año, la correspondiente certificación.

Rituado el juicio con observancia plena de las normas procesales de rigor sin haberse incurrido en causal alguna de nulidad que invalide lo

actuado, se procede a desatar la controversia planteada en la demanda, previas las pertinentes consideraciones de carácter legal.

El señor Fiscal 2º del Consejo, doctor NICOLAS TORRES NIÑO, en so vista de 30 de junio de 1956, después de considerar las distintas comunicaciones que aparecen en el proceso y en las cuales están contenidas las peticiones de la parte demandante y las decisiones de la Oficina de Registro de Cambios, sostiene que la acción ejercitada se encuentra prescrita y que por ende no pueden prosperar las súplicas de la demanda.

Para sustentar su concepto se expresa así el señor Fiscal:

"La relación hecha hasta aquí de las peticiones de la 'INDUSTRIAL FRUTERA COLOMBIANA LIMITADA' a la Oficina de Registro de Cambios es suficiente para evidenciar que cuando la FRUTERA COLOMBIANA presentó la demanda que originó este juicio ya estaba prescrita la acción con base en lo estatuído en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941".

"En efecto, dicha sociedad, según la carta número 10/25772 de 13 de marzo de 1953, solicitó a la Oficina preindicada el 30 de marzo de 1951 la aprobación de una remesa de dólares a favor de la firma EAST COAST DISTRIBUTORS de Miami, por concepto de mermas de banano en despachos efectuados en 1950, dólares que debían ser liquidados al tipo de cambio del 196%. La mentada solicitud fue resuelta en abril de 1951 en el sentido de que las divisas se le darían en la proporción fijada en la Resolución 53 de 1950 y que en lo atinente a la petición de que las divisas debían liquidarse al tipo de cambio del 196%, la Oficina no podía autorizar operaciones de cambio a una tasa distinta de la vigente en la fecha. El 13 denero de 1953 la misma sociedad vuelve a impetrar que se le vendan las divisas por razón de madurez, y en la carta de 3 de marzo del último año en cita la Frutera Colombiana complementa la anterior solicitud en el sentido de sostener que no le es aplicable a su petición lo dispuesto por la Resolución número 53 de 1950, porque ésta, de acuerdo con lo dispuesto por tal estatuto en su artículo 4º y con lo preceptuado por el C. P. y M. en sus artículos 52 a 56, entró a regir el 6 de diciembre del año de 1950 e insiste en que se fije como tipo de cambio el del 196% y no el vigente en 1953. En carta número 10/26867 del 13 de abril de 1953 la Oficina de Registro de Cambios resuelve la petición de 3 de marzo del año precitado en el sentido de reafirmarse en su tesis de que es verdad que la ley no obliga sino a partir de su promulgación y que su observancia principia dos meses después de promulgada, pero como el artículo 53 del C. P. y M. dispone que este mandato no tendrá eficacia cuando la ley fija el día en que deba comenzar a regir y como el artículo 4º de la Resolución 53 dispone que entra en vigencia desde su aprobación, es inadmisible la pretensión de la FRUTERA COLOMBIANA".

"Como puede verse, la Oficina de Registro de Cambios en oficio de 13 de abril de 1953, número 10/26867, decidió el recurso de reposición interpuesto por la Frutera Colombiana en memoriales de 13 de enero y 3 de marzo de 1953 respecto de lo resuelto en el oficio de abril de 1951 por la mentada Oficina. De consiguiente, la demanda ha debido presentarse ante el Consejo de Estado en agosto de 1953 y no el 10 de julio de 1955 como consta en la actuación, pues, las peticiones que con posterioridad a las del

30 de marzo de 1951 y 30 de enero de 1953 hizo reiteradamente la Industrial Frutera Colombiana en mención no tenían razón de ser, toda vez que no implicaban sino la repetición de lo impetrado en las primeras solicitudes.

"Pero hay más: Aun aceptando que la petición hecha en el memorial de 20 de noviembre de 1953 sobre reposición de lo resuelto en el oficio 10/30705 de 24 de julio del año que acaba de citarse fuera procedente, que no lo es porque esos puntos ya estaban resueltos en oficios o Resoluciones anteriores, también se encontraba prescrita la acción cuando se presentó la demanda, toda vez que según la certificación del Secretario General de la Oficina de Registro de Cambios, folios 179 a 180, la carta número 10/36993 de 18 de enero de 1954 fue recibida en la Oficina del apoderado de la Frutera Colombiana el 26 de enero de 1954 y siendo esto así, el libelo ha debido presentarse el 26 de mayo de 1954 y no el 10 de 1955, porque, de acuerdo con la certificación en cita, la notificación que aparece al folio 18 no tiene ningún valor legal por no haber sido hecha por el Secretario de la Oficina susodicha ni por empleado autorizado por tal funcionario, notificación que no tiene otro alcance que el de servir de vehículo para poder ingeniosamente demandar en acción de plena jurisdicción".

Propuesta y alegada la excepción de prescripción de la acción ejercitada por el doctor RICARDO URIBE HOLGUIN, en su carácter de apoderado de la sociedad denominada "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA.", la Sala procede, en primer término al estudio de los razonamientos expuestos por el señor Fiscal 1º del Consejo de Estado relacionándolos con las distintas circunstancias y hechos que aparecen acreditados en los autos, con las normas legales que regulan el comercio internacional, con las que fijaron las atribuciones de la extinguida Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, con las que rigen el funcionamiento de la Oficina de Registro de Cambios, y con los preceptos que fijan márgenes de tolerancia por concepto de mermas en las exportaciones de banano a los Estados Unidos de América. Solo así se podrá saber a ciencia cierta si aparece configurada en el expediente la excepción de prescripción de la acción a que se refiere en su vista el señor Agente del Ministerio Público.

Como cuestión previa y fundamental para conocer la posición jurídica en que se han colocado las partes en este proceso, es preciso hacer algunas consideraciones sobre el procedimiento empleado por la sociedad demandante para el logro de sus pretensiones y el seguido por la Oficina de Registro de Cambios para resolver las solicitudes formuladas por aquella.

La acción ejercitada se ha encaminado a obtener la nulidad de las decisiones contenidas en las cartas individualizadas en el libelo de demanda y mediante las cuales fueron resueltas las peticiones que el señor apoderado de la sociedad formuló igualmente por medio de cartas. El procedi-

miento empleado por la Oficina de Registro de Cambios consistente en resolver por medio de oficios o cartas las consultas, peticiones y reclamaciones de los importadores y exportadores aunque no es el más recomendable y adecuado, sí es el más acostumbrado y quizá explicable por ser la nombrada Oficina una verdadera dependencia del Banco de la República.

Es la Oficina de Registro de Cambios una dependencia de la entidad bancaria citada según se infiere de varios preceptos legales.

En efecto, el señor Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por las Leyes 99 y 199 de 1931, dictó el 27 de noviembre del mismo año el Decreto número 2092 "por el cual se reorganiza el control del comercio de oro y de los cambios exteriores". Por el artículo 1º de este Decreto se dispuso que, desde la fecha de éste, todas las transacciones de compra y venta de cambio exterior y de monedas extranjeras serían hechas únicamente por el Banco de la República o con su intervención. Por el artículo 2º se estableció como dependencia del mismo Banco la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones y se autorizó el establecimiento de Agentes de la misma. Por el artículo 8º se exigió el requisito de licencias otorgadas por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones o por sus Agentes para exportar artículos del país.

Posteriormente, el 20 de febrero de 1946 fue expedido el Decreto número 568 "por el cual se dictan unas normas sobre cambios internacionales, importaciones y exportaciones". Este Decreto fue publicado el 27 de los mismos y dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por el artículo 20 de la Ley 40 de 1945. En el artículo 14 de este ordenamiento se señalan las funciones de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, entre las cuales se encuentran las de expedir licencias de importación y exportación, la reglamentación de los pagos internacionales, la fijación de los plazos dentro de los cuales deben usarse los títulos que por moneda extranjera haya expedido o expida el Banco de la República, etc.

El artículo 14 de la Ley 90 de 1948 "por la cual se fija la unidad monetaria y moneda de cuenta nacional, se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República y se dictan otras disposiciones" se dispuso que la reorganización de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones continuaría dependiendo del Banco de la República y que a la Junta Directiva creada por el artículo 13 le correspondía dirigir la política de control, expedir las reglamentaciones generales y proveer a la aplicación de ellas y a las disposiciones legales vigentes. La citada Junta quedó integrada por cinco miembros, a saber: El Ministro de Hacienda, dos delegados del Banco de la República, uno nombrado por la Superintendencia Bancaria y otro elegido por la Cámara de Representantes. Se estableció igualmente que la Junta podía delegar, si lo consideraba conveniente, en el Jefe de la Oficina, algunas de sus atribuciones.

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional, expidió el 20 de marzo de 1951 el Decreto número 637 "por el cual se dictan disposiciones sobre régimen de cambios internacionales y comercio exterior". Por el artículo 5º fueron suprimidas la Junta Directiva creada por el artículo 13 de la Ley 90 de 1948 y la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones. Y el artículo 4º ibidem estatuyó:

"Créase como dependencia del Banco de la República la Oficina de Registro de Cambios a la cual se adscriben las atribuciones y funciones que actualmente tienen la Junta Directiva y la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones con excepción de aquellas incompatibles con este Decreto. "Las Resoluciones de carácter general que dicte la Oficina de Registro de Cambios, de conformidad con las disposiciones vigentes, requerirán para su validez la aprobación del Gobierno".

Y el artículo 7º de la Ley 1ª de 1959 preceptúa:

"La Oficina de Registro de Cambios continuará funcionando como dependencia del Banco de la República y bajo la reglamentación que acuerde la Junta Directiva de dicho Banco con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público".

Según se infiere de las disposiciones legales transcritas, la Oficina de Registro de Cambios es, pues, una dependencia del Banco de la República; vino a reemplazar a la antigua Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones y a la Junta Directiva; y tiene todas las atribuciones y funciones señaladas a éstas por la Ley en lo tocante a licencias de importaciones y exportaciones, control de cambios y operaciones relacionadas con divisas extranjeras.

Y se observa que dentro de las normas reguladoras del funcionamiento de la suprimida Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, aplicables a la Oficina de Registro de Cambios, no se encuentra ninguna que exija, en casos como el presente, el pronunciamiento de Resoluciones que deban notificarse en la forma prevista en el artículo 74 del C. Contencioso Administrativo. Solo excepcionalmente aparece ordenado tal procedimiento en los eventos previstos en los Decretos Legislativos números 568 y 3747, expedidos en los años de 1946 y 1949, respectivamente. En efecto, en el parágrafo del artículo 2º del Decreto "por el cual se dictan unas disposiciones sobre cambios internacionales, importaciones y exportaciones", expedido por el señor Presidente de la República en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 20 de la Ley 40 de 1945, se ordenó que la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones señalara por medio de Resolución los comprobantes que debían acompañarse a las solicitudes sobre licencias de importación y exportación. Y el artículo 2º del Decreto número 3747 "por el cual se dictan unas normas sobre control de cambios, se establecen sanciones para quienes violen las disposiciones sobre precios fijados por el Estado, y se dictan otras disposiciones", expedido con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, dispuso que cuando la Junta Directiva encontrara serios y fundados motivos para presumir que una persona había infringido las

disposiciones legales y reglamentarias del Control de Cambios, debía ordenar la suspensión provisional de licencia de importación y exportación en favor del presunto infractor.

En síntesis, el hecho de ser la Oficina de Registro de Cambios una verdadera dependencia del Banco de la República; la circunstancia de funcionar en el mismo edificio donde tiene su sede la citada entidad bancaria; y la carencia de normas procesales precisas que indiquen la tramitación que debe seguirse en la solución de los problemas planteados por los importadores y exportadores explican hasta cierto punto el procedimiento que ella suele usar consistente en el empleo de cartas u oficios dirigidos a los peticionarios donde quedan consignadas las decisiones relativas a súplicas y reclamaciones elevadas por estos. Este procedimiento, aceptado por la sociedad demandante desde el mismo instante en que formuló su primera petición y cada vez que insistió en sus puntos de vista por medio de las cartas cuyas copias aparecen en el expediente, tiene suma importancia en el caso hoy contemplado porque la recepción y el conocimiento de ellas es y debe ser el punto de partida para contar los términos concedidos por la ley para intentar los recursos otorgados por ella.

Sentadas estas bases fundamentales, se entra en el estudio de las decisiones contenidas en las cartas emanadas de la Oficina de Registro de Cambios y pronunciadas por ésta con motivo de las peticiones y reclamaciones formuladas y suscritas por el señor apoderado de la parte demandante.

Según se infiere de las constancias que arrojan los autos, la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." hizo varias exportaciones de banano en los años de 1947 y 1950. Entre las efectuadas en este último año figura la hecha a favor de la compañía "EAST COAST DISTRIBUTORS" de Miami, Estados Unidos de Norte América, por la cantidad de 247.221 racimos, cuyo valor total ascendió a la suma de US. $ 321.387.20. De estos racimos llegaron maduros e inservibles al puerto de destino 27.725 con lo cual la pérdida por concepto de maduración fue de US. $ 36.042.50.

Con motivo de esta pérdida, la sociedad demandante, en escrito fechado el 30 de marzo de 1951 y dirigido a la antigua Oficina de Cambios, Importaciones y Exportaciones, solicitó la autorización de rigor para remesar a sus compradores del exterior el valor de las mermas por razón de maduración y otros daños en el despacho, remesa que debía liquidarse al tipo de cambio del 196%. La Oficina de Registro de Cambios, creada como antes se dijo por el artículo 4º del Decreto Legislativo número 637 de 1951, como una dependencia del Banco de la República y con las mismas atribuciones otorgadas a la Oficina desaparecida, resolvió tal solicitud por medio del oficio distinguido con el número 4/01635 de 25 de abril del mismo año en el sentido de conceder la licencia de remesa de divisas para el reembolso de la merma por madurez en el mencionado despacho pero solo por un valor total de US. $ 17.919.02, giro que debía hacerse al tipo de cambio que rigiera el día de la operación y no al de 196% como lo había pedido el señor apoderado de la sociedad "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA.". De la autorización no hizo uso la com-

pañía según la información suministrada por la Oficina Seccional de la Oficina de Registro de Cambios de la ciudad de Santa Marta porque aquella, al hacerle saber la aludida decisión, manifestó que "volvería a dirigirse a la Oficina Principal" insistiendo en sus puntos de vista expuestos anteriormente y consistentes en que la remesa para el reintegro debía concederse por la suma de US. $ 36.042.50 al tipo de cambio del 196%. Tal insistencia debió haberse manifestado por la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." en carta del 13 de enero de 1953 dirigida a la Oficina de Registro de Cambios de esta ciudad según se deduce de la comunicación distinguida con el número 10/25772 de 13 de marzo del mismo año dirigida por ésta al doctor EDUARDO NIETO CALDERON, apoderado especial de la sociedad reclamante. En esta comunicación se expresa así la Oficina de Registro de Cambios.

"**Ref.**: Su carta de 30 de enero —debe ser 13—:

"Sobre el particular de que trata su carta citada en la referencia, nos permitimos dar a usted la siguiente información:

"La solicitud formulada por el Gerente de la sociedad 'INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA.', con fecha 30 de marzo de 1951, tendiente a obtener la aprobación de unas remesas a favor de la firma 'EAST COAST DISTRIBUTORS' de Miami, por concepto de mermas en despacho de banano efectuado durante el año de 1950 **fue estudiada y resuelta por la Oficina en el mes de abril de aquel mismo año.** A nuestra Seccional de Santa Marta se dirigió sobre el particular el oficio cuya fecha y número usted ha mencionado y, según informes que de ella hemos recibido, se comunicó oportunamente a la compañía interesada en lo resuelto sobre su solicitud. De acuerdo con el mismo informe, si hasta hoy la remesa no ha sido autorizada se debe a la pretensión manifestada por los representantes de la compañía en el sentido de que se aplique al efecto el tipo de cambio del 196%.

"En consecuencia, si sus poderdantes aún tienen necesidad de girar a la EAST COAST DISTRIBUTORS de Miami la suma a que tiene derecho, según los porcentajes fijados por la Resolución número 53 de 1950, puede obtener en la Oficina de Registro de Cambios de Santa Marta la aprobación del correspondiente registro, previa la comprobación de la existencia de la deuda. En cuanto se refiere al tipo de cambio del 196% lamentamos manifestarle que esta Oficina carece de facultad legal para autorizar operaciones de cambio a una tasa distinta de la vigente en la actulidad". (Las subrayas son de la Sala).

La información suministrada por la Oficina Seccional de Santa Marta a la Oficina Principal de Registro de Cambios del Banco de la República aparece consignada en la copia de la carta de 12 de febrero de 1953, la que figura en el proceso.

La carta suscrita el 13 o 30 de enero de 1953 por el señor apoderado de la sociedad y dirigida a la Oficina de Registro de Cambios de esta ciudad, tal como se le había anunciado a la Oficina Seccional de Santa Marta, 22. meses después de haberse formulado también por carta la solicitud sobre remesa de divisas para el reembolso a la firma EAS COAST DISTRIBUTORS de Miami, y a los 21 meses después de haberse resuelto

tal petición, debe estimarse en el fondo como un escrito sobre reposición de la decisión tomada por la citada Oficina en el mes de abril de 1951 para que se modificara en el sentido de que la remesa de divisas fuera autorizada por la suma de US. $ 36. 042.50 en lugar de la concedida por la cantidad de US. $ 16.919.02, y para que se fijara el tipo de cambio del 196% en lugar del vigente en el momento de efectuarse la respectiva operación.

Y la comunicación que se ha transcrito, emanada de la misma Oficina, debe considerarse como la decisión por medio de la cual fue resuelto adversamente al recurrente la reposición interpuesta, y, por ende, como la confirmación de lo resuelto mediante la primera carta.

A pesar de que la Oficina de Registro de Cambios, por medio de la decisión contenida en la comunicación de 13 de marzo de 1953 se negó a reformar la consignada en la comunicación de abril de 1951, el mismo doctor NIETO CALDERON, en carta de 3 de marzo de 1953, la que debió haber llegado a aquella Oficina con posterioridad al 13 de los mismos según se deduce de la comunicación número 10/26867 de 13 de abril de 1953, le manifiesta y pide al Jefe de la tantas veces citada Oficina lo siguiente:

"Como complemento a mi carta del 13 de enero pasado, con relación con la solicitud formulada a ese Despacho por la compañía 'INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA.' para la compra de unas divisas por razón de maduro y habiendo sido informado de que la Oficina a su digno cargo solicitó desde el 6 de febrero a Santa Marta el envío de la documentación correspondiente, con todo respeto me permito renovar esta solicitud a cuyo efecto me parece conveniente suministrar de nuevo los datos del caso...".

"Sobre esta solicitud se alcanzaron a adelantar los primeros trámites, y fue así como la Oficina de Santa Marta, al consultar con ese Despacho sobre qué tipo de cambio debía aplicar para la liquidación correspondiente, expresó de antemano su opinión que la suma a liquidar debía ser de US. $ 17.919.02 solamente, aplicando, para ese efecto, lo dispuesto en la Resolución número 53 de 1950, originaria de la antigua Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios".

"Para uno y otro caso, y con el ruego de que se tengan en cuenta para el estudio y expedición de la Resolución correspondiente, me permito hacerle las siguientes consideraciones...".

A continuación el doctor NIETO CALDERON, en nombre de la sociedad, vuelve a hacer las mismas apreciaciones consignadas en la carta del 13 de enero de 1953 tendientes a demostrar que la licencia sobre divisas para el reintegro por maduración debía concederse por el total de la pérdida, o sea, por la suma de US. $ 36.042.50 al tipo de cambio del 196% y termina su carta así:

"No considero, por tanto, seguir insistiendo en este punto, ya que las razones expuestas y el antecedente enunciado son más que suficientes

para esperar que esa alta entidad se sirva impartir su aprobación a las justas peticiones formuladas por la compañía que represento".

Las aseveraciones hechas en esta carta relativas a la iniciación de los trámites sobre la licencia de remesas de divisas por concepto de pérdidas por madurez, y sobre el concepto de la Oficina de Registro de Cambios en lo tocante a la cuantía de la remesa y tipo de cambio no son exactas porque la solicitud sobre licencia encaminada a obtener las divisas para el reintegro hecha en el mes de marzo de 1951 fue resuelta de manera clara en el mes de abril del mismo año, decisión en la cual se indicó como tipo de cambio el vigente en el momento de la respectiva operación y se determinó como cantidad reembolsable la suma de US. $ 17.919.02.

A pesar, pues, de que la misma solicitud había sido resuelta desde el mes de abril de 1951 y se había mantenido en firme por la misma Oficina mediante la decisión contenida en la carta de 13 de marzo de 1953, esta entidad sostiene nuevamente su primitiva resolución en la carta número 10/26867 de 13 de abril en la que se dice:

"REF.: Su carta del 3 de marzo último.

"No obstante tratarse del mismo asunto al que tuvimos oportunidad de referirnos en nuestra carta 10/25772 de 13 de marzo pasado, por la cual dimos respuesta a su solicitud del 30 de enero (debe ser 13) gustosamente contestamos su comunicación arriba citada".

A continuación, el señor Jefe de la Oficina entra a refutar las argumentaciones del doctor NIETO CALDERON y a aducir nuevos razonamientos en favor de la decisión tomada desde un principio por la entidad encargada del control del comercio internacional.

No obstante que, como se ha visto, la Oficina de Registro de Cambios se ha pronunciado en tres ocasiones sobre el mismo problema en atención a tres peticiones idénticas formuladas por la sociedad; y a pesar de que en todas ellas se ha mantenido la primitiva resolución, el doctor NIETO CALDERON, en su calidad de mandatario de la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA.", en una nueva carta fechada el 18 de abril de 1953, le dice al señor Jefe de la Oficina de Registro de Cambios:

"**Ref.**: Su oficio número 10/26867 de 13 de abril.

"Aviso a usted recibo de su atento oficio de la referencia, mediante el cual ese Despacho se sirvió transmitirme su concepto sobre algunas cuestiones por mí planteadas como apoderado de la Compañía Industrial y Frutera Colombiana Limitada.

"Debo manifestar a usted, con todo respeto, mi absoluto desacuerdo con la interpretación dada por ese Despacho a las disposiciones citadas en aquel oficio y, por tanto, me permitirá usted que someta a su ilustrada consideración algunas observaciones en relación con dicho concepto, en la esperanza de que estudiado de nuevo el problema ese Despacho encuentre y aplique la justa solución a que mi poderdante tiene derecho...".

Se hacen luego extensas consideraciones tendientes a la sustentación de los dos puntos que han configurado la aspiración de la sociedad, a saber: El relativo al tipo de cambio del 196% y el referente al reconoci-

miento de la pérdida total para poder efectuarse el reintegro a las compañías compradoras del cargamento de banano; y se termina así:

"Estoy seguro de que el Despacho al digno cargo de usted se servirá tener en cuenta las anteriores consideraciones para la decisión, en lo de su resorte, de los problemas planteados ya que, de acuerdo contenida en el oficio número 10/25772, de 13 de marzo último, sobre que esta Oficina carece de la facultad legal para autorizar operaciones a una tasa de cambio distinta a la vigente en la actualidad, me propongo recurrir a la Junta Directiva del Banco de la República".

Esta última solicitud es en el fondo una reposición dirigida contra la decisión que resolvió un recurso de reposición ya intentado quebrantándose así la clara y categórica norma contenida en el artículo 489 del C. de P. Civil aplicable en materia administrativa de conformidad con lo estatuído por el artículo 282 del C. Contencioso Administrativo.

En lo tocante a la manifestación de que el recurrente acudiría a la Junta Directiva del Banco de la República, conviene anotar que solo con posterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1959 le corresponde a esta entidad la reglamentación del funcionamiento de la Oficina de Registro de Cambios; y que con antelación a aquella fecha no existía recurso de apelación para ante aquella Junta contra las decisiones proferidas por el Jefe de la nombrada dependencia.

A pesar de tratarse de una reposición, el señor Jefe de la Oficina de Registro de Cambios, en carta distinguida con el número 10/28308, fechada el 15 de mayo de 1953 y dirigida al doctor EDUARDO NIETO CALDERON, le dice a éste en su carácter de mandatario de la sociedad:

"**Ref.**: Mermas en despacho de banano.

"Contestamos su atenta comunicación de fecha 18 de abril próximo pasado, por medio de la cual usted, en su carácter de apoderado de la Compañía Industrial y Frutera Colombiana Limitada, pide que esta Oficina **reconsidere las razones de orden legal y jurídico en que fundamentó la decisión contenida** en los oficios números 10/25772 de 13 de marzo de 1953 y 10/26867 de 13 de abril del mismo año, relacionadas con el reembolso del valor de unas mermas en despachos de banano efectuados por su poderdante con destino a los Estados Unidos de América en el año de 1950".

En este oficio a que se viene haciendo alusión, el señor Jefe de la Oficina, como se ve por el párrafo transcrito, se limitó a contestar la carta de 18 de abril, y quizá para abundar en formalidades hizo algunas consideraciones de carácter legal para expresar al final lo siguiente:

"Por lo expuesto, la Oficina de Registro de Cambios cumple a cabalidad las comentadas disposiciones expidiendo los registros de cambio para el giró de las mermas debidamente comprobadas, giros que de conformidad con las disposiciones legales vigentes, deben liquidarse al tipo de cambio que rija en la fecha en que ellos se efectúen".

A la luz de las cartas cuyos apartes principales se han transcrito, se tiene comprobado lo siguiente:

1º—Que la solicitud tendiente a obtener la aprobación de una remesa

de divisas a favor de la "EAST COAST DISTRIBUTORS" de Miami por concepto de madurez en los despachos de banano efectuados durante el año de 1950 fue formulada el 30 de marzo de 1951 por la sociedad "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA.";

2º—Que la anterior solicitud fue formulada concretamente para obtener la compra de divisas por valor de la suma de US. $ 36.042.50 al tipo de cambio del 196%;

3º—Que tal petición fue resuelta por la Oficina de Registro de Cambios en el mes de abril de 1951 en el sentido de concederle a la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." la autorización para girar a la "EAST COAST DISTRIBUTORS" de Miami la suma de US. $ 17.919.02 al tipo de cambio vigente en el momento en que se efectuara la operación;

4º—Que por medio de la decisión contenida en la carta de 13 de marzo de 1953, emanada de la Oficina de Registro de Cambios, ésta resolvió adversamente el recurso de reposición interpuesto por la sociedad en la carta de 13 de abril del mismo año;

5º—Que la decisión definitiva contenida en la carta de 13 de marzo se corrobora posteriormente en las cartas datadas el 13 de abril y el 15 de mayo de 1953 en las cuales se hacen referencias a las de 3 de marzo y 18 de abril del mismo año suscritas por el doctor NIETO CALDERON y que en el fondo son reposiciones de reposiciones.

En vista de la categórica decisión tomada por la Oficina de Registro de Cambios y manifestada por última ocasión en la carta del 15 de mayo de 1953, el doctor EDUARDO NIETO CALDERON le sustituyó al doctor RICARDO URIBE HOLGUIN el poder que a nombre de la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." había ejercido con suma diligencia y habilidad.

Agotada así la vía gubernativa, la nombrada sociedad trató de revivir el proceso administrativo por conducto de su nuevo mandatario quien en memorial datado el 18 de junio del mismo año y dirigido a la Oficina de Registro de Cambios vuelve a insistir en los puntos de vista que en repetidas ocasiones y por medio de cartas había expuesto y defendido el doctor NIETO CALDERON. Con este memorial se inicia una nueva etapa que por muchos motivos puede y debe ser considerada anómala, ya que la solicitud contenida en aquel escrito se encaminó al logro de la autorización negada anteriormente sin que se hubiera producido ningún hecho nuevo capaz de modificar la situación jurídica creada.

Es preciso advertir que en el memorial de 18 de junio de 1953, el doctor URIBE HOLGUIN, con suma habilidad, quiso introducirle a su solicitud un elemento nuevo que no había sido objeto o materia de la decisión antigua consistente en que el reconocimiento de mermas por maduración se extendiera a todos los despachos de banano inclusive a los hechos en el año de 1947.

En efecto, el doctor URIBE HOLGUIN, pide que se le conceda autorización para que se le venda a la sociedad por el Banco de la República la cantidad de dólares que corresponda al valor total de las pérdidas sufridas por causa de madurez en los despachos de banano, pérdidas que discrimina así:

a) En los meses de septiembre a noviembre de 1947, la sociedad hizo con destino a Europa y a favor de la "NEPTUNE SHIPPING" una exportación de 199.243 racimos por un valor de US. $ 273.600.00, racimos de los cuales se perdieron 104.089 por maduración y cuyo valor fue la suma de US. $ 129.884.76.

b) Entre los meses de abril y diciembre de 1950, la misma sociedad exportó a los Estados Unidos de América y a favor de la "EAST COAST DISTRIBUTORS" de Miami, 247.222 racimos por un valor de U. S. $ 321.387.30. De estos racimos se perdieron por madurez 27.725 por un valor total de SU. $ 36.402.50.

c) En el mes de octubre de 1950 se hizo por la misma entidad una exportación a los Estados Unidos de América y a favor de la "CUNEO BROTHERS" de New York por la cantidad de 8.284 racimos por un valor total de US. $ 10.769.20. Este despacho se perdió íntegramente a causa de una tempestad en el mar.

Como se ve, el doctor URIBE HOLGUIN, en el memorial de 18 de junio insiste en lo tocante a la licencia sobre la compra de divisas para que la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." le haga el reintegro por maduración a la "EAST COAST DISTRIBUTORS" de Miami, pero para que su solicitud pueda ser estudiada por la Oficina de Registro de Cambios le planteó a ésta dos cuestiones nuevas, a saber: La pérdida total del despacho de banano hecha en el mes de octubre de 1950 a CUNEO BROTHERS, cuyo valor total ascendió a la suma de US.$ 10.769.20; y las mermas por maduración en los despachos efectuados con destino a Europa en el año de 1947, pérdidas cuyo monto alcanzó a la suma de US. $ 129.884.76.

Conviene anotar que la pérdida total del despacho hecho en el mes de octubre de 1950 a "CUNEO BROTHERS" de New York dio lugar a una reclamación por parte de la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." que quedó resuelta en forma ampliamente favorable a ésta. Así se explica que el mismo doctor NIETO CALDERON, diligente mandatario de la nombrada sociedad, hubiera insistido con gran tenacidad ante la Oficina de Registro de Cambios para que se le reconociera a su patrocinado el valor total de la merma del despacho de banano a la EAST COAST DISTRIBUTORS y que no hubiera procedido en la misma forma con respecto al despacho hecho a CUNEO BROTHERS, a pesar de que ambos despachos fueron hechos en el mismo año de 1950 a los Estados Unidos de América. La solución que la Oficina de Registro de Cambios le dio a la reclamación sobre pérdida total del despacho de banano fue justa y de ahí la razón para que no se volviera a formular nueva solicitud sobre este punto por el doctor NIETO CALDERON a quien se le dirigió por el señor Jefe de aquella Oficina, el 14 de abril de 1953, un oficio concebido en estos términos:

"Nos referimos a la solicitud que usted formula a esta Oficina con fecha 4 de abril pasado, en su carácter de apoderado de la Compañía Industrial y Frutera Colombiana Ltda., para que se le autorice reembolsar al exterior el valor de un cargamento de banano despachado con destino a los Estados Unidos de América en octubre de 1950 y que se inutilizó por

maduración a causa de circunstancias adversas durante la travesía. No obstante que el reintegro de las divisas cuya devolución se solicita **quedó plenamente compensado con el respectivo despacho,** la Oficina está dispuesta a considerar su solicitud siempre que se presenten los siguientes documentos:...". (Subraya la Sala).

Entre los documentos solicitados se exigió el relativo al reconocimiento de la indemnización de rigor por parte de la compañía aseguradora del cargamento para comprobar si el precio de la exportación había sido CIF.

Hecha la compensación en la forma indicada, solicitado el documento a que se ha hecho alusión y no habiéndose formulado ningún reparo contra esta decisión por parte del doctor NIETO CALDERON en las cartas en que se pidió la autorización para la compra de divisas por mermas en los despachos de banano en el año de 1950, es innegable que la pérdida total del banano despachado a "CUNEO BROTHERS" fue cuestión propuesta por el doctor URIBE HOLGUIN con la mira de crear un hecho nuevo susceptible de modificar la situación jurídica nacida de las decisiones anteriores, procedimiento que es inadmisible tanto en materia civil como en la administrativa por requerirse en ambas la estabilidad de las decisiones para seguridad tanto de los administrados como de la Administración.

El otro hecho nuevo que se quiso introducir, con la finalidad ya anotada, fue el referente a las pérdidas parciales por madurez en los despachos efectuados a Europa en el año de 1947, pérdida cuyo valor alcanzó a la suma de US. $ 129.884.76. Ante esta gran pérdida sufrida por la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." desde el año de 1947, ¿qué razón hubo para que solo en el mes de junio de 1953 se intentara la reclamación tendiente a obtener la autorización para la compra de dólares con el fin de hacerle el reintegro a la "NEcTUNE SHIPPING INC."? ¿Qué razón hubo para que el doctor NIETO CALDERON, al pedir la licencia para la compra de divisas con el fin de hacerle el reintegro, por causa de pérdidas por maduración, a la "EAST COAST DISTRIBUTORS", no hubiera extendida su súplica a esa gran pérdida sufrida en el despacho o despachos a "NEPTUNE SHIPPING"?

La reclamación solo se formuló el 18 de junio del año de 1953 por el doctor RICARDO URIBE HOLGUIN, como apoderado sustituto de la sociedad, porque se deseaba intentar la producción de un nuevo hecho que hiciera factible revivir un proceso administrativo agotado a fin de que la Oficina de Registro de Cambios se pronunciara nuevamente sobre una cuestión ya resuelta en forma definitiva. Tal reclamación no fue elevada antes por el doctor NIETO CALDERON porque durante el año de 1947 en que se hicieron los despachos de banano a Europa a favor de la "NEPTUNE SHIPPING" no había norma alguna que autorizara márgenes de tolerancia por concepto de maduración en los despachos de banano hechos al Exterior. En efecto, solamente desde la vigencia de la Resolución número 53 (julio 28) de 1950, expedida por la Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones se reconocieron márgenes de tolerancia por concepto de mermas en las exportaciones de

banano a los Estados Unidos de América. Esta Resolución fue aprobada por el señor Presidente de la República mediante el Decreto Nº 002748 dictado el 21 de agosto del mismo año en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 90 de 1948.

La aludida Resolución está concebida en los siguientes términos:

"La Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, en uso de las facultades legales y especialmente de las que le confiere la Ley 90 de 1948,

"RESUELVE:

"Artículo 1º—Autorízase a la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones para reconocer márgenes de tolerancia por concepto de mermas en los despachos de banano C. I. F. o C. F. con destino a los Estados Unidos de América cuando aquellas sean ocasionadas por pérdidas de peso, maduración u otras causas semejantes de acuerdo con los siguientes porcentajes:

"a) Hasta el siete por ciento (7%) que lleguen al puerto de destino en épocas de verano (meses de mayo a septiembre);

"b) Hasta un cinco por ciento (5%) en los despachos que lleguen al puerto de destino en cualquiera otra época del año".

"Artículo 2º—Las mermas de que trata el artículo anterior deberán acreditarse ante la Oficina de Control de Cambios, mediante la presentación del certificado expedido por una firma reconocedora de mercancías (Surveyer) que esté oficialmente autorizada en los Estados Unidos de América para el ejercicio de tales actividades.

"PARAGRAFO.—Estas certificaciones deberán ser visadas por el Cónsul de Colombia en el respectivo puerto extranjero.

"Artículo 3º — El valor total del reintegro fijado en las licencias de exportación de banano con destino a los Estados Unidos de América, se reducirá en la proporción que corresponda según la cuantía de las mermas reconocidas por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, de acuerdo con lo estatuído en los artículos anteriores.

"En los casos en que el correspondiente reintegro ya se hubiere efectuado, la Oficina de Control de Cambios autorizará la devolución de las sumas de moneda extranjera equivalente al valor de las mermas que hayan sido reconocidas.

"Artículo 4º—Esta Resolución rige desde la fecha de su aprobación".

La atenta lectura de la Resolución número 53 de julio 28 de 1950 indica claramente que solo desde la fecha de vigencia de ésta hay lugar al otorgamiento de licencias para la adquisición de divisas para el reintegro a los compradores extranjeros en los casos de mermas por maduración en los despachos de banano en la proporción fijada por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones. Por consiguiente, con antelación a la vigencia de tal Resolución no había lugar al reconocimiento de márgenes de tolerancia por maduración. Aún más: Las normas dictadas por la Junta Directiva de la nombrada Oficina solo rigen para los despachos de banano efectuados a los Estados Unidos de América, y ya

se vio que las exportaciones hechas en el año de 1947 a la "NEPTUNE SHIPPING INC." se destinaron al puerto de Amberes, Bélgica.

Estas consideraciones demuestran que la petición del doctor URIBE HOLGUIN en lo tocante al reconocimiento de la pérdida por maduración en los despachos a la "NEPTUNE SHIPPING INC." era absolutamente improcedente, y como antes se dijo, ella fue formulada con la mira de revivir un proceso administrativo ya agotado ante la Oficina de Registro de Cambios y tratar de obtener la revisión de una decisión tomada por ésta en las cartas que se han relacionado en el curso de esta providencia y que fueron dirigidas al doctor EDUARDO NIETO CALDERON y recibidas por éste.

Pero se dirá que los artículos 233 y 245 del C. de Comercio son perfectamente aplicables a los negocios relativos a las ventas de banano, y que por tal motivo, aun sin existir normas que reconocieran y regularan las pérdidas por madurez, estas deben ser reconocidas para no hacer imposible el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los exportadores a favor de los compradores del Exterior. Esta argumentación no tiene valor porque las normas contenidas en el C. de Co. regulan las relaciones jurídicas de naturaleza comercial dentro del territorio de la República y no son aplicables al comercio exterior por existir disposiciones especiales reguladoras de las importaciones y exportaciones, control de cambios, pagos internacionales, operaciones relativas a monedas nacionales y extranjeras, etc. Todas estas normas son de preferente aplicación en estas materias a las contenidas en el C. de Co. por tener ellas proyecciones internacionales y estar íntimamente vinculadas a la soberanía nacional. De ahí la razón para que muchas de las disposiciones que determinan las funciones de la Oficina de Registro de Cambios contengan limitaciones a la libertad individual en materia de comercio exterior.

Entre las disposiciones que regulan los cambios internacionales, las importaciones y exportaciones y las operaciones referentes a moneda extranjera, y que son de preferente aplicación aun a materias que pudieran mirarse como reguladas por el C. de Co. merecen citarse las siguientes:

El artículo 8º del Decreto número 2092 de 1931 el cual dispone que "el **producto** en moneda extranjera proveniente de tal exportación se pondrá a disposición del Banco de la República para que éste lo compre". En este mismo artículo se ordena que ninguna exportación puede hacerse sin el permiso que debe otorgar la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones. El artículo 8º del Decreto 568 de 1946 estatuye que toda exportación necesita permiso de la nombrada Oficina el cual se concede "mediante la garantía de que el **producto** en moneda extranjera proveniente de la exportación se venderá al Banco de la República o a un Banco autorizado". El artículo 21 de la Ley 90 de 1948 en el cual se dispone el requisito previo de la licencia para toda exportación y se establece que "el **producto** en moneda extranjera se venderá al Banco de la República o a un Banco autorizado, excepto en los casos en que se tenga derecho a "CERTIFICADOS". Y el artículo 11º del Decreto número 637 de 20 de marzo de 1951, expedido con base en el artículo 121 de la Carta, preceptúa que las divisas provenientes de otras fuentes distintas al café serán

compradas por el Banco de la República al tipo de cambio que fije la Junta Directiva de éste. En este mismo Decreto Legislativo se fijó el tipo de cambio del 195% para las exportaciones de café y otros productos reembolsables cuando ellas se encuentren amparadas con licencias expedidas antes de haberse dictado el citado Decreto.

Con las bases sentadas, se procede al estudio de las decisiones tomadas por la Oficina de Registro de Cambios con motivo de la nueva etapa surgida a raíz de la intervención del apoderado sustituto de la sociedad, doctor RICARDO URIBE HOLGUIN. Este distinguido profesional, en su memorial de 18 de junio de 1953, fecha en la cual la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." conocía perfectamente las decisiones de la Oficina de Registro de Cambios contenidas en las cartas de abril de 1951, marzo 13, abril 15 de 1953, le pidió al señor Jefe de aquella Oficina que por medio de resolución motivada se declarara que la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." tenía derecho a comprarle al Banco de la República las cantidades de dólares correspondientes al valor total de las mermas ocurridas en las exportaciones de banano efectuadas en los años de 1947 y 1950 a las compañías "NEPTUNE SHIPPING en los años de 1947 y 1950 las compañías "CUNEO BROTHERS"; y como consecuencia de ello se autorizara la compra de esas cantidades de dólares al tipo de cambio de 196%.

La Oficina de Registso de Cambios mediante carta dirigida al doctor URIBE HOLGUIN el 24 de julio de 1953, después de hacer algunas consideraciones de carácter legal, resolvió no autorizar las remesas solicitadas en lo tocante al reembolso de las pérdidas sufridas en los despachos hechos en el año de 1947; y en cuanto a la autorización para el reintegro por los despachos de banano hechos en el año de 1950 se dispuso que los giros se darían de acuerdo con los porcentajes establecidos en la Resolución número 53 de 1950, con lo cual se vino a confirmar lo resuelto anteriormente. Contra esta decisión interpuso el doctor URIBE HOLQUIN, en memorial de 20 de noviembre de 1953, los recursos de reposición y apelación, el primero como principal, y, el segundo, como subsidiario. El recurso de reposición fue resuelto por medio de la carta fechada el 18 de enero de 1954 en el sentido de mantener en firme la decisión recurrida; y la apelación no fue concedida por no existir el recurso de alzada en el caso contemplado.

La carta que contenía la última decisión de la Oficina de Registro de Cambios fue recibida en la oficina del doctor URIBE HOLGUIN el **26 de enero de 1954** según consta en la fotoscopia del pliego de recibos que se lleva en aquella Oficina para comprobar la entrega de cartas y otros documentos emanados de ella. Desde el momento de la **recepción** de la carta se entiende surtida la notificación de la decisión contenida en ella porque es tal acción, como objetiva y material, la única que puede comprobarse, lo que no ocurre con el **conocimiento** del contenido de la comunicación porque es éste un fenómeno puramente subjetivo, sicológico, interno, secreto que puede mantenerse oculto por voluntad del destinatario. De ahí la dificultad y aun en ciertos casos la imposibilidad de establecer su existencia, y para que no se pueda exigir el conocimiento de la decisión

contenida en una comunicación para que se entienda surtida la notificación respectiva.

Habiéndose recibido la carta el 26 de enero de 1954 y habiéndose presentado la demanda el día 10 de junio de 1955, es indiscutible que la acción de plena jurisdicción se encontraba prescrita desde el día 26 de mayo después de las doce de la noche, día en que feneció el término de los cuatro meses señalados por el C. C. Administrativo. Esto naturalmente en el supuesto de que antes no hubiera precluído el término para formular peticiones y reclamaciones contra decisiones contenidas en cartas emanadas de la Oficina de Registro de Cambios, preclusión que se operó debidamente según las consideraciones hechas en el curso de esta providencia, ya que la decisión de abril de 1951 quedó en firme según se deduce de las cartas de 13 de marzo, 13 de abril y 15 de mayo de 1953, las que fueron conocidas oportunamente por la sociedad, ya que los apoderados de ésta en sus innumerables comunicaciones hacen alusión expresa a ellas y trataron de refutar los razonamientos allí expuestos.

Pero se dirá que la carta fechada el 18 de enero solo fue notificada el día 21 de febrero de 1954 al doctor RICARDO URIBE HOLGUIN, y que por ende, no se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, según se infiere de la diligencia de notificación que aparece en una copia de la carta ya mencionada, diligencia concebida en estos términos: "A veintiuno (21) de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, se notifica personalmente al doctor Ricardo Uribe Holguín del contenido de la carta de fecha enero 18 de 1954. Impuesto de su contenido firma y retira una copia auténtica de ella.—Ricardo Uribe Holguín.—A. Vargas".

La simple lectura de la nota transcrita puesta al pie de una copia de la carta de 18 de enero de 1954 está indicando la habilidad con que se quiso proceder para evitar la prescripción de la acción porque es sabido que las notificacionse se extienden en el expediente original y se llevan a cabo por los Secretarios de la Oficina respectiva o por un empleado snbalterno de la Secretaría y previa la autorización de ésta. En el expediente aparece una certificación expedida por el señor Secretario de la Oficina de Registro de Cambios en que consta que el señor Alejandro Vargas, quien figura haciendo la notificación no tenía facultad ninguna para llevar a cabo esta diligencia ni fue expresamente autorizado por la Secretaría. Además; Vargas era un simple empleado de Archivo de la Oficina mencionada. Aún más: Estando ya notificada la carta desde el momento de la recepción de ella, no se podía hacer una nueva notificación. Sobre este punto es claro y categórico nuestro estatuto procesal civil. Finalmente, en lo tocante a la notificación hecha por un empleado del Archivo, conviene anotar que el contenido de la carta ya era conocido por el doctor URIBE HOLGUIN quien en lugar de presentarse ante el Secretario de la Oficina de Registro de Cambios en solicitud del informe de rigor o para pedir una notificación personal, se presenta ante un simple archivero y le pide a éste que le notifique el contenido de la carta del 18 de enero de 1954 con exhibición de una copia en la cual se extiende irregularmente la diligencia de notificación.

Las anteriores consideraciones están indicando nítidamente que la ac-

ción contenciosa de plena jurisdicción ejercitada por el doctor RICARDO URIBE HOLGUIN, como apoderado especial de la "INDUSTRIAL Y FRUTERA COLOMBIANA LTDA." en el libelo de 10 de junio de 1955 se encuentra prescrita, y que, por ende, ha de ser declarado probado tal medio exceptivo.

Pero aún en el supuesto de aceptar que la etapa administrativa solo vino a precluír con la notificación de la carta de 18 de enero tan íntimamente vinculada a las otras comunicaciones relacionadas en esta providencia, y que, por consiguiente, la demanda fue presentada oportunamente, habría que reconocer quen el caso hoy **sub judice** se presentaría otra excepción perentoria, a saber: La de ineptitud sustantiva de la demanda porque las cartas cuyos contenidos fueron acusados y la del mes de abril del año de 1951 en la cual aparece consignada la primera resolución recaída a la solicitud de 30 de marzo de 1951, formulada por la sociedad demandante, forman una misma operación administrativa, o mejor, son partes integrantes de ésta, y la carta de abril de 1951 no fue acusada.

Por consiguiente, sería aplicable también en el caso hoy sometido a estudio la doctrina sentada por esta corporación en sentencia de 17 de diciembre de 1943, doctrina consignada en estos términos:

"Cuando para poner fin a una actuación administrativa recaen dos providencias sobre el asunto, confirmatoria la una de la otra y ambas adversas a la solicitud del interesado, contra ambas debe dirigirse el recurso contencioso administrativo. Si se hubiere acusado la resolución principal en lugar de la secundaria, pudiera alegarse que eso basta porque lo accesorio no modificó la situación creada por la principal, toda vez que se negó a negar la reposición, pero si se acusa solamente la segunda, su anulación sería baldía porque quedaría en pie la stiuación creada por la principal".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION ejercitada en el libelo a que se ha hecho alusión, y como consecuencia de ello, se abstiene de entrar a fondo en el estudio del problema planteado en la demanda.

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel común y archívese el expediente.

Alejandro Domínguez Molina — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández M. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama. — Gabriel Rojas Arbeláez. — El Secretario, **Luis Fernando Sánchez.**

B

BIENES OCULTOS

Créditos del Estado proveninetes de impuestos. — Requisitos esenciales previstos en la ley para que se configure la calidad de BIENES OCULTOS. — Exhaustivo análisis sobre la viabilidad de la acción.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencios Administrativo. — Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ M.)

REF. Expediente número 434.—Demanda de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 1 de 22 de julio de 1958 y 2 de septiembre de 1958, expedidas por la Junta de Hacienda de Cundinamarca, por las cuales se niega el carácter de "bienes ocultos" a unos impuestos departamentales denunciados como tales.

El señor doctor Carlos Delgado Morales, abogado titulado, mayor y de esta vecindad, obrando como apoderado especial del señor don JORGE A. RUIZ QUIJANO, en acción de plena jurisdicción incoada oportunamente y por intermedio de la respectiva demanda, solicita del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, previo el trámite del juicio correspondiente, que se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que es nula la Resolución número 1 de 1958, julio 22, por la cual se dictamina sobre la calidad de oculto de bienes denunciados como tales por el doctor CARLOS DELGADO MORALES, en representación del señor JORGE RUIZ QUIJANO y que versan sobre impuestos a favor del Departamento de Cundinamarca dejados de pagar por concepto del 5% sobre ventas de cervezas producidas y despachadas por las fábricas "Consorcio Bavaria S. A.", de Barranquilla, y "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A." también de Barranquilla, desde la vigencia de dicho impuesto (1º de enero de 1943) hasta la fecha de su liquidación. Y los impuestos dejados de pagar y percibir por concepto de "consumo interno habido en el interior de las fábricas de cerveza"; el consumo por obsequios a asistentes o particulares, o el que con cualquiera otra denominación hayan distribuído a título gratuito como regalías sin ánimo de lucro, las fábricas "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", "Cervecerías Germania S. A." y "Cervecería Andina S. A." de Bogotá, desde el 1º de enero de 1931 hasta la fecha de su liquidación.

"SEGUNDA.—Que es nula igualmente la Resolución número 2 de 1953 (sic), septiembre 2, sobre denuncia de bienes ocultos, originaria de la Junta de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, por medio de la

cual se niega el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución a que se refiere la anterior petición.

"TERCERA. — Que son bienes obultos del Departamento de Cundinamarca las sumas de dinero a que éste tiene derecho a cobrar y percibir de las entidades llamadas "Consorcio de Cervecería Bavaria S. A.", "Cervecería Barranquilla y Bolívar S. A.", "Cervecería Germania S. A." y "Cervecería Andina S. A.", de acuerdo con la relación de los hechos y de acuerdo con la relación de los hechos y de lo expresado en la petición de esta demanda".

Como HECHOS fundamentales de la acción fueron presentados los siguientes:

"PRIMERO.—Con fecha dos de octubre del año de 1952, obrando como apoderado del señor JORGE RUIZ QUIJANO, celebré con el Departamento de Cundinamarca, representado por el doctor TOBIAS HERNANDEZ ROJAS, entonces Secretario de Hacienda, un contrato "sobre denuncios de bienes ocultos del Departamento de Cundinamarca, pertenecientes a su patrimonio y que aparecen en poder de particulares...". Como contratista me obligué: a presentar ante la Secretaría de Hacienda, en un término de veinte días, una exposición en que aparezca individualizado el bien denunciado en forma clara y precisa que sea imposible condirlo (sic) con otro; a indicar las acciones legales, conducentes para hacer efectivo el derecho que tiene sobre el bien el Departamento; a presentar las pruebas que acrediten la existencia del bien denunciado como oculto; a prestar caución suficiente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas para con el Departamento.

"SEGUNDO.—El Departamento, a su vez, se obliga entre otras cosas, "a pasar tal documentación a la Junta de Hacienda de Cundinamarca, para que dicha entidad por Resolución motivada, determine si el bien denunciado, en su concepto, es o no oculto y si la acción o acciones indicadas por el Contratista son o no procedentes".

"TERCERO.—En la cláusula séptima del contrato se autoriza al Contratista a ocurir ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en el caso de que la Resolución de la Junta de Hacienda fuese adversa. Pero el H. Consejo de Estado, en sentencia que se halla publicada en los Anales de la Corporación, página 5, años de 1952 y 53, afirma categóricamente que "el legislador le dio competencia privativa" al Consejo de Estado para decidir "en única instancia de la condición de ocultos que tuvieran los bienes denunciados como tales" y esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del Código de lo Contencioso Administrativo, en su ordinal 6º que dice: "Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios: ..."6º De las cuestiones respecto de la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales...". "De las cuestiones respecto de la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales". (sic).

"CUARTO.—Las pruebas que allegué tempestivamente demuestran que

son bienes ocultos: Los impuestos dejados de percibir por concepto del cinco por ciento (5%) sobre ventas de cervezas producidas y despachadas por las fábricas "Consorcio Bavaria S. A.", de Barranquilla y "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A." también de Barranquilla, desde la vigencia de dicho impuesto (primero de enero de 1943) hasta la fecha de su liquidación, y b) Los impuestos dejados de percibir por concepto de consumo interno realizado dentro de las fábricas; el consumo por obsequios a asistentes o a particulares, o el que con cualquiera otra denominación hayan distribuído, a título gratuito como regalías sin ánimo de lucro, las "fábricas Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", "Cervecerías Germania S. A." y "Cervecería Andina S. A. de Bogotá", desde el 1º de enero de 1932, hasta la fecha de su liquidación.

'QUINTO.—La Gobernación de Cundinamarca en las Resoluciones que ataco y cuya nulidad demando, hasta la fecha, no ha dado cumplimiento al contrato celebrado con mi mandante. En efecto: La Cláusula Tercera reza: "El Departamento en vista de la exposición y de las pruebas presentadas por el contratista, mencionadas en la cláusula anterior, se compromete a pasar tal documentación a la Junta de Hacienda de Cundinamarca, junto con el presente contrato, para que esta entidad por Resolución motivada, determine si el bien denunciado, en su concepto, es OCULTO y si la acción o acciones indicadas por el contratista son o no procedentes".

"SEXTO.—La H. Junta se abstuvo de hacer tal declaración con fundamento en el artículo 59 de la Ordenanza número 36 del año de 1939. Pero es el caso de que este artículo es reproducción del consignado en el Decreto Ejecutivo número 2963 de 1936, reglamentario de la Ley 27 de 1935 que versa sobre bienes OCULTOS, en el parágrafo del artículo 1º, parágrafo que fue declarado inexequible por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 23 de septiembre de 1938, por considerarlo contrario a la Constitución Nacional (**Gaceta Judicial** número 1940, Tomo XLVII, página 8, del mes de septiembre de 1938)".

El "CONCEPTO DE LA VIOLACION" se expresa así:

"Las Resoluciones cuya nulidad exijo violaron, en primer lugar, las obligaciones del Departamento para con el Contratista señor JORGE RUIZ QUIJANO toda vez que la H. Junta de Hacienda no procedió a determinar, en providencia motivada, si el bien denunciado tiene o no el carácter de OCULTO y si las acciones indicadas por Ruiz Quijano son o no procedentes. Incumplió el GOBIERNO la Cláusula Tercera del contrato mencionado. Las Resoluciones atacadas violaron, además, la Constitución y las Leyes de Colombia. El artículo 59 de la Ordenanza número 36 de 1936 está viciado de nulidad ya que es contrario a la Constitución y las Asambleas carecen de facultad para legislar en contra de la Carta ya en pugna con las Leyes puesto que, conforme a la norma contenida en la regla 9ª del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913 dispone que las Asambleas administren los bienes del Departamento pero de acuerdo con la Constitución y las Leyes. La Asamblea de Cundinamarca al introducir en el Có-

digo Fiscal una disposición que carecía de vida jurídica, por haber sido declarada inexequible traspasó los límites de las facultades legales al restringir el alcance del artículo 1º de la Ley 27 de 1935 que define la institución de BIENES OCULTOS. Y a fortiori, la H. Junta de Hacienda, al fundamentar las Resoluciones que tacho de nulas, en un precepto inválido, violó las normas traídas a colación".

A título de "FUNDAMENTO DE DERECHO" se dice en el libelo:

"El contrato celebrado entre el Departamento y el señor JORGE RUIZ QUIJANO; la Ley 27 de 1935, Ley 4ª de 1913, regla 9ª; Decreto Ejecutivo número 2936 de 1936 las sentencias citadas y los preceptos aplicables del Título Tercero del Código Contencioso Administrativo".

Admitida la demanda, se le hizo al señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca la comunicación ordenada por el artículo 126 del C. C. A., pero el Departamento no se presentó en el juicio. Este se ha adelantado dentro de los requisitos de ley y se dictó el auto de citación para sentencia. Al ser estudiado para proyectar el fallo correspondiente, ante un punto dudoso que se le ofreció al Consejero Ponente, con la venia de la Sala, se expidió con fecha tres de marzo del presente año, **el auto para mejor proveer** que consta al folio 71, con el resultado aclaratorio siguiente:

"LA JUNTA DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, en atención a la solicitud formulada por el H. Consejo de Estado en oficio número 15 de fecha 12 de marzo de 1960,

"D E C L A R A :

"1º—La Resolución número 1 de 22 de julio de 1958 fue dictada por la Junta de Hacienda del Departamento, para decidir el recurso de reposición (folio 116) interpuesto contra la Resolución número 3, dictada por la misma Junta con fecha 3 de noviembre de 1954.

"2g—En consecuencia, no habiendo quedado ejecutoriada la primera providencia **solo está vigente la número 2 de 22 de julio de 1958.** (Se subraya).

"Transcríbase al H. Consejo de Estado".

Como no se observa motivo alguno de nulidad procedimental es llegada la oportunidad de proferir la sentencia correspondiente, a lo cual se pasa previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como consecuencia del traslado corrido al señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, doctor Uladislao Domínguez, para alegar de fondo, éste, emitió en lo principal el siguiente muy valioso, importante y documentado concepto que denota un juicioso estudio del asunto sub-judice y de la materia en general:

"Establece el artículo 58 de la Ordenanza número 36 de 1939, Código Fiscal de Cundinamarca que "Son bienes ocultos y pueden denunciarse como tales, aquellos que, además de estar simplemente abandonados en

su sentido material por el Departamento, estén en condiciones tales, que su carácter de propiedad departamental se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio del Departamento, haya necesidad de ejercer acciones en juicio".

"Esta disposición del Código Fiscal de Cundinamarca no hizo sino copiar la disposición de la Ley 27 de 1935, que gobierna la institución de los BIENES OCULTOS y cuyo artículo 1º dice: "Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios, y pueden denunciarse como tales, aquellos que además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, estén en condiciones tales, que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patriminio común de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio".

"Conforme a la definición que antecede para que un bien tenga la calidad de oculto se necesita además de su calidad de ignorado, que esté abandonado en el sentido material; que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro; y que para reincorporarlo al patrimonio común sea necesario iniciar acciones en juicio.

"El Consejo de Estado ha sostenido que la condición de oculto e ignorado que tenga el bien denunciado es esencial en esta clase de litigios, porque si bien es verdad que la ley no dijo que para que un bien tuviera el carácter de oculto debía ser oculto en primer término, tal vocablo no fue incluído por no incurrir en redundancia. Y así en sentencia de fecha 13 de agosto de 1940, expresó:

" 'Si en la nueva definición se prescindió del término 'oculto' que acaba de subrayarse, no fue porque se considerara que debiera prescindirse de ese factor, lo que no aparece en ninguno de los pasajes de la historia de la ley, sino porque seguramente se consideró superfluo que, tratándose de bienes ocultos, se estableciera como primera condición la de que el bien fuera 'oculto' o ignorado.

" 'La inclusión de tal vocablo carecería de objeto, si se considera que la condición relativa a la ignorancia del bien es esencial tratándose de bienes ocultos, como se demuestra en el concepto que sobre ellos ha tenido toda la legislación colombiana al través de la historia. Cuando el bien es conocido y, a pesar de ello no se procura su recuperación, podría haber un abandono, un renunciamiento, la falta del cumplimiento de la obligación. Pero en ningún caso podría hablarse de que es bien oculto aquel de cuya existencia tiene conocimiento el Estado. Lo que el Congreso quiso innovar al respecto queda sintetizado en los siguientes apartes de las respectivas comisiones:

" 'Hemos creído —dice la Comisión del Senado— que la eliminación total de la institución a que nos referimos no responde a una necesidad manifiesta de los intereses públicos, ya que no obstante las razones consignadas en la exposición de motivos, creemos que tal institución brinda a las (sic) iniciativa particular los medios de coadyuvar a reivindicar en beneficio del Estado aquellos bienes que por distintas razones hayan podido permanecer en manos extrañas. Pero como las disposiciones cuya

derogatoria se propone sí pueden dar y han dado origen a abusos por parte de los denunciantes, hemos creído que lo más conveniente sería conservar la institución con las reformas del caso para corregir las deficiencias que tenga, y, especialmente, para evitar los abusos que puedan presentarse a la sombra de ella'.

" 'Por estas razones —dice la comisión de la Cámara de Representantes—, creemos que las modificaciones hechas por el Honorable Senado al proyecto primitivo del Ministerio de Hacienda consultan el interés del Estado y corrigen los abusos a que las disposiciones del Código Fiscal daban lugar..... Podemos poner un ejemplo para aclarar este concepto. Cuando un individuo muere sin dejar parientes hasta determinado grado (según el proyecto que ahora cursa hasta el 4º grado), el Municipio respectivo es heredero. ¿Cómo hace hoy la entidad municipal para saber, por más acuciosa que ella sea, que ha muerto un individuo sin dejar parientes que le sucedan y por tanto ella hereda? Hasta hoy no puede tener dato alguno al respecto. Indudablemente esto se modificará en parte, mediante las disposiciones consagradas en otro proyecto del señor Ministro, siempre que dicho proyecto sea ley de la República. Casos como el que trae el ejemplo citado no son raros, y es por esto por lo que insistimos en que las disposiciones sobre denuncio de bienes ocultos que trae nuestro Código Fiscal, no deben suprimirse sino modificarse para evitar y corregir los inconvenientes que atrás dejamos apuntados. Dentro de estas ideas setá muy bien el proyecto que viene del Senado. En efecto: por el artículo 2º de dicho proyecto queda prohibido para la Nación, los Departamentos y los Municipios celebrar contratos sobre denuncio de bienes ocultos que tengan por objeto recuperar bienes que estén en poder de las entidades de derecho público o de las empresas de carácter oficial. Con esta disposición se suprime uno de los defectos que habíamos anotado al sistema anterior del Código. Con el artículo 3º del proyecto se establece un porcentaje equitativo para el denunciante y que evita así que quede en manos de éste cantidades fabulosas. Como ha anotado el señor Ministro. Y, por último, el artículo 4º del proyecto da una mayor intervención al Ministerio Público dejando al denunciante, cuando así convenga a los intereses de la respectiva entidad, como simple coadyuvante en la acción'.

"Ni se arguya que con esta interpretación (se llegaría al extremo de que derechos patrimoniales surgidos para el Estado por el medio jurídico de actos o contratos, no podría nunca ser materia apta para una denuncia de un bien oculto, porque tales actos implican la presunción de ser conocidos de todos y de modo particular de quienes los profirieron', por la sencilla razón de que una cosa es el conocimiento de ciertos actos o contratos desde el punto de vista objetivo o formal, y otra el conocimiento de determinadas circunstancias, vicios o irregularidades en los mismos, que modifique el concepto sobre el presunto titular del derecho, conocimiento este último que se inseparable de la noción de bien oculto y de las características legales para tomarlo como tal".

"Dentro de la tesis sostenida por el Consejo de Estado y el concepto

que sobre bienes ocultos ha tenido la legislación colombiana ¿pueden calificarse los bienes denunciados como tales?

"Para la Fiscalía los impuestos dejados de cobrar no tienen ese carácter, porque los funcionarios tenían conocimiento de su existencia, no ignoraban la ley que estableció el tributo como arbitrio fiscal que fue cedido en su totalidad a los Departamentos a partir del 1º de enero de 1931, en virtud del aparte b) del artículo 3º de la Ley 78 de 1930, facultando a las Asambleas Departamentales para reglamentar la percepción del impuesto, sin modificar la tarifa.

"De suerte que, se trata de un bien conocido, el cual al parecer no ha sido recuperado. Ello indica negligencia de los funcionarios recaudadores, falta de cumplimiento en sus obligaciones, pero en ningún caso desconocimiento o ignorancia en la existencia del tributo, puesto que el solo hecho de pasar las cuentas de cobro a los deudores sería suficiente para recobrar el bien que, en realidad de verdad lo que ha estado es en abandono, pero no oculto, porque los impuestos no eran desconocidos. Tanto es así que, en todas las actas de producción, distribución y consumo de cervezas de la "Cervecería Barranquilla y Bolívar S. A." que han sido traídas al proceso se lee lo siguiente: "Se hace constar que el impuesto a que se refiere el Decreto número 43 de mil novecientos cuarenta y tres, se liquidará por relación aparte". Este impuesto es justamente el que gravita sobre el consumo de cervezas.

"Grave precedente se sentaría si se aceptara que por el hecho de que empleados negligentes o de moral precaria, se abstuvieran de liquidar y cobrar impuestos, tal circunstancia fuera base suficiente para declarar los créditos respectivos como bienes ocultos.

'Cosa distinta sucedería cuando por error, por desconocimiento o por ocultación de quien está obligado a pagar un tributo éste no se liquidara en su totalidad; entonces sí podría decirse que existiría un bien oculto, porque el funcionario no habría cobrado por negligencia, ni con conocimiento de la mala fe de quien oculta los bienes que son materia impositiva con propósito de fraude. Este desconocimiento, esta ignorancia en la existencia de los bienes es lo que les da el carácter de ocultos.

"Por tanto, las sumas dejadas de pagar por las empresas "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A." y "Consorcio de Cervecería Bavaria S. A." de Barranquilla, por concepto del impuesto del 5% sobre la venta de sus productos, no constituyen bienes que tengan el carácter de ocultos que le atribuye el denunciante.

"Y lo que se predica de las sumas dejadas de pagar por las Empresas de "Cervecerías Baranquilla y Bolívar S. A." y "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A." por concepto del impuesto del 5%, es aplicable a los impuestos de consumo dejados de pagar por el "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A." en sus factorías de Bogotá y eventualmente las fábricas denominadas "Germania" y "Andina" en razón del llamado consumo interno, es decir, el habido en el interior de las fábricas de cervezas, ya que para ser bienes ocultos no reúnen las calidades exigidas por el artículo 58 de la Ordenanza número 36 de 1939 del Departamento de Cundina-

marca, cuyo texto es copia del artículo 1º de la Ley 27 de 1935, como se ha visto anteriormente.

"Pero es que hay más: estos bienes a que se refiere la segunda parte de la demanda ni siquiera son determinables; lo primero porque la existncia de este bien trata de acreditarlo el actor con **copia informal** de la Resolución número 30 de enero de 1931, recaída al memorial de 14 del mismo mes y año, sobre solicitud del señor Presidente del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. sobre exención del impuesto de consumo de cervezas, principalmente con la bebida que resulta de roturas al hacer envase; y con copia informal de la contestación dada por el señor Tesorero General del Departamento del Atlántico, de 31 de octubre de 1931, al Consorvio de Cervecería Bavaria S. A., etc. El solo carácter que tienen estas comunicaciones de copias informales, es decir, de no ser certificaciones auténticas, es suficiente para desestimar tales documentos, ya que no puede estimarse su mérito, pues que tratándose de instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, como lo es para el caso el Tesorero General del Departamento del Atlántico, la copia del acto producido por este funcionario ha debido ser expedida formalmente y autorizada por el Secretario, conforme lo prevée para estos casos, el artículo 632 del C. J.

"Finalmente, cabe observar lo siguiente:

"Las Resoluciones materia de la acusación se dictaron con fundamento en los mandatos de los artículos 58 y 59 de la Ordenanza número 36 de 1939 —Código Fiscal de Cundinamarca—.

"Establece el artículo 59 de la precitada Ordenanza lo siguiente:

" 'De acuerdo con la disposición del artículo anterior, no son bienes ocultos del Departamento los créditos a favor de éste provenientes de impuestos, contribuciones, multas, indemnizaciones y participaciones en las renta nacionales, municipales, susceptibles de ingresar al patrimonio departamental por simples procedimientos, gestiones o providencias de orden administrativo'.

"Dice el actor que este artículo está viciado de nulidad 'ya que es contrario a la Constitución y las Asambleas carecen de facultad para legislar en contra de la Carta y en pugna con las leyes puesto que conforme a la norma contenida en la regla 9ª del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913 dispone que las Asambleas administren los bienes del Departamento pero de acuerdo con la Constitución y las leyes'. Y agrega: 'La Asamblea de Cundinamarca al introducir en el Código Fiscal una disposición que carecía de vida jurídica, por haber sido declarada inexequible traspasó los límites de las facultades legales al restringir el alcance del artículo 1º de la Ley 27 de 1935 que define la institución de Bienes Ocultos'.

"El parágrafo del artículo 1º del Decreto número 296 (sic) de 1936 dice textualmente: 'En consecuencia, carecen del carácter legal de bienes ocultos, los créditos del Estado, de los Departamentos o de los Municipios provenientes de impuestos, contribuciones, multas, indemnizaciones, susceptibles de ingresar al patrimonio de aquellas entidades por simples procedimientos o gestiones administrativas'.

"El artículo 59 del Código Fiscal de Cundinamarca, vigente en la época

en que se originó el presente juicio, copió literalmente el parágrafo del artículo 1º del Decreto número 296 (sic) de 1936 transcrito, que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 23 de septiembre de 1938, en que fue ponente el doctor Ricardo Hinestrosa Daza, por cuanto que excluyó, sin que la ley lo haga, los bienes especificados en él, o como lo dice la misma Corte: 'En otras palabras: los bienes a que se refiere ese parágrafo pueden llegar a ser ocultos en reuniendo las calidades exigidas por la ley en su artículo 1º, y, por tanto, ante ella no puede decirse en la forma que lo hace el parágrafo, que carecen de esa calidad legal de bienes ocultos'. (G. J. número 1940, p. 10).

"El Código Fiscal de Cundinamarca, en lo que se refiere a los artículos 58 y 59, sobre Bienes Ocultos, no ha sido motivo de nulidad ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa; por consiguiente, al tenor del artículo 111 de la Ley 4ª de 1913 tal Código Departamental es obligatorio mientras sus disposiciones no sean anuladas o suspendidas por la justicia contenciosa.

"Es cierto que, la Corte Suprema invalidó el parágrafo del artículo 1º del Decreto Ejecutivo número 296 (sic) de 1936, pero no por ello quedan virtualmente nulas las disposiciones de otro orden que contengan igual o semejante disposición, porque esta nulidad consecuencial, solo es atinente a los decretos o reglamentos que se hayan dictado como desarrollo de la norma anulada.

"Es claro, que en virtud de lo establecido por el artículo 215 de la Constitución Nacional (artículo 54 del A. L. de 1945), la excepción de inconstitucionalidad puede ser declarada por el juzgador a petición de parte interesada, cuando ésta encuentre que la norma por aplicar pugna con la Constitución o la ley; pero para ello es necesario, en tratándose de juicios seguidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que la excepción sea invocada en forma específica, determinando el actor el concepto de la violación.

"Para el caso de estudio, la violación no era de la Constitución, como erróneamente lo afirma el actor en su demanda, sino de la ley que gobierna la materia que es la 27 de 1935, pues el actor se contenta con manifestar que las Resoluciones acusadas violaron 'las leyes de Colombia'.

"El concepto de la violación de la ley, para fundamentar la acción consagrada por el Constituyente, ha debido ser la misma que sirvió a la Corte Suprema de Justicia para declarar la inexequibilidad del parágrafo del artículo 1º del Decreto 296 (sic) de 1936, pero en realidad de verdad esto es lo que no ha hecho el actor.

"Por lo tanto, esta Fiscalía es de parecer que se denieguen las peticiones de la demanda, lo que pido al H. Consejo de Estado, muy atentamente".

El anterior concepto fiscal tiene como antecedente la sentencia de 13 de agosto de 1940 —citada y transcrita parcialmente por el mismo señor Agente del Ministerio Público—, en la que se plantearon y decidieron tesis semejantes, de la cual fue ponente el entonces Consejero de Estado, doctor Guillermo Peñaranda Arenas, así como también, el "salvamento de voto" dejado por los Consejeros Ramón Miranda y Carlos Rivadeneira,

piezas jurisprudenciales que se hallan en los ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, año XXII, 1940, números 293 a 295, páginas 644 a 686 inclusive.

En el caso decidido en tal sentencia se había denunciado como "bien oculto" ante el Gobierno Nacional,

"...el derecho que tiene la Nación para exigir de la Tropical Oil Company, en los términos de la concesión De Mares, de fecha 6 de diciembre de 1905, y del contrato adicional de traspaso, de 25 de agosto de 1919, que restituya a la Nación dicha concesión el día 14 de junio de 1946, en lugar del 25 de agosto de 1951, fecha esta última que, en virtud de error, se fijó por el Gobierno como término de dicha concesión en la Resolución ejecutiva de 13 de junio de 1921, aceptada por la Compañía",

pero el Gobierno, por intermedio del Ministerio de Hacienda, en Resolución número 177, de 16 de mayo de 1939, según la sentencia,

"...niega que los bienes tengan el carácter de ocultos, porque considera que, conforme a la definición que de los bienes de esta clase da el artículo 1º de la Ley 27 de 1935, es condición esencial 'el hecho de ser desconocidos por la entidad respectiva'; y que las acciones y derechos presentados por el doctor Pareja en su denuncia, como constitutivos de bienes ocultos, eran conocidos antes por las Cámaras Legislativas y por el Gobierno, así como también la situación jurídica de la que hace derivar el denunciante los derechos de la Nación",

agregándose como extraído de la Resolución en referencia, que,

"Y si esto es así, si el denunciante no le ha hecho al Gobierno ninguna revelación, no le ha descubierto nada que éste ignorara en el particular, es claro que los derechos y acciones enumerados por el denunciante no tienen el carácter de bienes ocultos".

El demandante, que lo era el doctor Carlos H. Pareja, tratadista de derecho administrativo, sotenía que,

"...con su Resolución el Ministerio ha violado, especialmente, la Ley 27 de 1935 y el Decreto reglamentario número 2963 de 1936, en su artículo 7º, ordinal h). Para fundar esta afirmación interpreta el actor el artículo 1º de la Ley en mención, para deducir que el carácter de oculto que pueden tener determinados bienes se desprende únicamente de dos condiciones especiales, que numera así: 1ª Que los bienes estén simplemente abandonados en el sentido material, y 2ª Que su carácter de propiedad nacional se haya hecho oscuro", y alegaba que,

"La Resolución acusada dice que tales bienes, cuya importancia les reconoce al advertir que el Gobierno "adoptará las medidas que considere más convenientes para los intereses generales de que es gestor", no son ocultos, porque no eran **desconocidos** por el Gobierno cuando yo los denuncié.

"Esta interpretación es violatoria de la ley y de mis derechos por cuanto la ley en ninguna parte exige, para que un bien sea oculto, que sea desconocido; exige simplemente, que esté **abandonado**, y que su carácter de propiedad pública se haya hecho **oscuro**; pero el abandono de un derecho no es su desconocimiento sino, al contrario, el hecho de **descuidarlo a sa-**

biendas de que existe; por eso la ley habla de **abandono en sentido material, es decir, no intelectual".**

Para ese entonces, el concepto del Fiscal del Consejo, fue contrario a las opiniones del Gobierno, pues expone la aludida sentencia que él

"...rechaza enfáticamente por injurídica la tesis propugnada en la Resolución, y afirma que no es requisito esencial para que exista el bien oculto el desconocimiento que de él tengan las respectivas entidades de derecho público. Al efecto, después de aceptar los puntos de vista del actor respecto a los elementos esenciales que conforman un bien oculto, dice sobre el caso concreto del juicio:

"Como lógica consecuencia de lo expuesto hasta aquí, se deduce que la tesis del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es a todas luces injurídica e insostenible, y que por ninguno de sus aspectos resiste el menor análisis. En efecto, la ignorancia del Gobierno no puede ser el fundamento del bien oculto; cuando más servirá para fijar responsabilidades de los funcionarios, pero nunca para atribuírle el carácter de oculto al bien denunciado. Parece que precisamente debe suceder todo lo contrario, porque es de presumir que la Administración conoce exactamente la situación jurídica de todos los bienes que forman el acervo del patrimonio nacional, y cuando esa obligación se descuida y hay incuria por parte de las autoridades, puede surgir la oscuridad respecto del carácter de propiedad de un bien público. Ahora bien: ante la presencia de un bien oculto denunciado con arreglo a la ley por un particular, el Gobierno puede encontrarse en una de dos situaciones: o desconoce en absoluto el bien oculto que se le denuncia y todos y cada uno de los hechos que lo constituyen, o dice conocerlo exactamente en la misma forma revelada por el denunciante. En el primer caso existe un notorio descuido de las autoridades porque ya dijimos que es de presumirse que estas están en la obligación de conocer perfectamente la situación jurídica de todos los bienes nacionales y de poner los medios a su alcance para que la propiedad nacional se encuentre saneada y exenta de vicios que hagan dudoso u oscuro su carácter de bien público; en el segundo caso, existe no ya incuria sino verdadera negligencia culposa, porque no es admisible ni justificable que conociéndose la situación incierta del bien oculto y aceptándose la realidad de los hechos denunciados, no se ejerzan inmediatamente las acciones que la ley reconoce a efecto de reintegrar al patrimonio nacional el bien ilegítimamente usufructuado por terceros. Y no se diga que el Gobierno adoptará las medidas que estime más convenientes para los intereses generales, porque a más de que esta intención subjetiva imposible de valorar, carece de importancia y contenido jurídico, implica también la usurpación de los derechos que la ley otorga al denunciante del bien oculto".

En seguida entró el Consejo de Estado a definir el fondo del asunto, manifestando lo que a continuación se transcribe dentro del criterio de la presente sentencia, que no es otro sino el aprovechar lo más saliente de la anterior por vía de ilustración, por completo provechosa:

"Según las normas vigentes atributivas de su competencia, al Consejo de Estado corresponde decidir acerca de la calidad de ocultos que tengan

los bienes objeto de un denuncio, cuando por parte del organismo administrativo correspondiente se les niega tal calidad. Esta atribución jurisdiccional implica que en el presente caso habrán de examinarse previamente los fundamentos jurídicos de la resolución ministerial que causa el recurso, y, como cuestión final, si los bienes denunciados por el actor tienen o no las calidades de ocultos.

"Para determinar con acierto cuál es la naturaleza jurídica de los llamados bienes ocultos por las leyes positivas colombianas, se hace necesario inquirir en los antecedentes de esta institución cuáles fueron los motivos de orden social y de necesidad fiscal que originaron su establecimiento, así como su evolución y desarrollo a través de los diferentes textos y de las distintas épocas de la historia administrativa del país.

"El 27 de febrero de 1830 el Libertador dictó el siguiente Decreto 'por el cual se ordena que los bienes ocultos se apliquen a la persona que los denuncie'.

"Simón Bolívar, Libertador, Presidente de la República de Colombia, etc.,

CONSIDERANDO:

-'1º—Que aunque por el artículo 36 de la Ley de 22 de mayo de 1826 se previno a la Comisión de Crédito Público nombrara en los Departamentos y Provincias, comisionados especiales que investigasen los bienes asignados a la extinción de la deuda nacional, y que no estuviesen conocidos, nunca tuvo efecto este nombramiento por haberlo estimado dicha Comisión, como lo estima también el Gobierno, inadecuado al fin que se dispuso (y así lo manifestó la primera al Congreso de 1827), tanto porque no era de esperarse que hubiese personas que quisieran desempeñar un encargo tan penoso, no teniendo remuneración alguna asignada, como porque él las privaría sin fruto de las ventajas concedidas a los denunciantes por el artículo 38 de la citada Ley, por el cual se declara a estos la preferencia en la venta de tales bienes, y un 2% sobre su producto;

"2º—Que la experiencia ha probado no ser tampoco suficiente este estímulo para descubrir las propiedades nacionales que se mantienen ocultas, pues solo se han hecho algunos denuncios, previa la condición que se ha exigido al Gobierno de obtenerlos exclusivamente en pago de documentos de deuda consolidada, condición sin la cual no habrían tenido lugar los po-

"3º—Que para evitar soluciones en casos semejantes conviene dictar una que sirva de regla general en lo sucesivo, haciendo extensiva esta concesión a todos los que den a conocer al Gobierno los bienes de su pertenencia que se conserven ocultos con perjuicio de la República y de sus acreedores;

"4º—Que estando dichos bienes aplicados a la amortización de la deuda interior, la medida indicada, lejos de distraerlos de su destino legal, viene a ser el medio mejor de que éste tenga efecto, interesando en su investigación a todos los tenedores de vales de la misma deuda,

"DECRETO:

"Artículo 1º—Todos los bienes, valores o fincas del Estado que se hallen ocultos en poder de los particulares y que fueren descubiertos desde la publicación de este Decreto en adelante, serán aplicados exclusivamente a la persona o personas que los denuncien, y pongan en claro su pertenencia al cúmulo de bienes nacionales, con tal que el denunciante o denunciantes consignen en documentos de deuda consolidada de inscripción al 5% la cantidad a que asciende su valor, y además un 20% sobre éste.

"Artículo 2º—Con la finca o mueble denunciado se aplicarán también al denunciante sus réditos hasta el día de la adjudicación, siempre que los haya causado, y asimismo serán recibidos en pago de estos y de la finca de que proceden los intereses ganados por los vales consignados, hasta el día de su presentación.

"Artículo 3º—El denuncio de los bienes de que trata este Decreto, podrá hacerse ante el Gobernador o Prefecto respectivo, quien oyendo al delator calificará de la manera más breve y sumaria la pertenencia de ellos al Estado, y previa su decisión, los hará avaluar por peritos. Hecho esto dará cuenta inmediata al Gobierno por conducto del Ministerio de Hacienda, a fin de que se disponga la adjudicación y se recojan los vales correspondientes.

"Artículo 4º—Suspéndese la Ley de 22 de mayo de 1826 en cuanto se oponga al presente Decreto, de cuya ejecución queda encargado el Ministro de Estado en el Departamento de Hacienda".

"Posteriormente en dos Decretos dictados el 9 de septiembre de 1861 por el Presidente provisorio de los Estados Unidos de Nueva Granada, General T. C. de Mosquera, referentes a la desamortización de bienes de manos muertas y a la organización del crédito nacional se establecieron disposiciones referentes a bienes ocultos de la Nación.

"Los individuos que denuncien censos y bienes ocultos de las corporaciones de que trata este Decreto, tendrán derecho a que se les adjudique, por su avalúo, sin competencia ninguna, consignando su valor en documento de deuda pública, y si la ocultación de dichos bienes se hubiere hecho con conocimiento de los administradores o superiores de dichos establecimientos, se sujetará a estos administradores o superiores al juicio criminal a que haya lugar". (Artículo 1º del Decreto sobre desamortización de bienes de manos muertas).

"Y entre las disposiciones orgánicas del Crédito Nacional, se estableció que "quienes denuncien bienes ocultos que correspondan a la Nación", tendrían derecho a comprarlos por su valor real; que para comprobar que algunos bienes se hallaban ocultos, se haría el denuncio ante el Juzgado de Primera Instancia, y se probaría en juicio contradictorio, oyendo al Personero Público y consultando con la Corte Suprema de Justicia la sentencia respectiva. La Ley 31 de 19 de mayo de 1863, expedida por la Convención Nacional, ratificó expresamente el Decreto sobre desamortización, y en su artículo 26 dijo: "Solo los censos no inscritos, considerados por lo mismo como bienes ocultos, correspondientes al ramo de desamortización, podrán redimirse por personas distintas de los censatarios". Más

tarde, la Ley 41 de 1864, relativa a los bienes desamortizados, reglamentó en un capítulo especial lo concerniente a los bienes ocultos.

"Pero ninguno de los textos mencionados hasta aquí trae una definición de lo que debe entenderse por bienes ocultos. Sin embargo, del sentido de las disposiciones respectivas resulta que es el hecho material de la ocultación lo que caracteriza los bienes de esta naturaleza. Así, por ejemplo, el artículo 31 de la Ley últimamente citada dijo:

" 'No serán admitidos como denunciantes, con opción a los derechos concedidos por esta ley a los que denuncien bienes ocultos, los que hayan sido o sean agentes del ramo, ni los individuos que por las primitivas disposiciones sobre desamortización han tenido o tienen el derecho de hacer inscribir en el registro los bienes que han sido declarados de propiedad nacional'.

"La definición concreta sobre esta especie de bienes aparece tan solo en el Código Fiscal de 1873, obra que en varios artículos se ocupa en la materia. Se lee allí en el artículo 966:

" 'Son bienes ocultos de la Nación, no los bienes simplemente abandonados u ocultos en su sentido **material,** sino aquellos respecto de los cuales se haya hecho ya obscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, sea por actos de maliciosa usurpación, por incuria de las autoridades o por otra causa semejante'.

"Las restantes reglas de aquel Código contienen el procedimiento, en cuanto ordenan que los denuncios de bienes ocultos deberán hacerse y sustanciarse como los de tierras baldías; que practicado el avalúo se saquen a remate y que al denunciante corresponde la mitad en el producto de la venta o que pueda adjudicársele la propiedad que se venda como oculta, siempre que se cumplan los requisitos que la misma ley establece.

"Esta noción de bienes ocultos, según la Codificación Fiscal de 1873, es de gran importancia, porque al estructurar legalmente aquella clase de bienes, deja de lado la noción de ocultación material para remplazarla por la de oscuridad en su carácter primitivo de propiedad pública que hubieran tenido las cosas. En otros términos, según el texto transcrito, es indiferente que los bienes estén simplemente ocultos o abandonados en un sentido material porque lo que los distingue como ocultos es un hecho distinto: que se hubiera oscurecido su carácter primitivo de propiedad nacional, que sea dudoso este carácter, por alguna de las causas mencionadas en la disposición o por otras de la misma naturaleza y de igual significación jurídica.

'El nuevo Código Fiscal, que entró a regir el 1º de abril de 1912, introdujo algunas reformas de carácter adjetivo a la legislación anterior, pero conservó el texto exacto de la definición de bienes ocultos, ya transcrita".

Agregando la sentencia a que se viene haciendo referencia que,

"Pertenece lo anteriormente transcrito al proyecto presentado por el Consejero sustanciador, doctor Miranda, trabajo que en tales partes acoge el presente fallo, cuya ponencia correspondió al Consejero que seguía en turno, por no haber aceptado la mayoría del Consejo las otras consideraciones relativas a la calidad de ocultos de los bienes denunciados ni las conclusiones a que allí se llegó en armonía con este concepto.

"Como sobre bienes ocultos rige hoy la Ley 27 de 1935, precisa estudiar el problema de que se trata a la luz de esta Ley.

"Dice el artículo 1º de ella: 'Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios, y pueden denunciarse como tales, aquellos que además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos estén en condiciones tales que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, los Departamentos y los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio'.

"Como se sabe, en el oficio por medio del cual el señor abogado consultos remitió al señor Presidente de la República el proyecto que fue base de la Ley 27, se expusieron por su autor los siguientes conceptos que fijan con toda nitidez el objeto y alcance de la reforma. Dice así: 'Dicho proyecto se inspira en el propósito que usted se sirvió manifestarme de acabar con la corruptela de denunciar como ocultos los bienes del Estado que se encuentren simplemente abandonados por incuria de los empleados encargados de velar por su manejo o conservación. Ahora se exige que el carácter de propiedad nacional se haya hecho litigioso hasta el punto de necesitarse ejercer acciones judiciales para que el bien vuelva al patrimonio efectivo del Estado'.

"Se estima por algunos que dentro de este orden de ideas no tiene cabida la exigencia del elemento desconocimiento o ignorancia del bien por parte de la Administración y que solo sea menester que se reúnan tres condiciones: a) Abandono material del bien por la entidad pública dueña de él; b) Que el carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro, y c) Que su reincorporación al patrimonio público no pueda obtenerse sino mediante los recursos y acciones en juicio.

"El Consejo no comparte esta interpretación restrictiva, porque estima que la ley en referencia, si en verdad se apartó en algunos términos del proyecto que le sirvió de base y que indudablemente hubiera sido más claro, consagró una reforma que en realidad corresponde a los propósitos proyectados por el Gobierno en orden a hacer que los contratos sobre bienes ocultos correspondieran a verdaderas conveniencias y necesidades del Estado. Tal Ley, por medio del artículo 5º deroga el artículo 28 del Código Fiscal y adiciona los 29 y 30 del mismo Código relacionados con la participación que corresponde a los interesados. De manera, pues, que la reforma se concretó en realidad a derogar la disposición que definía como bienes ocultos "no los simplemente abandonados **u ocultos** en un sentido material sino aquellos respecto de los cuales se haya hecho oscuro su carácter de propiedad nacional, ya por actos de usurpación maliciosa, por incuria de las autoridades o por otra causa semejante", para adoptar la definición transcrita anteriormente.

"Si en la nueva definición se prescindió del término **oculto** que acaba de subrayarse, no fue porque se considerara que debiera prescindirse de este factor, lo que no aparece en ninguno de los pasajes de la historia de la ley, sino porque seguramente se consideró superfluo que, tratándose

de bienes ocultos, se estableciera como primera condición la de que el bien fuera **oculto** o ignorado.

"La inclusión de tal vocablo carecía de objeto, si se considera que la condición relativa a la ignorancia del bien, es esencial tratándose de bienes ocultos, como se demuestra con el concepto que sobre ellos ha tenido toda la legislación colombiana al través de la historia. Cuando el bien es reconocido y, a pesar de ello, no se procura su recuperación, podría haber un abandono, un renunciamiento, la falta del cumplimiento de un deber, o podría tratarse como en el caso de la Tropical, de la consideración de que aún no ha llegado el plazo para exigir el cumplimiento de la obligación. Pero en ningún caso podría hablarse de que es bien oculto aquel de cuya existencia tiene conocimiento el Estado. Lo que el Congreso quiso innovar al respecto queda sintetizado en los siguientes apartes de las respectivas Comisiones:

" 'Hemos creído —dice la Comisión del Senado— que la eliminación total de la institución a que nos referimos no responde a una necesidad manifiesta de los intereses públicos, ya que no obstante las razones consignadas en la exposición de motivos, creemos que tal institución brinda a la iniciativa particular los medios de coadyuvar a reivindicar en beneficio del Estado aquellos bienes que por distintas razones hayan podido permanecer en manos extrañas. Pero como las disposiciones cuya derogatoria se propone sí pueden dar y han dado origen a abusos por parte de los denunciantes, hemos creído que lo más conveniente sería conservar la institución con las reformas del caso para corregir las deficiencias que tenga, y, especialmente, para evitar los abusos que puedan presentarse a la sombra de ella'.

" 'Por estas razones —dice la Comisión de la Cámara de Representes— creemos que las modificaciones hechas por el honorable Senado al proyecto primitivo del Ministerio de Hacienda, consultan el interés del Estado y corrigen los abusos a que las disposiciones del Código Fiscal daban lugar..... Podemos poner un ejemplo para aclarar este concepto. Cuando un individue muere sin dejar parientes hasta determinado grado (según el proyecto que ahora cursa hasta el cuarto grado), el Municipio respectivo es el heredero. ¿Cómo hace hoy la entidad municipal para saber, por más acuciosa que ella sea, que ha muerto un individuo sin dejar parientes que le sucedan y que por tanto ella hereda? Hasta hoy no puede tener dato alguno al respecto. Indudablemente esto se modificará en parte, mediante las disposiciones consagradas en otro proyecto del señor Ministro de Hacienda, siempre que dicho proyecto sea ley de la República. Casos como el que trae el ejemplo citado no son raros, y es por esto que insistimos en que las disposiciones sobre denuncio de bienes ocultos que trae nuestro Código Fiscal no deben suprimirse, sino modificarse para evitar y corregir los inconvenientes que atrás dejamos apuntados. Dentro de estas ideas está muy bien el proyecto que viene del Senado. En efecto: en el artículo 2º de dicho proyecto queda prohibido para la Nación, los Departamentos y los Municipios celebrar contratos sobre denuncio de bienes ocultos que tengan por objeto recuperar bienes que estén en poder de las entidades de derecho público o de las empresas de carácter oficial.

Con esta disposición se suprime uno de los defectos que habíamos anotado al sistema anterior del Código. Con el artículo 3º del proyecto se establece un porcentaje equitativo para el denunciante y que evita así que queden en manos de éste cantidades fabulosas, como ha anotado el señor Ministro. Y por último, el artículo 4º del proyecto da una mayor intervención al Ministerio Público dejando al denunciante cuando así convenga a los intereses de la respectiva entidad como simple coadyuvante en la acción'.

"Ni se arguye que con esta interpretación 'se llegaría al extremo de que derechos patrimoniales surgidos para el Estado por el medio jurídico de actos o contratos, no podrían nunca ser materia apta para una denuncia de un bien oculto, porque tales actos implican la presunción de ser conocidos de todos y de modo particular de quienes los profieren', por la sencilla razón de que una cosa es el conocimiento de ciertos actos o contratos desde el punto de vista objetivo o formal y otra el conocimiento de determinadas circunstancias, vicios o irregularidades en los mismos, que modifiquen el concepto sobre el presunto titular del derecho, conocimiento este último que es inseparable de la noción de bien oculto y de las características legales para tomarlo como tal".

Y después de estudiar objetivamente si los bienes denunciados tenían o no la calidad de ocultos, se expresó:

"En concepto del Consejo no tienen, pues, los bienes denunciados ninguna de las características que los hacen ocultos, por lo cual la Resolución del Gobierno es jurídica y debe confirmarse", por lo cual negó las súplicas de la demanda.

Los Consejeros Ramón Miranda y Carlos Rivadeneira, como "Salvamento de voto" insertaron... el proyecto elaborado por el Sustanciador, doctor Miranda, el cual no obtuvo los votos de la mayoría del Consejo.

Y en este "salvamento" razonaron en contra los nombrados Consejeros así:

"El nuevo Código Fiscal, que entró a regir el 1º de abril de 1912, introdujo algunas reformas de carácter adjetivo a la legislación anterior, pero conservó el texto exacto de la definición de bienes ocultos, ya transcrita. A propósito de ella dice el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, uno de los autores del proyecto que sirvió de base al Código actual:

" 'La definición que de **bienes ocultos** se da en este texto, es la misma del viejo Código la cual se modificó en el segundo proyecto en el sentido de que se consideren tales **no solo** los bienes que materialmente están ocultos sino otros derechos, como créditos, cuyo carácter de propiedad nacional se haya hecho oscuro por incuria de las autoridades o por actos de maliciosa usurpación. La supresión que del adverbio solo hizo el Congreso fue a todas luces inconveniente, pues si el artículo antiguo admitía interpretación, el nuevo no la admite en vista de la insistencia del legislador y debe considerarse por tanto que un bien nacional que esté **oculto** materialmente, no es oculto'.

"La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el texto de 1912 ha sido unánime en sostener que lo que caracteriza un bien oculto, lo que lo integra y distingue esencialmente es el hecho de que por circunstancias

especiales hubiera sobrevenido obscuridad en su carácter primitivo de propiedad nacional.

"Ha dicho el Consejo: 'De esta definición se desprende lógica y legalmente que la esencia del bien oculto está en que se haga oscuro su carácter de propiedad nacional. Sin existir esta condición, sin cumplirse ese requisito no puede considerarse que haya bien oculto'. 'Cuando la ley habla de actos de maliciosa usurpación, incuria de las autoridades u otra causa semejante, indica y señala, por vía de ejemplo algunas de las circunstancias que pueden contribuír a hacer oscuro el carácter primitivo de propiedad nacional que tenga el bien. Mas no quiere esto decir que siempre que concurra en relación con un bien público incuria por parte de las autoridades, para reclamarlo oportuna y eficazmente, ese abandono y ese descuido constituyan por sí solos un bien oculto, si por otra parte son claros y conocidos los derechos del Estado". Esta jurisprudencia contenida en sentencia de fecha 1º de septiembre de 1919 ha sido insistentemente mantenida en fallos de fecha posterior.

"La Ley 27 de 1935, actualmente vigente, introdujo una reforma sustancial de los bienes ocultos, criticada por muchos juristas como contraria a los verdaderos intereses públicos y como causa de especulaciones indebidas. El mismo Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda propuso a las Cámaras la derogatoria del capítulo correspondiente del Código Fiscal que trata sobre la materia. Sin embargo, no estimó el Congreso prudente la eliminación total de aquel estatuto, y se inclinó por la adopción de una serie de modificaciones a los anteriores textos legales. Estas reformas concretadas en la Ley 27 del citado año de 1935, versan especialmente sobre la noción de bien oculto, sobre reducción de la participación al denunciante, y sobre la prohibición de reclamar como ocultos bienes que se encuentran en poder de entidades de derecho público o de empresas de carácter oficial.

"El concepto de bien oculto lo definió aquella Ley en la forma siguiente:

" 'Artículo 1º—Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios, y pueden denunciarse como tales, aquellos que además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, estén en condiciones tales, que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los Departamentos, o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio'.

"Del contenido de esta disposición surgen como elementos esenciales constitutivas del bien oculto, los siguientes: a) Abandono material de un bien por la entidad pública dueña de él; b) Que el carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro, lo que vale decir controvertido o litigioso; c) Que su reincorporación al patrimonio público no pueda obtenerse sino mediante los recursos y acciones judiciales.

"Solo cuando se reúnan los tres elementos enunciados, aparece la figura jurídica del bien oculto, de conformidad con la expresión legislativa preinserta. De donde se desprende que si no concurren estos tres elemen-

tos, o falta alguno de ellos, el bien oculto no existe legalmente. Así, si la cosa está abandonada materialmente, pero el título de propiedad que sobre ella tiene el Estado aparece claro e indiscutible, no puede considerarse bien oculto por más que el Estado haya dejado de ejercer actualmente acto de dominio sobre él o esté ejerciendo un tercero dichos actos a nombre propio. Solo cuando al abandono material se reúne al segundo elemento o sea, más claramente expresado el concepto, cuando a causa de haber sido abandonado el bien por la entidad pública que es su dueño, lo detente un tercero, alegando que también le pertenece, puede decirse que se ha hecho oscuro, controvertido o litigioso su carácter originario de propiedad pública. Pero, aún así, no se ha conformado jurídicamente todavía el bien oculto denunciable; porque si el tercero que lo detenta se allana a la restitución que el Estado le exija, o si éste tiene a su alcance un medio de reincorporarlo a su patrimonio sin necesidad de ocurrir a la vía jurisdiccional en acción contra el detentador, obvio es que falta el tercero y último elemento esencial que distingue y conforma un bien de aquella naturaleza. De ahí que la ley exija que en el contrato, cuya celebración debe proceder a la denuncia y que tiene por objeto asegurar la participación del denunciante, deberá pactarse precisamente que hecho el denuncio y practicadas las pruebas del caso dentro del término que se fije, el Ministerio entrará a resolver si en su concepto el bien denunciado es o no oculto, y si la acción o acciones indicadas por el interesado son o no procedentes, previo dictamen del Procurador General de la Nación.

"Ahora, ¿cuál es el criterio que debe determinar el concepto del Ministro respecto del punto concreto de si un bien es o no oculto? No existe, no puede existir criterio distinto del expresado por el mismo legislador en la disposición que se analiza; abandono material del bien, oscuridad en su título y necesidad de intentar recursos en juicio para obtener su reincorporación al patrimonio público. En tal sentido, los dos últimos elementos constitutivos se complementan, pues no es cualquier vicio o defecto en su título el que puede inclinar al Ministerio a conceptuar que se trata de un bien oculto denunciable; más que esto, debe existir una oscuridad de tal índole en el carácter originario del bien que obligue al Estado a ejercitar acciones en juicio para obtener el cobro de aquel bien y su retorno a la Hacienda Pública.

"En el oficio por medio del cual el señor abogado consultor remitió al señor Presidente de la República el proyecto que fue base de la Ley 27 en cita, se expusieron por su autor los siguientes conceptos que fijan con toda nitidez el objeto y alcance de la reforma. Dice así:

" 'Dicho proyecto se inspira en el propósito que usted se sirvió manifestarme de acabar con la corruptela de denunciar como ocultos los bienes del Estado que se encuentren simplemente abandonados por incuria de los empleados encargados de velar por su manejo o conservación. Ahora se exige que el carácter de propiedad nacional se haya hecho litigioso hasta el punto de necesitarse ejercer acciones judiciales para que el bien vuelva al patrimonio efectivo del Estado'.

"Dentro de este orden de ideas, que supone únicamente la coexistencia de los tres elementos mencionados como esenciales en la estructuración

del bien oculto denunciable, no tiene cabida la exigencia de un cuarto elemento hecho presente en la Resolución del Ministerio de Hacienda: el desconocimiento o ignorancia por parte de la Administración respecto de la existencia del bien denunciado como oculto. Esta última circunstancia —opina el Consejo— es indiferente para apreciar si a un determinado bien debe considerársele o no entre los comprendidos con el carácter de ocultos y susceptible, por tanto, de ser denunciado como tal. Esta opinión, se funda principalmente en el hecho de que la ley no menciona en parte alguna aquella circunstancia, ya que al fijar la noción de bien oculto tuvo en cuenta factores de índole bien distinta. En efecto, la norma vigente, a diferencia de las anteriores ya mencionadas, no hace referencia al hecho de que el bien está oculto o no, pues el empleo de este vocablo talvez podría inducir a dudas respecto al problema de interpretación suscitado por el Despacho de Hacienda. Mas, la eliminación de aquel término en la Ley 27 precisamente lleva derechamente a la conclusión de que la circunstancia de ser o no conocidos por los funcionarios del Estado los hechos o situaciones especiales en que se afirma la existencia del bien no le despojan de su carácter de oculto, si por otra parte se encuentran reunidos los tres requisitos esenciales que la misma ley ha previsto como constitutivos de bienes de aquella especie.

"La disposición actual establece que son bienes ocultos denunciables aquellos que además de estar simplemente abandonados, en forma material, su carácter de propiedad pública se haya hecho de tal manera oscuro que para que se les pueda incorporar al dominio del Estado precisa el ejercicio de acciones judiciales. Esto, y no más que esto ha dispuesto la ley por modo expreso.

"Ahora bien: no implica el abandono de un bien por su dueño que sea **ignorado** o **desconocido** del mismo. No es ese el sentido de aquel vocablo en su acepción corriente. Y en lenguaje jurídico se entiende por abandono el acto de despojarse de una cosa con ánimo de renunciar a su dominio **(animus derelinquendi)**; y la propiedad se pierde inmediatamente a la actuación de este **animus** rechazando la cosa y separándose de ella definitivamente. De Ruggiero, Institiones de Derecho Civil). Y a propósito de cosas **abandonadas (Res derelictae)** susceptibles de apropiación por la invención o hallazgo —especie de ocupación— el Código Civil (artículo 669) dice textualmente: 'Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante'.

"De suerte, por tanto, que el abandono de un bien en cualquier sentido o acepción que se le tome, no es equivalente de desconocimiento o ignorancia del mismo o de circunstancias peculiares de derecho en que se encuentre sino, por el contrario, ánimo manifiesto de desprenderse de su dominio (o, por lo menos, voluntad indiferente hacia lo que con él se relaciona). Surge de aquí, como consecuencia inevitable, que cuandoquiera que un bien, sobre el cual tiene el Estado u otra persona administrativa un derecho de propiedad, no ha ingresado al respectivo patrimonio, o, habiendo formado alguna vez parte de él no se ejercen por las correspondientes entidades actos de dominio y se reconoce o tolera dominio ajeno,

puede afirmarse con certeza que tal bien está abandonado en el sentido material de que la ley habla, sea que las autoridades y funcionarios de la Administración conozcan o no su existencia.

"En el proyecto elaborado por el abogado de la Presidencia de la República, a que atrás se hizo mención, expresamente se tenía en cuenta la circunstancia de que el bien denunciado fuera desconocido o ignorado por los agentes públicos encargados de su guarda o conservación; en forma tal que si se hubiera adoptado aquella fórmula, no habría duda acerca de la juridicidad de la tesis propugnada por el Ministerio de Hacienda en la Resolución demandada. Se decía así en el proyecto:

" 'Artículo 1º—Para que los bienes del Estado puedan declararse ocultos y denunciarse conforme a las disposiciones del capítulo 4º del título 1º del Código Fiscal, no basta que dichos bienes estén simplemente abandonados en un sentido material, **o que el dominio del Estado se ignore por las autoridades,** sea por acto de maliciosa usurpación, por incuria de los empleados encargados de velar por su manejo o conservación o por otra causa semejante, sino que es menester que su carácter primitivo de propiedad nacional se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio del Estado haya necesidad de ejercer acciones en juicio'.

"Más, no habiendo el legislador de 1935 incorporado aquella expresión en el texto definitivo de la Ley 27, forzosamente hay que concluír que la circunstancia de que el dominio del Estado se ignore por las autoridades no es característica en la estructuración jurídica de la mentada clase de bienes.

"Reafirma esta opinión del Consejo no solo los antecedentes de la institución que quedan relacionados, sino también la consideración de que los bienes denunciados como ocultos por los particulares pueden consistir en cosas **materiales o inmateriales** (derechos). En cuanto a los bienes de la última clase, es elemental que no pueden surgir sino de actos emitidos por los organismos del Estado —actos legales o administrativos— o de contratos celebrados en la forma prevista en las leyes. Pero en uno u otro caso, las relaciones que se forman y los consiguientes derechos que de ellas emanan en favor del Estado, y que constituyen bienes patrimoniales de éste, aparecen y se mantienen en forma pública, pues los actos legales y administrativos, así como los contratos deben ser proferidos y concluídos mediante formas solemnes, públicas por su naturaleza. Por manera que si fuera jurídica la tesis del Ministerio de Hacienda se llegaría al extremo de que derechos patrimoniales surgidos para el Estado por el medio jurídico de actos o contratos no podrían nunca ser materia apta para una denuncia de bien oculto, porque tales actos implican la presunción de ser conocidos de todos, y de modo particular de quienes los profieren o intervienen en sn formación. No sobra agregar que la jurisprudencia administrativa, interpretando rectamente las disposiciones de la ley ha admitido, de manera invariable, que pueden denunciarse como ocultos bienes que se hacen consistir en derechos expresados y contenidos en leyes, actuaciones administrativas o contratos escriturarios.

"Menos exacto es el argumento que para sustentar su decisión invoca

el Ministerio, respecto a que la participación que concede la ley al denunciante de bienes ocultos tiene por objeto retribuír el **descubrimiento** de la cosa ignorada por los funcionarios de la administración. No es ésta la opinión del Consejo, entidad que estima que aquella retribución tiene por objeto único compensar el trabajo del denunciante mediante las acciones judiciales que está obligado a establecer y adelantar hasta conseguir la reincorporación al patrimonio común de las cosas o derechos en que se concreta el bien oculto. Tanto es así, que la misma ley prevé el evento de que la administración estime que el bien denunciado tiene en realidad el carácter de oculto, pero que las acciones propuestas por el interesado no son las procedentes para obtener el restablecimiento del derecho en favor del Estado, circunstancia en la cual el denunciante no tiene retribución ninguna.

"Por último, teniendo la institución de bienes ocultos, entre otras finalidades la de asociar el interés particular al público en la defensa y conservación de la integridad patrimonio del Estado y las demás entidades administrativas, resulta evidente que cuando las autoridades públicas, a quienes en primer término compete esta función, se muestran remisas o descuidadas en su cumplimiento, la acción particular puede suplirla, según lo ha querido la ley. El Consejo ha dicho, en sentencia del 22 de febrero de 1924:

" 'Si, pues, se declara que unos bienes determinados no son hoy de la Nación, que ellos pertenecen a terceras personas en virtud de tales o de cuales títulos, que deben respetarse; si esos bienes no integran el patrimonio de la Nación; y si de este modo el derecho de dominio o el título que respecto de ellos tenga el Estado, no solo se ha hecho oscuro sino que se declara en forma categórica que no existe, salta a la vista la deducción lógica de que si llegara a demostrarse que los bienes de que se trata pertenecen a la Nación, necesariamente deben reputarse ocultos, ya que por diversas causas se había hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional'.

"En síntesis: desde que las mismas autoridades encargadas de la guarda y administración de los bienes del Estado declaran por conducto de sus órganos correspondientes que los bienes denunciados como ocultos **no pertenecen a la Nación;** si un denunciante asegura que **sí lo son,** esas mismas autoridades no podrán rechazar de plano el denuncio encaminado a demostrar que los bienes que el Estado reputa ajenos son bienes ocultos de propiedad nacional; tanto más cuanto que las autoridades administrativas carecen de la facultad de decidir nada sobre el dominio o propiedad de los bienes, correspondiendo esta función al Poder Judicial exclusivamente".

"Como conclusión de esta parte de la sentencia, y no aceptando el Consejo la decisión del Ministerio de Hacienda, entidad que se abstuvo de estudiar el fondo del negocio por estimar que conociendo aquel despacho las situaciones y derechos en las cuales se hacen consistir el presente denuncio de bienes, habrá de anularse la Resolución demandada y, como

consecuencia, entrar a resolver, conforme lo dispone la ley, si de la denuncia formulada por el doctor Pareja resulta o no la existencia de bienes que puedan reputarse ocultos, según las doctrinas hasta aquí expuestas en la interpretación del mandato obligatorio de la Ley 27 de 1935", "salvamento de voto", según se expuso antes, que terminó de la manera siguiente:

"En consecuencia, aparecen así reunidos los elementos constitutivos del bien oculto, según la Ley y, por consiguiente, puede la iniciativa particular suplir la acción oficial con el objeto de recobrar para el Estado los derechos respectivos, mediante el ejercicio de las acciones competentes.

"A juicio del Consejo se han reunido las condiciones de la Ley 27 de 1935 y del Decreto Reglamentario número 2963 de 5 de diciembre de 1936, especialmente el contenido en el ordinal a) del artículo 7º que impone al denunciante la obligación de manifestar en qué consiste el bien denunciado describiéndolo por su ubicación y linderos si fuere raíz "o determinándolo claramente si no lo fuere, de suerte que se individualice puntualmente". En el presente caso esta exigencia legal se ha cumplido íntegramente, pues el denunciante hace consistir el bien denunciado en el derecho que tiene el Estado colombiano a que se le restituya el 14 de junio de 1946 y no el 25 de agosto de 1951 la concesión petrolífera de que actualmente disfruta la empresa extranjera denominada Tropical Oil Company".

Conocido el concepto del señor Fiscal Segundo del Consejo, doctor Domínguez, y los antecedentes ilustrativos que se han transcrito, se copian a continuación los actos acusados por el señor Delgado Morales:

"RESOLUCION NUMERO 1 DE 1958

(Julio 22)

"por la cual se dictamina sobre la calidad de oculto (sic) de unos bienes denunciados como tales por el doctor Carlos Delgado Morales, en representación del señor Jorge A. Ruiz Quijano.

"LA JUNTA DE HACIENDA DE CUNDINAMARCA,

"en uso de las atribuciones especiales que le confiere el Código Fiscal de Cundinamarca, y

"CONSIDERANDO:

"Que el estudio del negocio a que se contrae esta providencia se ha circunscrito sustancialmente a la calificación de las pruebas que acreditan o puedan acreditar la existencia del bien denunciado como oculto; mas parece pertinente que el caso se examine a la luz de lo dispuesto por el artículo 59 del Código Fiscal de Cundinamarca, según el cual "no son bienes ocultos del Departamento los créditos a favor de éste provenientes de impuesto, contribuciones, multas, indemnizaciones y participaciones en las rentas nacionales o municipales, susceptibles de ingresar al patrimonio departamental, por simples procedimientos, gestiones o providencias de orden administrativo".

"Es esta, a juicio de la Junta, una disposición que define en forma bastante clara la cuestión que aquí se estudia. El dilema parece sencillo: ¿existe o no existe el impuesto o los impuestos que como bienes ocultos se han denunciado? Y, si existen, son o no son susceptibles de ingresar al patrimonio del Departamento por procedimiento, gestiones o providencias de orden administrativo? Si las respuestas a estos dos interrogantes son afirmativas, no podrán reputarse como bienes ocultos los denunciados. Y si son negativas, no serán bienes de ninguna clase, es decir, no tendrán existencia alguna.

"A esta argumentación podría argüírse: sí existen tales impuestos, pero no son susceptibles de ingresar al Tesoro Departamental mediante diligencias o actos de carácter administrativo. El mismo denunciante en su exposición de 12 de febrero de 1953, al indicar las acciones legales conducentes para la efectividad del derecho que asiste al Departamento define este punto así:

" 'Las gestiones encaminadas a recuperar el bien oculto que he dejado determinado, o sea para hacer ingresar al Tesoro del Departamento de Cundinamarca las sumas dejadas de percibir hasta ahora por concepto de los referidos impuestos, las enuncio así:

" 'Por la oficina departamental correspondiente se realizarán las operaciones administrativas de verificación y liquidación definitiva de los impuestos no percibidos durante los años a que el denuncio se refiere y, como consecuencia, se librará a favor del Departamento y a cargo de las Empresas deudoras la respectiva cuenta de cobro. Si no bastare el trámite administrativo para obtener el pago de los tributos debidos por las tantas veces mencionadas Empresas, se ocurrirá por las autoridades departamentales competentes al procedimiento por jurisdicción coactiva...". Lo que quiere decir que el denunciante juzga que los bienes —o sea los impuestos no percibidos— sí son susceptibles de ingresar al patrimonio departamental por simples gestiones o providencias de orden administrativo.

"Como consideración de orden general quizás no sea impertinente hacer notar las serias perturbaciones de orden administrativo y de orden moral que acarrearía la aceptación de esta clase de denuncios en materia tributaria,

"RESUELVE:

"**Artículo primero.**—El bien denunciado por el doctor Carlos Delgado Morales, en su condición de apoderado del señor Jorge A. Ruiz Quijano, a que se refiere esta actuación, en caso de existir, no tendría la calidad de oculto.

"**Artículo segundo.**—Contra esta providencia es procedente el recurso ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

"Notifíquese en la forma prevista en los artículos 74 y 75 de la Ley 167 de 1941. (Código Contencioso Administrativo) y cúmplase".

No obstante que la pretranscrita Resolución cerraba la vía gubernativa, puesto que fuera de ser el producto de un recurso de reposición el artículo segundo de ella expresamente exponía que en su contra lo que

procedía era recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin embargo, el abogado Delgado Morales propuso un nuevo recurso de reposición que no fue desechado por extemporáneo —talvez por cuanto la providencia recurrida contenía puntos nuevos, y sustituía totalmente a aquella, según se ha conocido ahora—, sino tramitado, aunque de modo igualmente adverso, formándose por ello el segundo de los actos acusados que es del siguiente tenor:

"RESOLUCION NUMERO 2 DE 1958

"(Septiembre 2)

"sobre bienes ocultos".

"LA JUNTA DE HACIENDA DE CUNDIMARMACA,
"en uso de las atribuciones que le confiere el Código Fiscal de Cundinamarca, y

"CONSIDERANDO:

"1º—Que el doctor Carlos Delgado Morales como apoderado del señor Jorge Ruiz Quijano, en escrito presentado el 5 de agosto del año en curso, solicita de esta Corporación la reposición de la Resolución número 1 expedida con fecha 22 de julio último.

"2º—Que la razón de fondo aducida por el peticionario en apoyo de su solicitud se basa en el hecho de que el artículo 59 del actual Código Fiscal de Cundinamarca —invocado por esta Junta en la providencia aludida— es análogo al parágrafo del artículo 1º del Decreto 2963 de 1936, reglamentario de la Ley 27 de 1935, y al artículo 36 de la Ordenanza 58 de 1942 expedida por la Asamblea de Santander; el primero de los cuales, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, y el segundo, declarado nulo por el Consejo de Estado.

"3º—Que a juicio de la Junta de Hacienda no es aceptable el razonamiento de que trata el considerando anterior, por cuanto las disposiciones consignadas en el Código Fiscal de Cundinamarca, al igual de las contempladas en todas las ordenanzas debidamente expedidas por la Asamblea del Departamento, son de obligatorio cumplimiento mientras no sean expresamente y nominalmente anuladas o suspendidas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 192 de la Constitución Nacional que corresponde al artículo 85 del Acto Legislativo número 1º de 1945,

"RESUELVE:

"**Artículo 1º** — Confírmase la Resolución número 1 de 22 de julio de 1958.

"**Artículo 2º**—Contra esta providencia no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

"Notifíquese y cúmplase".

En la audiencia pública celebrada el 15 de diciembre de 1959, conocida ya por el abogado Delgado Morales la posición adoptada por el señor Fiscal Segundo del Consejo, atacándola, aparece en el "Acta" de la audiencia que dijo, en parte:

"Después de larga demora, la Junta de Hacienda se pronunció en el sentido de conceptuar "no probada la existencia de los bienes ocultos denunciados por el doctor Carlos Delgado Morales, en su condición de apoderado del señor Jorge Ruiz Quijano". Contra esta resolución interpuse el recurso de reposición, el cual se abstuvieron de considerar, hasta que pasados cuatro años, lo resolvieron sin rebatir mis argumentos y sin hacer alusión al recurso, en la siguiente forma: El bien denunciado por mí, no era oculto, en caso de que existiera, por cuanto el parágrafo del artículo 59 de la Ordenanza número 36 de 1939, privaba de ese carácter a los bienes que denuncié —sin caer en cuenta que tal parágrafo había sido declarado inexequible por la Corte Suprema—. Pero sin embargo, de que había sido declarado inexequible, presenté demanda al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitando la declaratoria de nulidad de ese parágrafo, lo cual hizo el Tribunal en sentencia de 20 de marzo del corriente año y que me permito leer. Una vez que hubo leído la sentencia, el doctor Delgado M., manifestó que deseaba hacer conocer del Consejo, uno de sus conceptos y que aparece coadyubado por el señor Procurador del Departamento, en el cual declara que es bien oculto el que yo denuncié. Se lee al efecto, por la Secretaría el mencionado proyecto. En una de las actas que aparecen en el expediente —dice el doctor Delgado M.— el señor Administrador de Rentas dice que él había conceptuado, que el bien era oculto, pero que pasado tanto tiempo desde entonces parece que ya ha dejado de ser oculto. Argumento inaceptable, pues no se puede decir, que denunciar equivale a que los bienes dejen de ser ocultos. El argumento potísimo de la fiscalía —dice el señor apoderado— de que de acuerdo con el parágrafo del artículo 59 de la Ordenanza número 36 de 1939, los impuestos no son bienes ocultos, no tiene importancia para mí, porque él fue declarado inexequible por la Corte y nulo por el Consejo de Estado y por otra parte, el Consejo tiene amplia facultad para declarar si un bien es oculto o no. ¿Cuál es la definición de bien oculto? Es muy clara, el artículo 1º de la Ley 27 de 1935 dice que son bienes ocultos "aquellos que además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, estén en condiciones tales, que su caráter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio". Los bienes ocultos en este caso denunciados son: 1º Los impuestos dejados de percibir por concepto del 5% sobre ventas de cervezas producidas y despachadas por varias fábricas de Barranquilla, desde el año de 1943 hasta la fecha de su liquidación, y 2º Los impuestos dejados de percibir por concepto de consumo interno realizado dentro de las fábricas y que pudiéramos llamar de regalías. Está bien que las empresas cerveceras regalen la cerveza, pero no pueden hacer lo mismo con el impuesto, porque ello es un fraude a las

rentas. Pero se preguntará: ¿por qué ese impuesto no ha sido cobrado si el Departamento sabe que existe? Pues, sencillamente, porque el Departamento ignoraba este procedimiento para burlar el fisco; y tan cierto es, que presentada la denuncia se procedió a cobrar el impuesto. Luego, con ello se demuestra que era un bien abandonado, condición que requiere la ley. Dice el Fiscal, que si declara bien oculto estos impuestos dejados de cobrar, se sentaría un precedente funesto, pues la negligencia de los funcionarios recaudadores daría lugar a solicitudes de declaratoria de bienes ocultos; pero en este caso no es negligencia de dichos funcionarios, por la sencilla razón de que es un bien oscuro para cuyo cobro, se necesita iniciar acciones, como nosotros lo hicimos por la vía ejecutiva, sin haber logrado la cristalización del pago. De manera que es difícil que estas empresas se allanen a pagar el impuesto voluntariatamente. Termina el señor doctor Delgado M., sosteniendo que la ley no dice sino "además de estar simplemente abandonados" y que no sean desconocidos".

El señor Fiscal Segundo del Consejo terminó su segunda exposición en la audiencia pública, según da fe el Acta, así:

"¿Qué efectos produce la sentencia del Tribunal? Ninguno, pues supongamos se acuse el nombramiento de un juez y el Consejo de Estado resuelva declarar la nulidad de él, pero, sin embargo, las providencias tomadas por ese juez no pueden ser nulas. Por ello considero, que las Resoluciones no podrían atacarse por la existencia de una sentencia que lleva fecha posterior a la iniciación de la iniciada (sic) ante el Consejo. Lo único que hubiera podido hacer el doctor Delgado, era proponer la excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad de la Ordenanza".

Como es lógico comprender, el Dr. Delgado Morales, aunque no lo ha dicho y pedido en términos más concretos, lo que ha propuesto en el fondo es la vía gubernativa para invalidar los actos acusados, es, no la "excepción de inconstitucionalidad" de que trata el artículo 215 de la Carta, pero sí la "excepción de ilegalidad" que dentro de nuestro derecho positivo puede estimarse consagrada por el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, al preceptuar:

"El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior.

"El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del gobernador y las órdenes de los superiores.

"..... ....

"Si el conflicto es entre las leyes u ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la del de mayor categoría", recurso sobre el que el tratadista Bielsa expone:

"1178-bis.—Excepción de ilegalidad.—Al tratar de los modos de extinción del acto administrativo, y especialmente de la anulación, dijimos que si bien el recurso directo (de exceso de poder) debía promoverse en un término dado (en general muy breve, de meses), vencido este término

podía, no obstante, impugnarse la validez del reglamento o la decisión ilegal, por la **excepción de ilegalidad,** y que está excepción puede oponerse en cualquier tiempo, por aplicación de la regla **Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.**

"Las disposiciones legales que imperan en la esfera administrativa son, por principio, de orden público y su transgresión entraña la nulidad del acto. Según sea la gravedad de la transgresión y la función de la norma violada, el vicio que afecta el acto hará que éste sea **nulo,** o, en su caso, anulable. El criterio de la distinción es semejante en derecho público al que domina en derecho privado; decimos semejante, pero no igual, pues hay diferencias esenciales, que hemos señalado.... Pero en el derecho público el motivo de esta distinción debe establecerse expresamente en la ley, pues la regla general es la de que el acto administrativo es nulo siempre que viola la ley, sea en punto a competencia, forma o fondo. Este concepto se explica por tratarse de leyes de orden púbdico, como ya dijimos...".

"La excepción de ilegalidad se opone, en juicio contencioso, a los actos que se fundan en una decisión administrativa contraria a la ley, por la misma razón jurídica que funda el recurso directo de exceso de poder".

"..... ....

"Así como el imperio de la Constitución está sobre el de la ley, así también el imperio de la ley está sobre las decisiones administrativas...".

"Existe una diferencia entre el **recurso** y **el régimen de declaración** de inconstitucionalidad RESPECTO de una ley, porque ésta no puede impugnarse por su sola sanción o emanación, sino cuando se la aplica, porque es entonces cuando se lesiona el derecho o la garantía constitucional.

"Y así como la excepción de ilegalidad de un acto administrativo puede oponerse ante cualquier juez, es decir, civil, penal, etc., y no solo contencioso administrativo (sic), así también el vicio de inconstitucionalidad de una ley puede argüirse ante cualquier tribunal y jurisdicción; la razón jurídica es la misma, pues la ley inconstitucional no puede obligar, como tampoco obliga el acto administrativo ilegal. Y cuando decimos no puede obligar, nos referimos tanto al juez, o tribunal, que debe aplicar en primer término la norma positiva superior, como a los administrados o habitantes, ya que los derechos y garantías de estos están protegidos por un sistema de normas en las cuales tienen prioridad las constitucionales sobre las legales, y las legales sobre las reglamentarias (en el sentido de administrativas) o las especiales (decisiones administrativas particulares).

"Siendo así se explica que el transcurso del tiempo no convalide a la norma ilegal.

"Otra consecuencia importante es que la decisión por la que se declara inconstitucional a una ley, o ilegal un reglamento, etc., solo tiene efecto **inter partes,** o sea, en el caso juzgado, ya que esa declaración no puede hacerse por vía general.

"..... ....

En nuestra opinión, la excepción de ilegalidad debe admitirse siempre que no haya cosa juzgada **sobre la validez** del acto primero, y que la cues-

tión no haya sido resuelta **netamente** respecto de la segunda situación, o sea, que motiva la excepción.

"

"Según las precedentes explicaciones pueden formularse estas reglas:

"1º—La excepción de ilegalidad (o ilegitimidad) es el medio de enervar la ejecución de actos administrativos o intereses protegidos por normas ilegales.

"2º—Esta excepción puede oponerse en cualquier tiempo, lo mismo que la de inconstitucionalidad, pues se aplica la regla según la cual las normas generales viciadas no se convalidan con el tiempo, y si no pueden atacarse por acción, pueden enervarse en el caso en litigio por excepción (Quae temporalia sunt ad agendum perpaetua sunt ad exciiendum)".

La excepción de ilegalidad que como antes se dijo, se considera propuesta —si no con palabras sacramentales, sí en el fondo— por el señor doctor Delgado Morales, consiste en que la Resolución número 1 de 22 de julio de 1958, para llegar a la conclusión de que

"El bien denunciado por el doctor Carlos Delgado Morales, en su condición de apoderado del señor Jorge A. Ruiz Quijano, a que se refiere esta actuación, en caso de existir, no tendría la calidad de oculto",

se basó única y exclusivamente en lo que para esa fecha disponía el artículo 59 del Código Fiscal de Cundinamarca, a saber:

"No son bienes ocultos del Departamento los créditos a favor de éste provenientes de impuestos, contribuciones, multas, indemnizaciones y participaciones en las rentas nacionales o municipales, susceptibles de ingresar al patrimonio departamental, por simples procedimientos, gestiones o providencias de orden administrativo",

disposición ordenanzal que el señor apoderado del actor estima violadora del artículo primero de la Ley 27 de 1935 que reza:

"Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios, y pueden denunciarse como tales, aquellos que, además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, estén en condiciones tales, que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio",

en primer lugar por cuanto este precepto legal no hace distingos de ninguna naturaleza, y en segundo lugar, por ser una reproducción fiel y exacta del parágrafo único del artículo primero del Decreto Ejecutivo número 2963 de diciembre 5 de 1936, "por el cual se reglamenta el procedimiento administrativo en el denuncio de bienes ocultos del Estado" decreto que en la práctica viene a ser el reglamentario de la Ley 72 de 1935, y parágrafo que tenía la siguiente forma:

"Parágrafo. — En consecuencia, carecen del carácter legal de bienes ocultos, los créditos del Estado, de los Departamentos o de los Municipios provenientes de impuestos, contribuciones o multas, indemnizaciones, susceptibles de ingresar al patrimonio de aquellas entidades por simples procedimientos o gestiones administrativas".

Y se dice "tenía la siguiente forma" por cuanto fue declarado **inexequible** por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de septiembre de 1938, de la cual fue ponente el insigne jurista señor doctor Ricardo Hinestrosa Daza, en la que puede leerse:

"Otro tanto se impone observar en lo atañedero al parágrafo atrás copiado. En verdad que por punto general, de las indemnizaciones, multas, etc., obran o deben obrar datos visibles en las respectivas oficinas y que de ellos debe tener noticia el respectivo funcionario, a veces muchos funcionarios, lo que debe bastar para se cumpla la obligación de proveer a hacerlas efectivas. Y es verdad así mismo que, como el señor Procurador General lo advierte, la exclusión que el Decreto hace de esta clase de bienes en su parágrafo transcrito evita el peligro de que empleados inescrupulosos se abstengan de cobrar o de liquidar o liquiden deficientemente con ánimo deliberado de aprovechar esta maniobra más tarde denunciando por sí mismos o por interpuesta persona para salvar apariencias el crédito respectivo como un bien oculto. Es de suponer que éstas y análogas consideraciones de orden moral condujeron a las restricciones del Decreto que se estudia.

"Pero no es menos cierto qua le ley no las formula ni contiene y que su redacción impide interpretarla tal que esas restricciones y exclusiones decretales pudieran acogerse como desarrollo y complemento reglamentario de la misma.

"Errores de buena fe, descuidos y otros motivos de esta clase, distintos por lo mismo de los ilícitos a que se acaba de aludir, pueden por otra parte determinar el igual resultado de haberse dejado de proveer a la efectividad de una multa, **de haberse dejado de liquidar un impuesto, de haberse hecho la liquidación deficientemente**; (subraya ahora la Sala), de otro lado, los interesados mismos pueden, distraída o intencionadamente, ocultar bienes, atribuírles calidades o precios inferiores a los verdaderos o, en general, de diversos modos esquivar total o parcialmente un pago bajo la apariencia de haberlo hecho completo o de no tener que hacerlo. En unos y otros casos, para los cuales lo excepcional sería que la efectividad del derecho de la respectiva entidad pública requiriese juicio civil, es visible la conveniencia y hasta pudiera decirse la necesidad de que la voz de un particular conocedor de las intimidades de la respectiva maniobra o suceso acuda a poner a aquella al tanto. Las reflexiones expuestas ya sobre la deficiencia del espíritu público de los ciudadanos para moverlos por sí sólo (sic), indican lo justificado del halago de una participación en el provecho, es decir, **la conveniencia de no poner CIERTOS ESCOLLOS a la posibilidad de denunciar tales créditos como bienes ocultos**" (se subraya).

"Así, pues, al consultarse y pesarse las conveniencias o inconveniencias apuntadas, el interés de las entidades públicas, el peligro de fomentar denuncias indebidas, etc., la ley impuso determinadas condiciones para reputar oculto un bien; y el Decreto las aumentó, no estimando suficientes a ese fin ciertas acciones (administrativas, policivas, etc.), **que la ley no excluye, y excluyendo, sin que la ley lo haga, los bienes especificados en el parágrafo transcrito, los cuales pueden tener, en su caso, en cuanto**

reúnan las condiciones impuestas por el artículo 1º de la ley, la calidad de ocultos de que ésta inviste o que reconoce, según el texto claro de ese artículo, a los bienes que las llenan.

"En otras palabras: los bienes a que se refiere ese parágrafo pueden llegar a ser ocultos en reuniendo las calidades exigidas por la ley en su artículo 1º, y, por tanto, ante ella no puede decirse en la forma que lo hace el parágrafo que carecen de esa calidad legal de bienes ocultos. Y la ley en la frase final de su mismo artículo 1º permite o acepta las varias acciones aludidas, sin limitarse a la acción judicial a que el Decreto se limita excluyendo las restantes" (subrayó ahora la Sala).

Como quedó visto, la Junta Departamental de Hacienda de Cundinamarca al no aceptar los razonamientos del doctor Delgado Morales sobre la violación del artículo primero de la Ley 27 de 1935 por parte del artículo 59 del Código Fiscal de Cundinamarca, lo que el nombrado abogado hizo al interponer recurso de reposición contra la Resolución número 1 de 22 de julio de 1958, expresó en la Resolución número 2 de septiembre 2 de 1958:

"2ª—Que la razón de fondo aducida por el peticionario en apoyo de su solicitud se basa en el hecho de que el artículo 59 del actual Código Fiscal de Cundinamarca, —invocado por esta Junta en la providencia aludida— es análogo al parágrafo del artículo 1º del Decreto 2963 de 1936, reglamentario de la Ley 27 de 1935, y al artículo 36 de la Ordenanza 58 de 1952 expedida por la Asamblea de Santander; el primero de los cuales, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, y el segundo, declarado nulo por el Consejo de Estado.

"3º—Que a juicio de la Junta de Hacienda no es aceptable el razonamiento de que trata el considerando anterior, por cuanto las disposiciones consignadas en el Código Fiscal de Cundinamarca, al igual de las contempladas en todas las ordenanzas debidamente expedidas por la Asamblea del Departamento, son de obligatorio cumplimiento mientras no sean expresamente y nominalmente anuladas o suspendidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 192 de la Constitución Nacional que corresponde al artículo 85 del Acto Legislativo número 1º de 1945".

Al efecto, prescribe el artículo 192 de la Carta que acaba de ser mencionado:

"Las ordenanzas de las Asambleas y los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso-administrativo (artículo 85 del Acto Legislativo número 1 de 1945)",

ordenación constitucional que vino a sustituír al artículo 110 de la anterior codificación, el que a su vez correspondía al artículo 57 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que decía:

"Las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescriba la ley", norma, la primera, que como vigente a concatenar con los artículos 110 de la Ley 4ª de 1913, o Código de Régimen Político y Municipal, y 63 de la

Ley 167 de 1941, o Código Contencioso Administrativo que disponen, en su orden:

"Es nula toda ordenanza que sea contraria a la Constitución y a las leyes, o cuando viole derechos de particulares legalmente adquiridos";

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

"..... ....

Comentando el artículo 110 de la Constitución anterior a la enmienda de 1945, dice el tratadista de derecho constitucional Francisco de Paula Pérez en su obra "Estudios Constitucionales":

"Intimamente ligado con el punto anterior está el relativo a la validez, nulidad y aplicación de las ordenanzas y de los acuerdos cuando sus mandatos son claramente contrarios a los fundamentos constitucionales.

"La reforma de 1910 estableció estos principios:

" 'Las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescriba la ley.

" 'Los particulares agraviados por actos de las Asambleas pueden recurrir al Tribunal competente, y éste, por pronta providencia, cuando se trate de un grave perjuicio, podrá suspender el acto denunciado.

" 'Los Acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial.

" 'Los particulares agraviados por actos de los Concejos Municipales podrán ocurrir al Juez, y éste, por pronta providencia, suspenderá el acto denunciado por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad.

" 'Con el mandato expreso en los últimos artículos transcritos, que marcan, indudablemente, un avance de la autonomía departamental y municipal, se pretendió reaccionar contra lo estatuído en la carta primitiva de 1886 que facultó a los gobernadores para suspender ordenanzas y que en materia de acuerdos municipales hubo de otorgarles un campo de acción que restringía demasiado la independencia de los Concejos'.

"Pero es obvio que la finalidad perseguida en las reformas no puede interpretarse aisladamente y de manera que se preste al absurdo.

"Si la Constitución debe primar sobre la ley ordinaria, evidente es que las ordenanzas, los acuerdos y los decretos han de subordinarse, asimismo, a la norma suprema.

"Resultaría absurdo admitir que se le recortaban al Congreso prerrogativas y se le limitaba su esfera de acción, en el orden legislativo, para que Asambleas y Concejos pudieran, en cambio, ejercer con mayor amplitud facultades que son, por su naturaleza, inferiores a las de aquel.

"Respecto al caso de la pena de muerte, ya contemplado, la ley nacional en que se llegase a decretar no podría cumplirse, por ser contraria al estatuto.

"Suponiendo que Asambleas y Concejos, que pueden señalar determinadas sanciones, abusen de sus poderes y decreten penas vedadas, como la de muerte o la de confiscación, ¿se podría sostener que las ordenanzas, o los acuerdos, han de cumplirse mientras no se suspendan o se anulen por autoridad competente?

"Es pues inaceptable una interpretación que a tales consecuencia lleva por lógica severa. Más que ganar se habría perdido con la reforma.

"De ahí que la jurisprudencia de la Corte Suprema, después de expedido el Acto Legislativo número 3 de 1910, que preconiza la doctrina jurídica de que al suscitarse la pugna sobre una ordenanza inconstitucional, o ilegal, deben los funcionarios observar el orden de preferencia en esta forma: primero la Constitución, en seguida la ley y por último las ordenanzas y los acuerdos.

"Aclara este punto la distinción muy acertada que formula el doctor Miguel Moreno Jaramillo en los términos siguientes:

" 'Hay diferencia esencial entre **nulidad, suspensión,** DEROGACION E INAPLICABILIDAD de una ordenanza.

" 'Es nula una ordenanza, cuando, por sentencia del Tribunal Administrativo, se considera como no existente porque adolezca de un vicio que le impida producir sus efectos. Una ordenanza así anulada queda abolida de la legislación departamental. Está en **suspenso** una ordenanza cuando el mismo Tribunal, para cortar un perjuicio notablemente grave, manda que ella deje provisionalmente de producir sus resultados. Suspendida, continúa siendo ordenanza; no se la borra del cuerpo de disposiciones vigentes. Se **deroga** una ordenanza, no por su inobservancia y su desuso, sino porque otro acto de **igual clase** la extinga expresamente o por incompatibilidad con disposiciones departamentales posteriores, o por existir una ordenanza nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior se refiera. Se sigue el principio de que solo el que expide la ley puede derogarla. Es **inaplicable** una ordenanza cuando —sin ser anulada, ni suspendida, ni derogada— pugna contra la constitución o contra las leyes nacionales'.

" 'Decidir de modo general y firme sobre la exequibilidad de un acto legislativo, de una ley o de un decreto, es función privativa de la Corte; pero resolver en un caso especial y transitoriamente, si una ley o un decreto son aplicables, atribución es que compete al funcionario llamado a aplicar tales actos'.

"El espíritu que informa la tradición democrática de Colombia, en lo concerniente a la supremacía constitucional, viene dominando desde las primitivas constituciones generales que se dictaron".

Y el tratadista Alvaro Copete Lizarralde en sus "Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano", expresa:

"El artículo 192 de la carta dice: 'Las ordenanzas de las asambleas y los acuerdos de los concejos municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo'.

"Algunos comentaristas han querido ver en la disposición transcrita un privilegio a ordenanzas y acuerdos sobre la ley. El artículo 215, como ya sabemos, ordena que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplique aquella. Establece la supremacía constitucional por vía de excepción. Mas es claro que esta excepción no puede limitarse a las normas legales, sino que, además, se puede invocar contra normas de inferior jerarquía. Llegar a contraria solución conduciría al absurdo

de que mientras una autoridad puede negarse a cumplir una ley inconstitucional, estaría obligada a dar aplicación a normas de inferior categoría, aunque violen de manera flagrante la carta.

"Moreno Jaramillo dice, con su habitual precisión, lo siguiente: 'En lo relativo a la pugna entre una ordenanza y la Constitución, más que identidad entre aquella y la ley nacional, se destaca la superioridad jurisdiccional e intrínseca de la última sobre la primera.

" 'Si los actos del congreso sancionados por el presidente de la República deben ceder el campo a la carta fundamental, con razón muchísimo mayor tiene de ocurrir lo propio cuando el conflicto surge entre ésta y una simple ordenanza dictada por un cuerpo puramente administrativo, cuya fuerza no rebasa los límites de la localidad. Bien curioso sería que en país en donde la Constitución solo puede ser reformada por acto legislativo aprobado en dos legislaturas, pudieran las Asambleas, dictar, contra los mandatos de esa misma Constitución, providencias aplicables.' '

"El doctor Francisco de Paula Pérez, profesor que fue en derecho constitucional en la Universidad de Antioquia, anota:

" 'Hago saber tal circunstancia, no porque jurídicamente represente una fuerza, toda vez que el orden de preferencia de las disposiciones legales es muy claro, sino por mera curiosidad estudiantil, ya que no carece de cierta deliciosa inconsecuencia el sostener, como se ha sostenido en diversas ocasiones, que las ordenanzas y los acuerdos aún en abierta contradicción con leyes ordinarias, actos legislativos y Constitución nacional deben cumplirse rigurosamente mientras no sean anulados, y en todos y cada uno de los actos que se presenten. No deja de ser impresionante la teoría. Conforme a ella —o no hay lógica— valen más un acuerdo y una ordenanza, en igualdad de circunstancias, que una ley nacional.

" 'La Corte Suprema de Justicia, a quien se ha confiado la guarda de los principios fundamentales, dijo el 26 de octubre de 1915, en Sala Plena: 'Por otra parte, en el supuesto de existir una ordenanza inconstitucional e ilegal, si sobre su aplicabilidad se suscitare alguna controversia, los funcionarios públicos deben observar el orden de preferencia así: primero la Constitución, después la ley y por último las ordenanzas y los acuerdos municipales'.

"Y el doctor Fernando Garavito A., Relator de la Corte, expone: 'Acerca de las ordenanzas de los Departamentos y de los acuerdos de los Municipios, el código político y municipal, aunque los califica de nulos cuando son contrarios a la Constitución y a la ley, dispone que son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la respectiva autoridad (artículos 110, 111, 179 y 180 de la Ley 4ª de 1913). No quiere esto decir que los jueces deban aplicarlos de preferencia a la ley en las controversias de que conocen, porque en caso de incompatibilidad, las autoridades jurisdiccionales están obligadas a observar el orden lógico y natural de prelación, según el cual la Constitución prefiere sobre la ley, ésta sobre las ordenanzas y éstas sobre los acuerdos'.

"La regla de que las ordenanzas obligan mientras no sean anuladas, se cumplen cuando ellas no violan la Constitución ni las leyes nacionales.

" 'El acotado principio constitucional envuelve una reacción contra lo

que establecían los artículos 191 y 195 de la Constitución del 86. El acto legislativo de 1910 no se limitó a derogar simplemente aquellas disposiciones, sino que en su artículo 57 expresó con claridad toda la doctrina contraria.

" 'Vigente el artículo 57 que comentamos, no puede ya un gobernador suspender de oficio, ni a petición de parte agraviada, las ordenanzas de las asambleas que no deban correr por inconstitucionales e ilegales, pero tampoco puede cumplirlas, aplicarlas, porque el orden de preferencia de disposiciones contradictorias es el siguiente: la Constitución, la ley nacional, la ordenanza, el acuerdo.

"Ese fue el proceso mental del constituyente en 1910, y ese su propósito cuando dictaba el artículo 57 comentado. Creer que dicho artículo constituye una excepción a lo prescrito en el 40, es admitir que el constituyente borraba con una mano lo que escribiera con la otra, como dicen, pues ya había dispuesto, sin distingos de ninguna clase, la preeminencia de la ley de las leyes.

" 'Aquí viene como de perlas el argumento que los latinos llaman **ab absurdo' ".**

En parte anterior se dijo al referirse esta sentencia al artículo 59 del Código Fiscal de Cundinamarca, u Ordenanza número 39 de 1939, "que para esa fecha disponía", usándose el tiempo verbal en pasado, por cuanto, como lo puso de manifiesto el doctor Delgado Morales en la audiencia pública, si bien es cierto que para la fecha del primero de los actos administrativos demandados, el 22 de julio de 1958, tal artículo ordenanzal estaba en vigencia por no haber sido anulado por la jurisdicción contencioso administrativa, con posterioridad, el referido abogado lo demandó de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, logrando su anulación por sentencia de 20 de marzo de 1959, que leyó en la audiencia.

Por consiguiente, si la pugna, fricción o choque entre lo dispuesto por el artículo 59 del Código Fiscal de Cundinamarca y la Constitución Nacional no existía directamente, ya que la Carta nada estatuye sobre bienes ocultos, sino que tal colisión existía pero en relación con la Ley 27 de 1935, lo que la hacía apenas indirecta de la Constitución por aquello de que según ésta las ordenanzas deben expedirse respetándose los mandatos legales, puede concluírse, en gracia de discusión, que la entidad departamental denominada Junta de Hacienda de Cundinamarca, ante el transcrito artículo 192 de la Carta y la vigencia del mencionado artículo 59 de la Ordenanza 36 de 1939 para el 22 de julio de 1958 y para el 2 de septiembre del mismo año, fecha de la segunda resolución demandada, no podía menos de obrar como lo hizo, o sea negarle la calidad de bienes ocultos a los impuestos que como tales había denunciado el señor Jorge A. Ruiz Quijano, por impedirle proceder en contrario la referida disposición ordenanzal, y porque como lo dice el señor Fiscal Segundo del Consejo en su vista de fondo:

"Es cierto que, la Corte Suprema invalidó el parágrafo del artículo 1º del Decreto Ejecutivo número 2.296 (sic) de 1936, pero no por ello quedan virtualmente nulas las disposiciones de otro orden que contengan

igual o semejante disposición, porque esta nulidad consecuencial, solo es atinente a los decretos o reglamentos que se hayan dictado como desarrollo de la norma anulada".

Presentada por el señor doctor Delgado Morales ante el Consejo de Estado la demanda con que inició la acción que se está fallando, el 10 de diciembre de 1958, y admitida el 2 de febrero subsiguiente —demora que tuvo por causa el estudio de competencia de esta Entidad—, vino, como se expuso antes, el hecho posterior sucedido el 20 de marzo de 1959, consistente en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia que se encuentra ejecutoriada, anuló el tantas veces citado artículo 59 del Código Fiscal de Cundinamarca, basado en razonamientos como los siguientes:

"Ahora bien: Es evidente que no se necesita mayor esfuerzo mental para concluír que el artículo 59 de la Ordenanza número 36 de 1939 ha violado el artículo 1º de la Ley 27 de 1935 "al no considerar como bienes ocultos del Departamento los créditos a su favor provenientes de impuestos, contribuciones, multas, indemnizaciones y participaciones en las rentas nacionales o municipales, aunque reúnan las calidades requeridas por el artículo 1º de la Ley 27 de 1935, "pues por ello mismo restringe la aplicación de la Ley, pues exceptúa del carácter de ocultos a bienes que según la misma Ley 27 pueden considerarse como tales por encontrarse en abandono material de la entidad pública a que pertenecen, porque se haya hecho oscuro el carácter de propiedad pública y porque esa oscuridad haya llegado hasta ser litigioso el derecho de la entidad pública a que pertenecen, de tal suerte que su reintegración al patrimonio respectivo solo pueda hacerse mediante el ejercicio de una acción. La ley no contiene ninguna excepción de bienes abandonados por entidades de derecho público para dejar de considerarlos como bienes ocultos. Argumentos son estos cuyo valor no se puede desconocer por lo cual la demanda está llamada a prosperar".

El tratadista Guiseppe Chiovenda en su obra Instituciones de Derecho Procesal civil, Tomo I, página 184, segunda edició,n, Madrid, 1948, al estudiar situación procesal semejante a la sucedida en el presente juicio, expone:

"La aplicación rigurosa del principio de que **la ley debe actuar como si fuese en el momento de la demanda** llevaría a dos consecuencias prácticas: a) que el juez no debería tener en cuenta los hechos **extintivos** del derecho posterior a la demanda; b) que no debería tener en cuenta los **hechos constitutivos** del derecho de la acción posteriores a la demanda. De este rigor en ambas aplicaciones hay huellas en el Derecho Romano clásico. En el Derecho Moderno, este rigor está, sin embargo, amortiguado por el principio de la economía de los juicios. Consecuentemente, el juez falla con base en cuanto resulta al concluír para sentencia, y, por lo tanto: a) Absuelve al demandado si el derecho se ha extinguido durante el litigio (era ya la máxima de los sabinianos: **Omnia iudicia esse absolutoria**). En este caso, no pudiéndose declarar **infundada** la demanda, la absolución está motivada por la **extinción de la materia de discusión.** b) **Acoge la demanda si el hecho sobre el cual se funda se ha veri-**

ficado durante el litigio —este último subrayado es del Consejo— **(ius superveniens)**. En este segundo caso, es necesario sin embargo, que no se trate de demanda **nueva**, según los principios de la identificación de las acciones (más adelante, número 14); la prohibición, por consiguiente, de cambiar la demanda durante el transcurso del litigio, y, por lo tanto, de cambiar de **causa superveniens**, cuando ésta sea el mismo hecho jurídico que fue afirmado existente en la demanda judicial y que en aquel momento no existía todavía; así, en la reivindicación la posesión del demandado; en la acción hereditaria, la muerte del **de cujus**; la necesidad en la acción de alimentos...".

Aplicando al caso sub-lite la anterior doctrina, se tiene que si bien cuando se presentó ante el Consejo la demanda —lo mismo que cuando se admitió—, no había sido anulado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el artículo 59 de la Ordenanza número 36 de 1939 —base única y exclusiva de la Resolución número 1 de 22 de julio de 1958, así como de la Resolución número 2 de 2 de septiembre de 1958—, advino luego el hecho de la anulación jurídica-real para el momento de la sentencia, y sin haberse modificado la demanda, de manera que la Sala encuentra que, **en principio** el motivo tenido por la Junta de Hacienda del Departamento de Cundinamarca para negarle a los bienes denunciados por el señor Jorge A. Ruiz Quijano el carácter de bienes ocultos departamentales, ha desaparecido, lo que viene a abrirle más amplio y viable camino a la "excepción de ilegalidad" que, como se ha entendido, desde la vía gubernativa y luego en esta acción jurisdiccional, propuso el señor doctor Delgado Morales contra los dos actos administrativos acusados, que, por consiguiente serán dejados de aplicar, y anulados en parte.

No parece sustantiva ni procesalmente jurídica, sino por el contrario antitécnico, inequitativo e inaceptable, que en el campo de acción de la jurisdicción contencioso-administrativa, o sea, de la aplicación del derecho público en una de sus ramificaciones, pueda llegar a dominar un criterio restrictivo de mayores alcances rigurosos que en la órbita procesal del derecho privado, de manera tal que lo que Chiovenda propugna como acertado, científico y jurídico dentro del derecho civil, no lo fuera para el administrativo, que por esencia, y por razón de sus objetivos y finalidades, así como del medio en que actúa, tiene y debe ser más dinámico, más ágil y más apropiado para que cuando de solucionar una situación dada, sus organismos jurisdiccionales puedan obrar con amplio criterio y mayor realismo, naturalmente, claro está, dentro de la observancia de ciertos principios filosófico-jurídicos que intrínsecamente lo rigen.

Así pues, esto del "ius superveniens" porque aboga el citado tratadista, como fenómeno jurídico que parte del advenimiento dentro del litigio de un hecho que viene a darle la razón y el derecho a una acción incoada cuando no se tenían, o no se tenían sino en parte, es procedente en el caso sub-judice para con base en esa teoría que es lógica y conveniente, darle una mayor razón, vida y aplicación a la "excepción de ilegalidad" propuesta por el apoderado del actor, como antes se había dicho.

Por consiguiente, se reabre en toda su amplitud el examen, estudio y decisión de las pretensiones formuladas por el señor doctor Carlos Del-

gado Morales como apoderado del señor Jorge A. Ruiz Qujiano, ante la administración departamental de Cundinmarca, para que por el organismo competente que lo es, según la Ordenanza número 36 de 1939, la Junta de Hacienda del Departamento, se tuvieran como **bienes ocultos** los por ellos denunciados de acuerdo con el contrato celebrado al respecto.

Al transcribirse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia por la cual se declaró **inexequible** el parágrafo único del artículo primero del Decreto Ejecutivo número 2963 de 1936, que le negaba el carácter de bienes ocultos a los "créditos del Estado, de los Departamentos o de los Municipios provenientes de impuestos, contribuciones o multas, indemnizaciones, susceptibles de ingresar al patrimonio de aquellas entidades por simples procedimientos o gestiones administrativas", quedó visto que en sentir de la Corte,

"...los bienes a que se refiere ese parágrafo pueden llegar a ser ocultos en reuniendo las calidades exigidas por la ley en su artículo 1, y, por tanto, ante ella no puede decirse en la forma que lo hace el parágrafo que carecen de esa calidad legal de bienes ocultos", luego es el caso de entrar a definir —desde un punto de vista genérico— si los aquí denunciados como tales reúnen esas calidades.

El artículo 58 de la Ordenanza número 36 de 1939, siguiendo al artículo primero de la Ley 27 de 1935, definió para el Departamento de Cundinamarca lo que podía entenderse en su territorio por bienes ocultos así:

"Son bienes ocultos y pueden denunciarse como tales, aquellos que, además de estar simplemente abandonados en su sentido material por el Departamento, estén en condiciones tales, que su carácter de propiedad departamental se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio del Departamento, haya necesidad de ejercer acciones en juicio".

Para el señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, siguiendo la tesis triunfante por mayoría en esta Entidad cuando hubo de dictarse la sentencia de 13 de agosto de 1940, que antes en varios apartes se transcribió, los bienes denunciados por el señor Ruiz Quijano no pueden llegar a ser estimados como **ocultos** por cuanto no eran ignorados ni desconocidos por el Departamento, condiciones estas para él esenciales, aunque, agrega:

"...si bien es verdad que la ley no dijo que un bien tuviera el carácter de oculto debía ser oculto en primer término, tal pocablo no fue incluído por no incurrir en redundancia".

".....

"Para la Fiscalía los impuestos dejados de cobrar no tienen ese carácter, porque los funcionarios tenían conocimiento de su existencia, no ignoraban la ley que estableció el tributo como arbitrio fiscal que fue cedido en su totalidad a los Departamentos a partir del 1º de enero de 1931, en virtud del aparte b) del artículo 3º de la Ley 78 de 1930, facultando a las Asambleas Departamentales para para reglamentar la percepción del impuesto, sin modificar la tarifa".

La Sala se aparta del parecer del señor Agente del Ministerio Público,

y por lo mismo, de la opinión mayoritaria del Consejo que contiene la sentencia aludida, en primer lugar, por cuanto considera que si el factor desconocimiento o ignorancia alegado fuera siempre necesario, nunca podrían llegar a ser tenidos como bienes ocultos en el país, los créditos a favor de las entidades públicas provenientes de impuestos, contribuciones, multas o indemnizaciones, ya que parece imposible siquiera pensar —dados los deberes y atribuciones de los organismos estatales y de los funcionarios que los representan— que sobre créditos tales pudiera llegar a haber ignorancia de su existencia, y en segundo lugar por cuanto acoge sobre este particular los razonamientos expuestos por los ex-Consejeros de Estado, doctores Ramón Miranda y Carlos Rivadeneira, en el "salvamento de voto" a la sentencia referida.

Estos ex-Consejeros al preguntarse cuál puede ser el criterio a seguir para determinar el carácter de oculto de un bien así denunciado, se responden:

"No existe, no puede existir criterio distinto del expresado por el mismo legislador en la disposición que se analiza —el artículo primero de la Ley 27 de 1935, agrega la Sala—: abandono material del bien, oscuridad en su título y necesidad de intentar recursos en juicio para obtener su reincorporación al patrimonio público. En tal sentido, los dos últimos elementos constitutivos se complementan, pues no es cualquier oscuridad en el carácter de propiedad pública del bien, no es cualquier vicio o defecto en su título el que puede inclinar al Ministerio a conceptuar que se trata de un bien oculto denunciable; más que esto, debe existir una oscuridad de tal índole que en el carácter originario del bien que obligue al Estado a ejercitar acción en juicio para obtener el cobro de aquel bien y su retorno a la Hacienda Pública".

"..... ....

"Dentro de este orden de ideas, que supone únicamente la coexistencia de los tres elementos mencionados como esenciales en la estructuración del bien oculto denunciable, no tiene cabida la exigencia de un cuarto elemento hecho presente en la Resolución del Ministerio de Hacienda: el desconocimiento o ignorancia por parte de la administración respecto de la existencia del bien denunciado como oculto. Esta circunstancia... es indiferente para apreciar si a un determinado bien debe considerársele o no entre los comprendidos con el carácter de ocultos y susceptible, por tanto, de ser denunciado como tal. Esta opinión se funda principalmente en el hecho de que la ley no menciona en parte alguna aquella circunstancia, ya que el fijar la noción de bien oculto tuvo en cuenta factores de índole bien distinta. En efecto, la norma vigente, a diferencia de las anteriores ya mencionadas, no hace referencia al hecho de que esté oculto o no, pues el empleo de este vocablo talvez podría inducir a dudas respecto al problema de interpretación suscitado por el Despacho de Hacienda. Más, la eliminación de aquel término en la Ley 27 precisamente lleva derechamente a la conclusión de que la circunstancia de ser o no conocidos por los funcionarios del Estado los hechos o situaciones especiales en que se afirma la existencia del bien no lo despojan de su carácter de oculto, si por otra parte se encuentran reunidos los tres requi-

sitos esenciales que la misma ley ha previsto como constitutivos de bienes de aquella especie.

"La disposición actual establece que son bienes ocultos denunciables aquellos que además de estar simplemente abandonados, en forma material, su carácter de propiedad pública se haya hecho de tal manera oscura que para que se les pueda incorporar al dominio del Estado precisa el ejercicio de acciones judiciales. Esto, y no más que esto ha dispuesto la ley de modo expreso.

"Ahora bien: no implica el abandono de un bien por su dueño que sea ignorado o desconocido del mismo...".

"De suerte, por tanto, que el abandono de un bien en cualquier sentido o acepción que se le tome, no se equivalente de desconocimiento o ignorancia del mismo o de las circunstancias peculiares de derecho en que se encuentre sino, por el contrario, ánimo manifiesto de desprenderse de su dominio (o, por lo menos, voluntad indiferente hacia lo que con él se relaciona). Surge de aquí, como consecuencia inevitable, que cuandoquiera que un bien, sobre el cual tiene el Estado u otra persona administrativa un derecho de propiedad, no ha ingresado al respectivo patrimonio, o, habiendo formado alguna vez parte de él no se ejercen por las correspondientes entidades actos de dominio y se reconoce o tolera dominio ajeno, puede afirmarse con certeza que tal bien está abandonado en el sentido material de que la ley habla, sea que las autoridades y funcionarios de la administración conozcan o no su existencia".

De la transcripción antes hecha de la primera parte de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se comprende que para tal Entidad tampoco jugó papel alguno el factor desconocimiento o ignorancia, pues no a otra conclusión se llega al volver a tener a la vista el siguiente pasaje:

"Otro tanto se impone observar en lo atañedero al parágrafo atrás copiado. Es verdad que por punto general, de las indemnizaciones, multas, etc., **obran o deben obrar datos visibles en las respectivas oficinas y que** DE ELLOS DEBE TENER NOTICIA EL RESPECTIVO FUNCIONARIO, **a veces muchos funcionarios,** lo que debe bastar para que se cumpla la obligación de hacerlas efectivas". (Los subrayados son del Consejo).

Por lo tanto, desde este aspecto general y abstracto, los bienes denunciados por el señor Ruiz Quijano sí pueden ser estimados como **bienes ocultos.**

Por lo que se ha visto, y poniéndose de presente el artículo primero de la Ley 27 de 1935, aunque se incurra en repetición, los tres elementos exigidos en ella y en el pretranscrito artículo 58 de la Ordenanza número 36 de 1936, son:

Primero: Abandono material del bien;

Segundo: Oscuridad en el carácter de propiedad pública, en este caso, oscuridad en la propiedad por parte del Departamento de Cundinamarca, y

Tercero: Necesidad de que para formar nuevamente parte activa del patrimonio del Estado —aquí el Departamento—, se requiera ejercer acciones en juicio.

Sobre que en el asunto sub-lite puede darse por cumplido el primero, basta, desde el punto de vista genérico en que se está considerando el problema, recordar lo constante en el hecho cuarto de la demanda, y conocer lo que se verá más luego cuando se estudie si se dio o no cumplimiento a la cláusula primera del contrato suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y el señor Ruiz Quijano, para concluír que se trata de bienes abandonados materialmente desde años atrás. La simple lectura de la descripción de tales bienes indica que al probarse su existencia, estaban abandonados.

El segundo de los elementos, 'oscuridad en la propiedad por parte del Departamento" de los bienes denunciados como ocultos, la Sala igualmente lo da por cumplido, no dentro del criterio por este aspecto muy estricto que los ex-Consejeros Miranda y Rivadeneira requieren, y tampoco si se considera desde un ángulo de apreciación intelectual y teórica de la calidad de impuestos departamentales que tienen los bienes denunciados, lo cual no puede desconocerse, o sea, en referencia a su título, sino desde el aspecto material relacionado con el quantum de las sumas o cantidades que por razón de los impuestos dejados de pagar puedan ser responsables los contribuyentes que no lo hicieron oportunamente teniendo la obligación de hacerlo, **quantum** imposible de conocer y de determinar hasta ahora, y que como aparece en un concepto rendido por un Delegado de la Junta de Hacienda de Cundinamarca,

"El hecho de encontrarse ausente, en el presente caso, el aspecto probatorio en cifras de consumo en la cuantía del fraude, son precisamente los que le dan a los bienes denunciados la calidad de **ocultos**, de conformidad con la definición dada por la Ley 27 de 1935".

La misma conclusión favorable cabe respecto al tercer requisito, ya que para la Sala no hay la menor duda de que si los impuestos en referencia —repitiéndose de que se trata hasta de apreciaciones generales— llegaren a ser declarados bienes ocultos, para que su valor ingrese a las arcas departamentales, seguramente habrá necesidad de ejercitar "acciones de juicio", interpretada esta locución como lo hace la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya conocida de autos, de fecha 23 de septiembre de 1938, al decir:

"Entre esas exigencias formula la ley, como esa transcripción lo hace ver, la de que para el reintegro del bien al patrimonio de la entidad dueña se necesita acción en juicio. En verdad la ley no llega al extremo de requerir juicio civil, sino que ampliamente habla de acciones en general.

"Y no podía ser de otro modo, puesto que en multitud de casos bien puede suceder que acciones que no sean precisamente de aquella índole basten por fortuna para la efectividad de crédito o recuperación del bien que no por esto dejen (sic) de tener la calidad de ocultos en su sentido legal, al punto de que si, por requerirse (sic) juicio civil se les ha de negar la calidad de ocultos al tenor del Decreto, se impediría o alejaría la presentación de un denunciante y la entidad pública se vería así privada de esta ayuda".

Definido como ha quedado que, en caso dado, los bienes denunciados por el señor Ruiz Quijano, sí pueden llegar a estimarse como **bienes**

ocultos por el Consejo de Estado, precisa entrar a estudiar específica y objetivamente, a la luz de las estipulaciones contractuales y del artículo 66 de la Ordenanza número 36 de 1939, especialmente del ordinal c) que requiere por parte del denunciante,

"La presentación de las pruebas, o mejor la obligación de presentar las que acrediten la existencia de los bienes denunciados como ocultos dentro de un término no mayor de seis meses, desde la fecha en que el contrato quede perfeccionado", si también bajo este aspecto y para los efectos de las declaraciones que persigue la demanda, pueden ser considerados como **bienes ocultos** y disponerse las ordenaciones consecuenciales.

De conformidad con la cláusula primera del contrato memorado, el señor Ruiz Quijano estaba obligado para con el Departamento de Cundinamarca dentro de los 20 días siguientes a la fecha de su legalización, a presentar "una exposición escrita en la cual conste con toda claridad y precisión el bien oculto denunciado. . . .de tal suerte que aparezca individualizado y sea imposible confundirlo con otro", así como "a hacer una enunciación y especificación por escrito, dentro del mismo término. . ., de las acciones legales conducentes para la efectividad del derecho que pueda asistir a EL DEPARTAMENTO, y de las autoridades competentes para conocer de tales acciones. . .".

Y de acuerdo con la cláusula segunda del citado contrato, el señor Ruiz Quijano quedó obligado dentro del lapso de los seis meses siguientes a la legalización de aquel, a presentar al Departamento "las pruebas que acrediten la existencia del bien denunciado como oculto".

Para dar cumplimiento a sus obligaciones, el señor Ruiz Quijano por intermedio de su apoderado Delgado Morales, oportunamente presentó ante la Gobernación un escrito acompañado de los documentos que citaba en él, para lograr claridad se transcribirá en lo principal. Dice:

"I. — A partir de la vigencia de la Ley 78 de 1930, entró a formar parl te del patrimonio de los departamentos la renta sobre consumo de cervezas; y, desde el 1º de enero de 1943, la correspondiente al (5%) cinco por ciento, "del valor de las ventas que realicen las fábricas de cervezas", el cual quedó establecido por el artículo 15 de la Ley 45 de 1942 y fue cedido a los fiscos Departamentales, Intendenciales y Comisariales a prorrata de los respectivos consumos". Este último "el del 5% sobre el valor de las ventas, grava a las empresas que fabrican el producto y debe cobrarse a ellas directamente conforme lo dispone el aparte b) del artículo 1 del Decreto Ejecutivo número 20 de 1943, reglamentario de la Ley.

"II. — Ahora bien, las entidades comerciales 'Cervecería Barranquilla y Bolívar S. A.' y 'Concorcio de Cervecerías Bavaria S. A.', desde la época de la vigencia del gravamen sobre ventas (1943), hasta la fecha, vienen introduciendo al Departamento de Cundinamarca, o por vía de éste, para las Comisarías de Arauca y del Amazonas, apreciables cantidades de cervezas de la producción de sus fábricas ubicadas en la ciudad de Barranquilla y de las marcas 'AGUILA' la primera, 'COSTEÑA' y 'MALTINA' la segunda, sin comprobar debidamente el pago del 5% sobre el valor de las cervezas que realizan, violando así los apartes a) y b) del

Decreto Ejecutivo número 20 de 1943 y pretermitiendo el procedimiento indicado por el Ministerio de Hacienda, es decir, movilizando grandes cantidades de sus productos de cervezas para diferentes departamentos, intendencias y comisarías, sin solicitar la correspondiente tornaguía, mediante el pago provisional del impuesto, el cual debe quedar en depósito mientras comprueban con la constancia respectiva en la tonarguía haber pagado el impuesto correspondiente al departamento, intendencia o comisaría en donde se consume.

"Según actas originales en poder de mi mandante, sobre producción, distribución y consumo mensual de las expresadas empresas despacharon con destino al Departamento de Cundinamarca, o por vía de éste, para las Comisarías de Arauca y del Amazonas, de las marcas 'AGUILA', 'COSTEÑA' y 'MALTINA' una cantidad de 8.180.232 botellas de cervezas por un valor aproximado de $ 1.636.046.60, que debieron haber pagado al Departamento de Cundinamarca por concepto del 5% sobre ventas la suma de $ 81.802.43.

"El impuesto del 5% sobre ventas de cervezas, es el **único impuesto que pesa directamente** sobre las fábricas y debe liquidarse y cobrarse directamente por los departamentos, intendencias y comisarías a prorrata de sus consumos de conformidad con los apartes a) y b) del Decreto Ejecutivo número 20 de 1943 reglamentario de la Ley 45 de 1942. Como no aparecen amparados los correspondientes despachos de cerveza con las respectivas tornaguías procedentes de las fábricas de Barranquilla, efectuados por 'Cervecería Barranquilla y Bolívar S. A.' y por el 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.', denuncio como bien oculto que pertenece al Departamento de Cundinamarca las sumas dejadas de pagar en razón del impuesto del 5% sobre las ventas de las marcas 'Aguila', 'Costeña' y 'Maltina', consumidas en este Departamento desde la época de la vigencia del gravamen (1943).

"Para demostrar la existencia de este bien oculto del Departamento, acompaño los siguientes documentos como anexos a la presente exposición:

"a) Anexo número 1.—Copia informal del telegrama consulta de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Departamento del Atlántico, en cuya ciudad de Barranquilla se hallan ubicadas las fábricas de 'Cervecería Barranquilla y Bolívar S. A.' y 'Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A.', sobre la forma en que deben pagar el impuesto del 5% sobre las ventas que realicen las expresadas fábricas que se despachan para el consumo de otros departamentos;

"b) Anexo número 2.—Copia auténtica, expedida por la misma Secretaría de Hacienda del Atlántico, del telegrama en que se absuelve la consulta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de fecha 8 de noviembre de 1948, sobre el procedimiento acostumbrado para hacer efectivo el cobro del impuesto del 5%, cuando las cervezas salgan del departamento en donde se producen para ser consumidadas en otros departamentos, intendencias o comisarías;

"c) Anexo número 3.—Certificado expedido por el señor Tesorero General del Departamento del Atlántico en donde consta que la Empresa de

Cervecería Barranquilla y Bolívar S. A., según los libros de dicha oficina recaudadora de los impuestos sobre cervezas, no hay constancia de pago alguno, ni depósitos por concepto del 5% sobre ventas de cervezas destinadas al consumo del Departamento de Cundianamarca; y

"d) Anexo número 4.—Copia informal del 'movimiento de Caudales de la Cuenta del Impuesto sobre Ventas, correspondiente al mes de NOVIEMBRE de 1947', de la Administración General de Rentas de Cundinamarca, en donde no aparece, en cuenta corriente, que es la forma en que parece se hace efectivo dicho impuesto, **en introducciones,** ni en tornaguías expedidas en el mes, suma alguna que corresponda a los despachos de cerveza 'Aguila' de Barranquilla.

"III. — El impuesto de cervezas de producción nacional cedido por la Ley 78 de 1930 a los departamentos, fue declarado renta departamental 'sobre consumo de cervezas a partir del 1º de enero de 1931 en adelante', de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto Legislativo número 2197 de 1932, el cual dispuso además, que durante el año de 1931, esta renta continuaría administrada por la Nación; que 'las Asambleas quedan facultades para reglamentar la percepción del impuesto, sin modificar la tarifa'; y, 'que los reglamentos que dicte solo regirán del 1º denero de 1932 y desde esa fecha el producto de la renta será totalmente departamental'.

"El impuesto en cuestión **pesa sobre el consumidor,** QUIEN lo paga por intermedio del fabricante o distribuidor, mediante liquidaciones sobre **producción, distribución** y **consumo** por los funcionarios departamentales encargados de liquidar y recaudar esta renta departamental.

"Las fábricas no pueden disponer de este impuesto en sus obsequios y en su propaganda, porque no les pertenece.

"Como los licores, fósforos y otros productos gravados, que deben pagar el correspondiente impuesto en estampillas de consumo en su distribución de obsequios y propagandas. Las empresas de espectáculos públicos también gravadas con impuestos, tampoco pueden disponer de los impuestos en sus boletas de favor a particulares, etc., etc.

"En este orden legal, denuncio como bien oculto que pertenece al patrimonio del Departamento de Cundinamarca, los impuestos de consumo dejados de pagar desde el 1º de enero de 1932, hasta la fecha de su liquidaci4n, en razón del llamado 'consumo interno habido en el interior de las fábricas de cervezas'; el 'consumo por obsequios a visitantes o particulares'; o el que con cualquiera otra denominación hayan distribuído las fábricas de cervezas, sin haber satisfecho el correspondiente pago del impuesto de consumo.

"Estimo hoy que en veintidós (22) años que tiene este impuesto de ser departamental, se ha defraudado al Departamento de Cundinamarca en una suma que puede calcularse aproximadamente en DOS MILLONES DE PESOS ($ 2.000.000).

"Este impuesto debe ser liquidado, cobrado y pagado, en primer término, por la Empresa denominada 'Consorcio de Cerceverías Bavaria S. A.' en sus fábricas de esta ciudad de Bogotá y eventualmente, por los mismos

impuestos que hayan dejado de pagar las fábricas denominadas 'GERMANIA', y 'ANDINA', también de esta ciudad, durante la vigencia de la ley.

"Para demostrar la existencia de este bien oculto del Departamento de Cundinamarca, acompaño los siguientes documentos como anexos a esta exposición:

"a) Anexo número 5.—Copia auténtica de la Resolución número 17 de 1953 (enero 12), de la Gobernación del Departamento del Atlántico en que se historia sintéticamente la declaratoria del mismo bien oculto de que vengo tratando perteneciente al Departamento del Altántico, confirmado por sentencia definitiva del H. Consejo de Estado y la cual culmina con la resolución de conferirle poder especial y suficiente a mi mandante, señor Jorge A. Ruiz Quijano, para el cobro por la vía ejecutiva a las empresas cerveceras renuentes al pago del impuesto debido y declarado bien oculto del Departamento del Atlántico;

"b) Anexo número 6.—Copia informal de la resolución ministerial de 30 de enero de 1931, recaída en memorial de 14 del mismo mes y año de solicitud del señor Presidente del Consorcio de Cerceverías Bavaria S. A. Por dicha resolución se concedió, condicional y taxativamente, una exención del impuesto de consumo de cervezas, **principalmente con la bebida** que resulta DE ROTURAS AL HACER EL ENVASE. Esta resolución pudo tener su vigencia en el año de 1931 en que esta renta departamental fue administrada por la Nación, pero en ningún caso ni por ningún motivo podría aducirse como patente de corso, para amparar cuantioso fraude a las rentas departamentales a partir del año de 1932 en que la expresada renta pasó a ser totalmente departamental. Esta exención concedida por una simple resolución ministerial sobre un memorial, ni aún decretada por el Poder Ejecutivo, tendría validez de 1932 en adelante, al tenor de lo estatuído por el artículo 183 de la Codificación de la Constitución Nacional (artículo 50 del Acto Legislativo número 3 de 1910), y

"c) Anexo número 7.—Copia informal de la contestación dada por el señor Tesorero General del Departamento del Atlántico en 31 de octubre de 1951 a los señores 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.', en la que refuta jurídica y brillantemente la tesis sostenida por la expresada empresa, ratificándoles la obligación de pagar el 'valor del bien oculto en cita y en relación con la cuenta que oportunamente les pagó esta Tesorería'.

"IV. — Las gestiones encaminadas a recuperar el bien oculto que he dejado determinado, o sea para hacer ingresar al Tesoro del Departamento de Cundinamarca las sumas dejadas de percibir hasta ahora por concepto de los referidos impuestos, la enuncio así:

"Por la oficina departamental correspondiente se realizarán las operaciones administrativas de verificación y liquidación definitiva de los impuestos no percibidos durante los años a que el denuncio se refiere y, como consecuencia, es librará a favor del Departamento y a cargo de las empresas deudoras la respectiva cuenta de cobro.

"Si no bastare el trámite administrativo para obtener el pago de los

tributos debidos por las tantas veces mencionadas empresas, se ocurrirá por las autoridades departamentales competentes al procedimiento por jurisdicción coactiva (artículos 1058 a 1061 del C. J. y sus concordantes) para obligarlas al pago efectivo de las cantidades de dinero que se hubieren liquidado a favor del Departamento de Cundinamarca.

"En la actuación simplemente administrativa como en la jurisdiccional, si a ello hubiere lugar, intervendrá el denunciante para fijar la cuantía de los impuestos causados, allegar nuevos documentos, y defender los derechos del Departamento, todo de conformidad con las estipulaciones del contrato respectivo.

"Desde ahora solicito que se tengan como pruebas de la existencia del bien oculto denunciado los documentos anexos adjuntos a la presente exposición, reservándome el derecho de aducir y pedir que se practiquen otras nuevas pruebas con el mismo objeto y para determinar la cuantía del bien denunciado.

"Dejo en estos términos cumplida la obligación inicial del contratista, señor Ruiz Quijano, en cuyo nompre he tenido el honor de dirigirme a ese Despacho dentro del término hábil".

La Sala da por suficientemente cumplidas las dos obligaciones contenidas en la cláusula primera, puesto que de la descripción clara y precisa tanto de los bienes denunciados como ocultos, y de las acciones para hacerlos efectivos, llenan las exigencias legales y contractuales.

En relación sobre si el contratista Ruiz Quijano cumplió o no, total o parcialmente, la cláusula segunda se tiene:

En lo que respecta al primer bien denunciado como oculto, o sea, las sumas correspondientes al no pago del impuesto del 5% sobre ventas de cervezas producidas y despachadas por las fábricas "Consorcio Bavaria S. A., de Barranquilla, y "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A.", también de Barranquilla, en la tramitación habida del asunto en la vía gubernativa, el Procurador General del Departamento de Cundinamarca, le negó a las pruebas presentadas al respecto todo valor por forma y por su fondo, conceptuando que para

"...establecer el derecho de Cundinamarca al pago del referido impuesto sería preciso comprobar estos hechos:

"1º—Que los despachos a que se refieren las actas que el denunciante dice tener en su poder fueron **efectivamente** introducidas a Cundinamarca;

"2º — Que tales cervezas fueron vendidas y consumidas en Cundinamarca; y

"3º—Que las fábricas productoras de esas cervezas no han pagado el correspondiente impuesto", agregando que,

"...no hay que perder de vista que lo que se trata de probar no es simplemente que el impuesto no ha sido pagado, sino que el impuesto se **causó y no se pagó.** Las actas en poder del denunciante constituyen un indicio más o menos grave de que los despachos que consten en ellos se introdujeron a Cundinamarca; pero no demuestran necesariamente este hecho y, por lo tanto, no harían por sí solos plena prueba en un juicio.

"Y mientras no se demuestre plenamente la introducción a Cundinamarca de esos despachos, ¿qué valor probatorio tienen, para establecer la

existencia del bien denunciado, el certificado del Tesorero del Atlántico de no haberse consignado el impuesto y la copia informal del 'Movimiento de caudales de la cuenta del impuesto sobre ventas correspondientes al mes de noviembre de 1947' de la Administración de Rentas de Cundinamarca (anexo 4º) en que no aparece pagada suma alguna en introducciones ni tornaguías expedidas en el mes, que corresponda a los despachos de cerveza 'Aguila' ...?".

"Solo, pues, una vez demostrado el hecho fundamental de la introducción a Cundinamarca de los mencionados despachos las copias, auténticas(sic), de la Administración General de Rentas de Cundinamarca del movimiento mensual de caudales durante los diez años que comprende el denuncio, servirían para establecer el valor del impuesto que se ha dejado de cobrar por este concepto; **que es lo que en realidad constituye el bien oculto.** Pero mientras esta prueba no sea presentada por el contratista el denuncio se halla fundado en meras conjeturas, sin ninguna comprobación; y no puede en consecuencia, declararse por la Junta de Hacienda la calidad de oculto de un bien cuando ni aún se ha demostrado la existencia de ese bien".

Y en lo que hace al segundo bien denunciado como oculto, o sea, "los impuestos dejados de pagar y percibir por concepto de 'consumo interno habido en el interior de las fábricas de cerveza'; el consumo por obsequios a asistentes o particulares, o el que con cualquiera otra denominación haya distribuído a título gratuito como regalías sin ánimo de lucro, las fábricas 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.', 'Cerceverías Germania S. A.' y 'Cervecería Andina S. A.' de Bogotá, desde el 1º de enero de 1931 hasta la fecha de su liquidación', el mismo Procurador del Departamento, expuso:

"...que tampoco la existencia de este bien se halla acreditada por el denunciante.

"Consiste dicho bien, según el apoderado del denunciante en los impuestos dejados de cobrar por el Departamento de Cundinamarca a las referidas fábricas por concepto del llamado 'consumo interno habido en el interior de las fábricas de cervezas', el 'consumo por obsequio a visitantes o particulares', o 'el que con cualquiera otra denominación hayan distribuídas las fábricas de cervezas sin haber satisfecho el correspondiente pago del impuesto de consumo'; y estima su valor en la suma de $ 2.000.000.00.

"Para acreditar su existencia presenta el denunciante las siguientes pruebas:

"Anexo 5º—Copia auténtica de la Resolución 317 de 1953 (enero 12), de la Gobernación del Departamento del Atlántico en que se declara bien oculto de dicho Departamento el mismo bien denunciado como bien oculto de Cundinamarca;

"Anexo 6º—Copia informal de la Resolución ministerial del 30 de enero de 1931 recaída en memorial de 14 del mismo mes y año de solicitud del señor Presidente del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. 'Por dicha resolución se concedió, condicional y taxativamente, una exención del

impuesto de consumo de cervezas principalmente con la bebida que resulta de roturas al hacer el envase. Esta resolución —agrega el contratista—, pudo tener su vigencia el año de 1931 en que esta renta departamental fue administrada por la Nación, pero en ningún caso ni por ningún motivo podría aducirse como patente de corso, para amparar cuantioso fraude a las rentas departamentales a partir del año de 1932 en que la expresada renta pasó a ser totalmente departamental'; y

"Anexo 7º—Copia informal de la contestación dada por el señor Tesorero General del Departamento del Atlántico el 31 de octubre de 1951 al Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., 'en la que refuta jurídica y brillantemente la tesis sostenida por la expresada empresa, ratificándole la obligación de pagar el valor del bien oculto en cita y en relación con la cuenta que oportunamente les pasó la Tesorería.

"Estima la Procuraduría que tales documentos pueden tener algún interés como antecedente para un denuncio análogo en el Departamento del Atlántico; pero no en el Departamento de Cundinamarca donde existen normas precisas que reglamentan la percepción de ese impuesto.

"Dice, en efecto, el Decreto 772 de 1931 (diciembre 22) de la Gobernación de Cundinamarca 'por el cual se reglamenta en el departamento el impuesto de consumo sobre cervezas de producción nacional, de conformidad con la Ley 78 de 1930:

"Artículo 29.—'Entiéndese por consumo, **para los efectos del impuesto,** el hecho de ser preparada cualquier cantidad de cervezas, y hallarse lista para ser enajenada o dada al consumo público'.

"En el Departamento de Cundinamarca no basta, pues, para que se cause el impuesto de consumo, con que la cerveza sea consumida en el sentido natural y obvio de la expresión. Para los efectos del impuesto es preciso que la cerveza se utilice no solo cuando se halla ya preparada sino cuando, además, ya está lista para ser enajenada o dada al consumo público.

"En tal virtud, el 'consumo interno habido en el interior de las fábricas de cervezas', el 'consumo por obsequio a visitantes o particulares' o 'el que con cualquiera otra denominación hayan distribuído las fábricas de cervezas sin haber satisfecho el correspondiente pago del impuesto de consumo', no es un bien oculto del Departamento de Cundinamarca mientras no se demuestre que ese consumo se haya hecho sobre la cerveza ya preparada y lista para salir de la fábrica.

"Por lo demás, dado que el Departamento tiene sus agentes en las fábricas, los cuales deben vigilar y tomar las medidas necesarias para que no se defraude el fisco departamental, es razonable presumir, hasta prueba de lo contrario, que si dichos agentes no han cobrado un impuesto de consumo por el consumo interno de las fábricas es porque éste no reúne los requisitos legales para que se cause el impuesto.

"Mientras no se demuestre, pues, que el consumo interno de tales fábricas ha sido hecho sobre las cervezas ya preparadas y listas para ser enajenadas, esas fábricas están amparadas por dicha presunción y no es posible racionalmente declarar la existencia del bien oculto; ni judicial-

mente sería tampoco declarada", oposición que el señor Procurador resume así:

"...el contratista ha demostrado simplemente **que en caso de existir** los bienes denunciados estos serían bienes ocultos del Departamento. Pero como es natural eso solo no basta para hacer la declaratoria de bien oculto. El contratista ha debido traer el expediente, por lo que hace al impuesto del 5% sobre ventas, la prueba de la introducción efectiva a Cundinamarca de las cervezas despachadas por las fábricas de Barranquilla y de haber sido estas consumidas en Cundinamarca, lo mismo que la prueba de no haber pagado el impuesto correspondiente; y por lo que hace al impuesto dejado de cobrar por razón del consumo interno de las fábricas de Bogotá, la prueba de que ese consumo ha sido realizado sobre cervezas ya preparadas y listas para ser enajenadas o dadas al consumo público".

Con posterioridad al anterior concepto y luego de suceder los hechos que no procede detallar, el señor doctor Delgado Morales presentó ante el Gobernador de Cundinamarca nuevas pruebas que, enunció así:

"b) El ejemplar de la Gaceta del Departamento del Atlántico correspondiente al número 4782 de mayo de 1953;

"c) Copia auténtica de la sentencia de primera y segunda instancia originarias del Tribunal Administrativo del Atlántico y del H. Consejo de Estado, y

"d) Un cuadro demostrativo del aumento progresivo del impuesto de consumo de cervezas desde 1950 a 1954, en el cual aparece un ingreso a las arcas departamentales de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CIENTO NUEVE PESOS ($ 5.437.109.00). Este aumento fue consecuencia de la declaratoria de bien oculto hecha por el H. Consejo de Estado en sentencia definitiniva".

"Pero la Junta de Hacienda de Cundinamarca aceptando las opiniones del Procurador del Departamento, con fecha 3 de noviembre de 1954 expidió la Resolución número 3, que, en los considerandos 12, 13, 14, 15 y 16 expuso:

"12.—Que en concepto de esta Junta, las pruebas de la existencia de un bien oculto, no pueden consistir en acreditar la existencia de disposiciones legales que establezcan determinadas obligaciones, de cuyo no cumplimiento puedan derivarse derechos a favor de la entidad pública beneficiaría correspondiente, sino que deben establecer, con absoluta precisión la existencia de hechos específicamente violatorios de aquella legislación traducibles en cantidades de dinero o de otros bienes a cargo de un determinado deudor, y a favor de la entidad departamental;

"13. — Que examinados los documentos aducidos como pruebas de la existencia de los bienes ocultos, ellos no precisan, ni los hechos concretos que dan lugar a obligaciones exigibles a cargo de las entidades indicadas como deudoras por el denunciante, ni tampoco las cantidades que a tales obligaciones podrían corresponder. El acto establece que si las Compañías denunciadas por él como deudoras, no cumplieran sus obligaciones fiscales, resultaría a cargo de ellas una deuda tributaria a favor del Depar-

tamento de Cundinamarca. Pero no prueba que efectivamente los hechos sucedieron conforme a los supuestos que formula, puesto que no acredita el consumo sin pago del impuesto dentro del Departamento de Cundinamarca, de determinadas cantidades de cerveza traídas desde Barranquilla, ni las cantidades consumidas internamente en las fábricas de Bogotá, sin ánimo de lucro y sin pago del correspondiente impuesto.

"14. — Que las pruebas que el denunciante pretende hacer valer para acreditar la existencia de los bienes ocultos en Cundinamarca, consistentes en certificaciones y datos referentes a cuentas y actuaciones en el Departamento del Atlántico, no pueden estimarse como pruebas valederas para demistrar esa existencia, sino cuando más, como indicios de irregularidades sobre las cuales no tiene jurisdicción el Departamento de Cundinamarca ni afecta su situación crediticia fiscal;

"15.—Que el auto del impuesto de consumo en el Departamento de Cundinamarca que el actor señala en el cuadro correspondiente a los años de 1950 a 1954, no tiene fuerza probatoria que el actuante le atribuye, puesto que a más del crecimiento consecuencial a la situación económica ascendente, registrada precisamente en esos años, la lucha contra el consumo de licores fermentados vino a ocasionar un aumento en el consumo de cervezas, según lo establecen las estadísticas de Cundinamarca y Boyacá, entre otros Departamentos;

"16.—Que las acciones indicadas por el actor como adecuadas para reivindicar los bienes señalados como ocultos solamente podrían ser operantes tratándose de bienes determinados en cantidad y especie definidas, ya que no podría obligarse al Departamento a reconstruír todo el movimiento comercial de un largo período, con miras a demostrar hechos que el denunciante no ha podido establecer concretamente, como sucede en el presente caso", para a continuación resolver:

"ARTICULO PRIMERO.—No considerar probada la existencia de los bienes ocultos denunciados por el doctor Carlos Delgado Morales en su condición de apoderado del señor Jorge A. Ruiz Quijano, según los términos de su exposición de fecha 12 de febrero de 1953, a que se refiere esta actuación, porque el memorialista no ha demostrado que los impuestos se causaron y deben cubrirse por las empresas señaladas en su denuncio.

"ARTICULO SEGUNDO. — Contra esta providencia son procedentes, el recurso de reposición dentro de los diez días siguientes a su notificación, y el recurso ante el Contencioso Administrativo".

Como era lógico, el señor doctor Delgado Morales interpuso recurso de reposición en forma muy extensa y juiciosa, en el que se encuentran los siguientes pasajes que la Sala respalda:

"2º—El espíritu y la letra de la Ley 27 de 1935 que regula la institución de bienes ocultos, así como el Código Fiscal de Cundinamarca y el contrato respectivo, determinan la obligación, por parte del denunciante, del bien considerado como oculto, de describirlo con toda precisión y claridad, e individualizarlo de modo que sea inconfundible con otro. Deter-

minado como bien oculto, materia del denuncio, un fraude al patrimonio del Departamento, consistente en la violación de disposiciones legales sustantivas que regulan la liquidación, percepción y pago completo de los impuestos, el contratista, que es un particular, para probar la existencia del bien denunciado como oculto, solo está en capacidad de probar la forma y modo como se cumple el fraude y la violación de la ley en virtud de la cual se causaron los impuestos, así como las dispisiciones legales que regulan la liquidación y pago del impuesto. El contratista denunciante no puede obligar a los liquidadores, recaudadores y demás funcionarios encargados de velar por los intereses del Departamento, ni a los encargados de la fiscalización de sus rentas, a certificar el fraude. Compete esta obligación al gobierno de la entidad pública a que pertenece el bien denunciado como oculto. El señor Administrador General de Rentas, funcionario competente para conocer de estos acaecimientos, cuando era miembro de la Junta de Hacienda de Cundinamarca, conceptuó que sí era bien oculto el denunciado como tal".

"..... ....

"4º—En el considerando décimo tercero dice la Resolución que los documentos aducidos como pruebas de la existencia de los bienes ocultos denunciados, no acreditan los hechos concretos, ni las cantidades de cerveza traída de Barranquilla, ni las cantidades consumidas internamente en las fábricas de Bogotá. En efecto, el denunciante de un fraude a las rentas, está en imposibilidad metafísica, mientras no se le invista de las facultades legales consiguientes, para precisar las cantidades de cervezas consumidas en el Departamento, sin haber satisfecho el pago de los impuestos correspondientes y las sumas exigibles a las empresas denunciadas como deudoras. Un particular no podría obtener la confesión de fraude del transgresor de la ley, ni tiene los instrumentos de que dispone el gobierno de la entidad afectada con el fraude, para determinar, tanto las cantidades de cervezas consumidas sin el pago de los impuestos correspondientes y el monto de la cuantía del fraude. Para demostrar dicha imposibilidad física en que está el denunciante, como particular, para precisar concretamente, las cantidades de cervezas que no pagaron los impuestos respectivos y la cuantía del fraude denunciado como bien oculto, me permito citar el siguiente ejemplo: Mi representado, señor Ruiz Quijano, apoderado especial del Departamento del Atlántico para obtener el reintegro al fisco departamental de esa Sección de la República de un bien oculto análogo al denunciado en Cundinamarca, teniendo en cuenta la negativa de una de las empresas deudoras, al Gobierno Seccional, de permitir constatar en sus propios libros las cantidades de cervezas distribuídas como regalías, sin el pago del impuesto legal de consumo, hubo de ocurrir, en defensa de los derechos e intereses de su mandante, al Poder Judicial en demanda exhibitoria e inspección ocular parcial de libros, cuadros, etc., de contabilidad de la empresa renuente, para poder preconstituír la prueba legal de las cantidades de cervezas que no han pagado el impuesto y la cantidad líquida en dinero del fraude, a fin de poder reivindicar estos valores para el fisco de aquel Departamento. Me tomo la libertad de poner a la disposición de la Junta de Hacienda, para su me-

jor información, un folder contentivo de las demandas y piezas de estos negocios", y sobre la misma cuestión probatoria estimada deficiente por la providencia recurrida dijo:

"Las empresas denunciadas por fraude a este impuesto, no han solicitado para sus despachos a otros Departamentos las respectivas tornaguías, y por lo que respecta a Cundinamarca, no han pagado jamás provisionalmente el impuesto respectivo como lo comprobó el denunciante con el certificado del Tesorero General del Departamento del Atlántico, con lo cual se ha consumado la violación en la forma de liquidación y pago de dicho impuesto estatuído en los apartes a) y b) del Decreto número 20 de 1943, reglamentario de la ley que creó el impuesto. Además, el denunciante ha comprobado, con la copia de una acta correspondiente a un mes del año de 1947, de la Administración de Rentas de Cundinamarca, que ha venido aceptando de parte de este impuesto, en cuenta corriente, es decir, ad-libitum, de lo que quieran consignar por este concepto las empresas obligadas a pagar este impuesto sobre las ventas que realicen. La tornaguía es además un comprobante del ingreso de este impuesto al fisco departamental.

"En vía de información, pongo a la orden de la Junta de Hacienda, un folder que contiene actas originales de visita sobre **Producción—Distribución y Consumo** de las fábricas de Barranquilla denunciadas como defraudadoras de este impuesto del 5% en Cundinamarca, en el período de 1943 a 1948, actas de donde obtuvo el denunciante las cifras correspondientes a despachos para el consumo de Cundinamarca, cuyo impuesto del 5% sobre ventas en ese período calculo en $ 81.802.43, en los despachos de las marcas 'Aguila', 'Costeña' y 'Maltina', sin que esto quiera decir, que este es el valor del fraude a las rentas de Cundinamarca por este concepto, el cual quedó determinado en el denuncio correspondiente: "desde la época de la vigencia del gravamen (1943)".

Para estudiar el memorial del doctor Delgado fueron comisionados el señor doctor Hernando Restrepo Botero, y el Contralor General del Departamento, señor doctor Antonio Medina Cely.

El primero, luego de exponer todos los antecedentes del asunto y de precisar los bienes denunciados, manifestó:

"II. — La Ley 27 le 1935, normativa de la institución de bienes ocultos, y el Decreto reglamentario 2.963 de 1936 que señala "el procedimiento administrativo en el denuncio de bienes ocultos al Estado", establecen taxativamente los requisitos que son obligatorios al denunciante para demostrar ante la entidad pública correspondiente, la existencia de los bienes ocultos de su propiedad que se hallan en poder de particulares; condiciones que se concretan a la descripción de dichos bienes "con toda claridad y precisión, diciendo en qué consiste el bien denunciado, describiéndolo por su ubicación y determinándolo claramente, de suerte que se individualice" de manera inconfundible.

"Frente a los presupuestos fijados por la Ley, deberá examinarse si con el señalamiento de la Ley en virtud de la cual se causaron los impuestos y las normas legales que regulan su liquidación y pago, y el allegamiento de documentos demostrativos del despacho o envío desde Ba-

rranquilla de cervezas con destino al consumo del Departamento de Cundinamarca, sin el amparo previo de las tornaguías correspondientes, básicas para la liquidación de los impuestos, y la constancia de la Administración General de Rentas de Cundinamarca de "no haber cobrado suma alguna por concepto del impuesto correspondiente a despachos de cervezas procedentes de Barranquilla", se hallan demostradas las características de BIEN OCULTO, el fraude al patrimonio departamental de Cundinamarca, consistente en el no pago de los impuestos denunciados por el señor Ruiz Quijano por conducto de su apoderado, doctor Delgado Morales.

"Los documentos citados en la Resolución cuya reposición se solicita y que dicen relación específica a la determinación de los bienes denunciados como ocultos, acompañados por el interesado con el objeto de acreditar la calidad de tales, son los siguientes:

".....

"Del texto de la Ley 78 de 1930 y de la Ley 45 de 1942, que ceden los impuestos de consumo de cervezas y el impuesto del 5% sobre ventas que realicen las fábricas de cervezas a favor de los departamentos, y del contenido de los documentos antes mencionados, se colige, sin lugar a dudas, que los bienes denunciados por el señor Ruiz Quijano, han sido determinados claramente e individualizados por su naturaleza y calidad en tal forma que sus características son inconfundibles, con relación a otros de su especie por una parte, y por la otra, se ha indicado con toda precisión el patrimonio al cual pertenecen y que no es otro que el de la Entidad Pública Departamento de Cundinamarca.

"Y no se diga que la falta de prueba específica sobre el consumo efectivo en Cundinamarca de las cervezas despachadas de Barranquilla, ni las consumidas de las fábricas de Bogotá por concepto de regalías, sin ánimo de lucro, impiden la determinación del bien oculto en abstracto, pues si bien es cierto que el consumo de la cerveza causa el impuesto, no es menos cierto que tales cantidades y la cuantía del **fraude** no es posible su comprobación en cifras, sin la previa declaratoria del bien oculto en abstracto a fin de investir al denunciante contratista de la personería necesaria para que pueda promover las acciones tendientes a recuperar esos bienes, mediante las cuales se habrá de determinar la cuantía. El hecho de encontrarse ausente, en el presente caso, el aspecto probatorio en cifras de consumo y en la cuantía del fraude, son precisamente los que le dan a los bienes denunciados la calidad de **ocultos**, de conformidad con la definición dada por la Ley 27 de 1935, que dice: que son **"aquellos que estén en condiciones tales que su carácter de propiedad pública SE HAYA HECHO OSCURO HASTA EL PUNTO DE QUE PARA QUE entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer ACCIONES EN JUICIO".** (Se subraya).

"El procedimiento señalado por el denunciante para recuperar los impuestos dejados de pagar y denunciados como bienes ocultos del Departamento de Cundinamarca es conducente y legal.

"En mérito de las razones expuestas, vuestra Comisión os propone:

"1º—Revócase en todas sus partes la Resolución número 3, de fecha tres de noviembre de de mil novecientos cincuenta y cuatro;

"2º—La Junta de Hacienda de Cundinamarca, de conformidad con la Cláusula Tercera del contrato entre el Departamento y el señor Jorge A. Ruiz Quijano, conceptúa que son bienes ocultos que pertenecen al patrimonio rentístico del Departamento de Cundinamarca los siguientes impuestos dejados de pagar:

"a) Los impuestos dejados de percibir por concepto del 5% sobre ventas de cervezas producidas y despachadas por las Fábricas 'Consorcio Bavaria S. A. de Barranquilla' y 'Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A.', también de Barranquilla, desde la vigencia de dicho impuesto (primero de enero de 1943) hasta la fecha de su liquidación, y

"b) Los impuestos dejados de percibir por concepto de "consumo interno habido en el interior de las fábricas"; el consumo por obsequios a asistentes o a particulares", o el que con cualquiera otra denominación hayan distribuído a título gratuito como regalías sin ánimo de lucro, las fábricas "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", "Cercevería Germania S. A." y "Cervecería Andina S. A." de Bogotá, desde el 1º de enero de 1932, hasta la fecha de su liquidación.

"c) Son procedentes las acciones administrativas propuestas por el denunciante contratista para liquidar y percibir los impuestos dejados de pagar y, si estas no fueren suficientes, la ejecutiva por jurisdicción coactiva enunciada, hasta obtener el pago de las cantidades de dinero liquidadas administrativamente a favor del Departamento de Cundinamarca. Vuestra Comisión (fdo.), HERNANDO RESTREPO BOTERO".

Y el señor Contralor General del Departamento de Cundinamarca, expuso:

"Me permito prohijar el precedente concepto emitido por el H. Miembro de la Comisión designada por la Junta de Hacienda, en cuanto a la reposición de la Resolución número 3 de 1954 (noviembre 3) dictada por la misma entidad y referente a la denuncia de bienes ocultos pertenecientes al Departamento de Cundinamarca, hecha por el doctor Carlos Delgado Morales en representación del señor Jorge A. Ruiz Quijano..... (fdo.), ANTONIO MEDINA CELY".

Así pues, durante el proceso de la vía gubernativa hubo opiniones encontradas, como acaba de ponerse de presente.

Debe anotarse sí, que la en parte transcrita Resolución número 3 de noviembre 3 de 1954, quedó fuera del examen de la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto como antes quedó visto, como consecuencia del auto para mejor proveer de 3 de marzo de 1960, visible al folio 71 del cuaderno principal, la Junta de Hacienda Departamental de Cundinamarca ante la **consulta** que le hizo el Consejo de Estado, determinó que la Resolución número 2 de 22 de julio de 1958, había sustituído por completo, excluyéndola, a la Resolución número 3 de noviembre 3 de 1954, que no fue demandada por el señor doctor Delgado Morales.

Durante el período probatorio en este juicio, el doctor Delgado Morales,

para mejorar las pruebas allegadas en la etapa gubernativa, pidió que

"...se tengan como prueba de la existencia del bien oculto los despachos que acompaño de cervezas marcas 'Aguila' de las Cervecerías Barranquilla y de la marca 'Cesteña' del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. también de Barranquilla para el Departamento de Cundinamarca a que se refieren las actas originales sobre producción, distribución y consumo levantadas por la Administración General de Rentas del Atlántico, correspondientes a los meses de los años de 1943 a 1948, para comprobar que estos despachos de cervezas de Barranquilla efectivamente fueron introducidos al Departamento de Cundinamarca, duda que se estableció en el informativo de la Gobernación al folio 68", como también solicitó que se librara despacho al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se certificara si ante él cursaba

"una demanda en solicitud de que se declare la nulidad del artículo 59 de la Ordenanza número 36 de 1939 (Código Fiscal de Cundinamarca) y en caso afirmativo, el estado en que se encuentre tal asunto".

Los anteriores pedimentos de pruebas, como otros más, fueron aceptados, previa citación del señor Fiscal Segundo del Consejo como resultado con respecto a la primera prueba, de que en efecto, durante el lapso señalado por el doctor Delgado Morales, aparecen mensualmente despachos de las Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. para el Departamento de Cundinamarca, constando al pie de cada una de dichas Actas notas como la siguiente:

"Se hace constar que el impuesto de las cervezas entregadas a las Cervecerías Barranquilla y Bol. S. A. corre a su cargo —referente al impuesto autorizado por el artículo 15 de la Ley 45 de 1942, y conforme lo dispone el Decreto número 43 de 1943, de la Gobernación del Departamento del Atlántico, el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., queda exenta de él por no vender cervezas en este Departamento—. Para constancia se firma la presente Acta por los que en ella han intervenido", y con resultado la segunda prueba, de que, en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cursó la demanda mencionada por el doctor Delgado Morales, y de que

"Surtido el trámite correspondiente fue fallada por el Tribunal el día veinte (20) de marzo del corriente año —1959, aclara la Sala—, declarando nulo el artículo 59 de la Ordenanza número 36 de 1939, expedida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca. El expediente respectivo se encuentra archivado".

El señor Fiscal Segundo del Consejo, doctor Domínguez, en su vista de fondo, seguramente por haber conceptuado en abstracto, o en general, que los bienes denunciados por el señor Ruiz Quijano no podían tener la calidad de bienes ocultos, en manera alguna estudió las pruebas presentadas respecto del primero de los bienes denunciados o sea el del 5% sobre las ventas de cerveza, y por consiguiente, sobre ellas nada aparece en su vista. En cambio, sobre el segundo bien denunciado como oculto, o sea, el del pago de los impuestos por consumos internos, dijo, como ya había quedado visto:

"....estos bienes a que se refiere la segunda parte de la demanda ni siquiera son determinables; lo primero porque la existencia de este bien

trata de acreditarlo el actor con **copia informal** de la Resolución número 30 de enero de 1931, recaída al memorial de 14 del mismo mes y año, sobre la solicitud del señor Presidente del Consorcio de Cervecería Bavaria S. A. sobre exención del impuesto de consumo de cervezas, principalmente con la bebida que resulte de roturas al hacer envase; y con copia informal de la contestación dada por el señor Tesorero General del Departamento del Atlántico, de 31 de octubre de 1931, al Consorcio de Cervecería Bavaria S. A., etc. El solo carácter que tienen estas comunicaciones de copias informales, es decir, de no ser certificaciones auténticas, es suficiente para desestimar tales documentos, ya que no puede estimarse su mérito, pues que tratándose de instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, como lo es para el caso el Tesorero General del Departamento del Atlántico, la copia del acto producido por este funcionario ha debido ser expedida formalmente y autorizada por el Secretario, conforme lo prevé para estos casos, el artículo 632 del C. J.".

Corresponde ahora sí a la Sala, decidir sobre si las pruebas presentadas por el señor doctor Delgado Morales demuestran la existencia de los dos bienes ocultos denunciados. Y al proceder a ello, se hace la advertencia de que al hacer la calificación respectiva de ellas, procederá con un criterio basado en la siguiente doctrina que siendo del Consejo de Estado en lo esencial fue acogida por la Corte Suprema de Justicia, que aparece en la "Compilación y ordenación realizada por el doctor Germán Orozco Ochoa", página 457, número 687:

"687.—**Bienes Ocultos.** — Efectos de la declaración administrativa.

"..... ....

"La decisión del órgano administrativo sobre la condición de ocultos de algunos bienes del Estado solo tiene por objeto "investir al denunciante de la personería necesaria para que pueda promover las acciones tendientes a recuperar esos bienes para el Estado, y para reconocer al mismo denunciante el derecho que conforme a la ley le corresponde como participación sobre el valor de dichos bienes", según concepto expresado por el Consejo de Estado en sentencia de junio de 1925, y que la Corte acoge. En efecto: la declaratoria de oculto de un bien solo quiere decir que respecto de él se ha hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, y que el Estado cede al denunciante una participación y lo inviste de la personería suficiente para que lo reclame en juicio al usurpador y ocupante. Quiere decir esto que el denunciante apoderado de la Nación echa sobre sí la carga de establecer la acción y comprobar en juicio el derecho del Estado, pues la declaratoria del bien oculto no significa propiamente que éste pertenezca de un modo indubitable al Estado, ya que puede comprobarse que ello no es así...".

Si la declaración administrativa o jurisdiccional de bienes ocultos tuviera un mayor alcance, es natural que el examen de pruebas para deducir la existencia misma de ellos, debería hacerse dentro de la rigidez con que lo hizo la Procuraduría del Departamento de Cundinamarca, pero no teniendo tales efectos declarativos sino proyecciones relativas, y constituyendo apenas un punto de partida, necesario sí, pero no definitivo, por

cuanto al ejercitarse por la entidad de derecho público respectiva que aperece como dueña de los bienes denunciados y declarados bienes ocultos, las correspondientes acciones en juicio, los demandados gozan de plenitud de derechos y de garantías para defenderse de manera tal que puedan lograr su absolución, o negativa de las solicitudes de la demanda que los responsabiliza.

De las pruebas presentadas por el señor doctor Delgado Morales para demostrar la existencia del bien oculto consistente en el no pago del impuesto del 5% sobre las ventas en Cundinamarca de cervezas provenientes del Departamento del Atlántico, si bien aisladamente consideradas ofrecen deficiencias, tomadas en conjunto tanto las que jugaron papel solo en la vía gubernativa, como las luego allegadas a este juicio que el actor denomina como "Actas de Producción, Distribución y Consumo", correspondientes a meses comprendidos entre los años de 1943 a 1947, e indicativas de despachos de cervezas de Barranquilla para ser vendidas en Cundinamarca, no es posible negar que se produce una situación por completo verosímil a que son, si no en el todo, en mucho ciertas las aseveraciones de que en el territorio del Departamento de Cundinamarca se vendían cervezas producidas en Barranquilla y que no pagaban el mencionado impuesto del 5% sobre las respectivas ventas, lo que la Sala estima como suficiente para dar por existente el bien oculto a este respecto denunciado, habida cuenta, naturalmente, de las manifestaciones de imposibilidad material hechas por el doctor Delgado Morales para presentar pruebas más completas, que atrás se transcribieron y que la Sala respaldó por encontrarlas fundadas.

En referencia a la prueba de la existencia del segundo bien denunciado como oculto, o sea. el no pago de los impuestos por consumos internos de cervezas, la Sala prohija las críticas formuladas por el Procurador del Departamento de Cundinamarca, antes transcritas, en primer lugar porque con relación al no pago en el Departamento de tales impuestos en el lapso comprendido "desde el 1º de enero de 1932, hasta la fecha de su liquidación", no se presentó documento alguno de relación directa, sino únicamente de "algún interés como antecedente para un denuncio análogo en el Departamento del Atlántico; pero no en el Departamento de Cundinamarca donde existen normas precisas que reglamentan la percepción del impuesto", y en segundo lugar, porque en efecto, lo estatuído por el artículo 29 del Decreto 772 de diciembre 22 de 1931 de la Gobernación de Cundinamarca, "por el cual se reglamenta el impuesto de consumo sobre cervezas de producción nacional, de conformidad con la Ley 78 de 1930", que dice:

"**Artículo 29.**—Entiéndese por consumo, **para los efectos del impuesto,** el hecho de ser preparada cualquier cantidad de cervezas, y hallarse lista para ser enajenada o dada al consumo público". (El subrayado es del Consejo), lo que hace cierto que

"En el Departamento de Cundinamarca no basta, pues, para que se cause el impuesto de consumo, con que la cerveza sea consumida en el sentido natural y obvio de la expresión. Para los efectos del impuesto es preciso que la cerveza se utilice no solo cuando se halla ya preparada sino

cuando, además, ya está lista para ser enajenada o dada al consumo público.

"En tal virtud, el "consumo interno habido en el interior de las fábricas de cervezas", el "consumo por obsequio a visitantes particulares" o "el que con cualquiera otra denominación hayan distribuído las fábricas de cervezas sin hacer el correspondiente pago del impuesto de consumo", no es un bien oculto del Departamento de Cundinamarca mientras no se demuestre que ese consumo se haya hecho sobre la cerveza ya preparada y lista para salir de la fábrica",

sobre lo cual, en realidad, ninguna prueba allegó el doctor Delgado Morales, como también, hay que apreciar que en el curso de la presente acción tan distinguido profesional en forma alguna contradijo tales aseveraciones, ni la vigencia del transcrito artículo 29 del Decreto 772 de 1931, no obstante la fuerza natural y espontánea de su razonamiento.

Igualmente, sobre este particular, se acepta la crítica del señor Fiscal Segundo del Consejo, al material probatorio aducido para tratar de probar la existencia del segundo de los bienes denunciados como ocultos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, en desacuerdo parcial con el concepto del señor Agente del Ministrio Público,

FALLA:

Primero.—Decláranse nulas las Resoluciones números 1 de julio 22 de 1958 y 2 de septiembre de 1958, expedidas por la Junta de Hacienda Departamento de Cundinamarca, **en la parte** que le negó la calidad de "bien oculto", al denunciado por el señor doctor Carlos Delgado Morales como apoderado del señor Jorge A. Ruiz Quijano, de que se trata en la parte motiva de esta providencia, y "que versa sobre impuestos a favor del Departamento de Cundinamarca dejados de pagar por concepto del 5% sobre ventas de cervezas producidas y despachadas por las fábricas "Consorcio Bavaria S. A.", de Barranquilla, y "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A.", también de Barranquilla, desde la vigencia de dicho impuesto (1º de enero de 1943) hasta la fecha de su liquidación', bien, que por las sumas de dinero que representa y para los efectos legales pertinentes, se declara como BIEN OCULTO DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA;

Segundo.—El Departamento de Cundinamarca investirá, dentro del término a que se refiere el artículo 121 del C. C. A., al señor Jorge A. Ruiz Quijano, o a quien sus derechos represente, de la personería necesaria para hacer efectivas las sumas de dinero representativas de los impuestos que hayan dejado de pagarse conforme al punto primero de esta sentencia, para lo cual se le otorgará el poder correspondiente.

En el ejercicio de este poder, el señor Jorge A. Ruiz Quijano, o quien sus derechos represente, gozará de los privilegios que las leyes conceden a los Departamentos cuando litigan;

Tercero.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo cuarto de la Ley 27 de 1935, la acción o acciones que fuere necesario iniciar por parte del Departamento de Cundinamarca para la efectividad del cobro de los impuestos declarados como Bien Oculto del Departamento, será o serán coadyuvadas por el respectivo Agente del Ministerio Público;

Cuarto.—Las acciones indicadas por el señor doctor Carlos Delgado Morales como apoderado del señor Jorge A. Ruiz Quijano, para hacer efectivo dicho Bien Oculto, son procedentes, y así se declara al tenor de lo dispuesto por el artículo cuarto de la Ley 27 de 1935, en relación con lo ordenado por el ordinal c) de este artículo, y

Quinto.—DENIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel común actuado, comuníquese a quien corresponda y archívese el expediente.

Alejandro Domínguez M. — Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

C

CONSULTAS DEL GOBIERNO

La "Cooperativa de Municipalidades de Antioquia" es una entidad de derecho privado.

Honorables Consejeros:

El señor Ministro del Trabajo, en memorial de 28 de enero último, formula al Consejo de Estado la siguiente consulta:

"Por su digno conducto, y con fundamento en el artículo 141 de la Constitución Nacional y el Capítulo IV del Título II del Código de lo Contencioso Administrativo, atentamente consulto a esa H. Corporación si la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia, Ltda. es una entidad de derecho público, o de derecho privado.

"Para mejor información del H. Consejo me permito acompañar los reglamentos de la Cooperativa y otros documentos relacionados con el mismo asunto".

SOCIEDADES COOPERATIVAS

Aparecen ellas por primera vez en la legislación colombiana en el año de 1931 cuando por la Ley 134 del mismo año se autorizó su fundación, determinó el régimen jurídico a que deberían someterse, señaló las distintas clases de ellas, previó el capital y fondos cooperativos, fijó las condiciones de sus socios y a la vez dispuso a cargo de quiénes estaría la administración de este tipo de sociedades. Finalmente estableció todo lo relativo a fondos de reserva, de distribución de utilidades y a su disolución y liquidación.

En la citada ley no se halla al comenzar propiamente una definición acerca de lo que debe entenderse por cooperativa. Su artículo 1º, en su primer inciso, apenas dice: "**Las sociedades cooperativas** podrán iniciarse y fundarse de acuerdo con la presente ley; pero no podrán empezar a funcionar mientras el Poder Ejecutivo no las autorice y apruebe sus estatutos, los cuales deberán acomodarse a la ley, y al régimen jurídico que en ella se establece. En el segundo inciso ordena que la resolución ejecutiva de autorización se publique en el Diario Oficial, que se protocolice en la Notaría respectiva y que un extracto de ella "deberá ser publicado y registrarse como el de las sociedades comerciales y surtirá los mismos efectos".

En el segundo artículo se detalla todo lo que debe contener el decreto reglamentario de la Ley que se está comentando especialmente lo relativo a la vigilancia e inspección que sobre las cooperativas debe mantener el Gobierno, a fin de que éstas se mantengan dentro de la esfera de la legalidad. El segundo inciso de esta disposición estatuye: "En los casos de infracciones graves, o cuando hubiere renuncia en el cumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias, o cuando a juicio del Gobierno estuvieren en peligro los intereses de los cooperadores, podrá revocar la autorización correspondiente y decretar la suspensión, disolución y liquidación de cualquier sociedad cooperativa".

Por tener especial importancia con la cuestión sometida por el Gobierno a esta Sala, se reproduce a continuación el artículo 12 de la Ley a que se está haciendo referencia.

"Artículo 12. — Autorízase a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, para fomentar en la forma que estimen conveniente y dentro de su jurisdicción, el establecimiento de sociedades cooperativas, de acuerdo con la presente ley, pudiendo para ello tomar acciones en las cooperativas, auxiliarlas con subvenciones, terrenos, locales, exenciones o rebajas de impuestos, préstamos de dinero, etc. Dichas entidades deberán procurar que las cooperativas municipales subvencionadas guarden lazo de unión con las centrales de las capitales, y deberán ceñirse a los modelos e instrucciones que elabore el Gobierno para la difusión y propaganda de tales cooperativas".

Luego en el artículo 13 al fijar las funciones de las distintas cooperativas y sus prerrogativas, dice en el numeral 5º: "Las cooperativas de habitaciones y de previsión y servicios especiales, serán consideradas, las primeras, como entidades de utilidad pública en relación con los fines que

persiguen, y las segundas, como instituciones de beneficencia para todos los efectos legales".

Más adelante, en el 19, determina los códigos que deben aplicársele a las cooperativas mientras no se opongan al carácter especial de ellas.

'Artículo 19.—En todo lo que no esté previsto en la presente ley, y en cuanto no pugne con la naturaleza y fines peculiares de las sociedades cooperativas, le aplicarán las disposiciones del Código de Comercio y del Civil sobre sociedades, especialmente de las anónimas".

El artículo 22 del mismo estatuto dice que para los efectos del mismo "reconócese en el derecho colombiano la modalidad de las sociedades de personal y capital variables e ilimitados y de duración indefinida".

Propiamente la definición de este tipo de sociedades la da el artículo 23 cuando preceptúa:

"Considérase **cooperativa** toda sociedad de capital y personal variables e ilimitados, en que los asociados organizan en común y con objeto determinada sus actividades o sus intereses individuales, a fin de realizar el progreso económico o social de los que componen la asociación, sin ánimo de lucro y sobre la base de distribución de los beneficios a prorrata de la utilización que cada uno haga de la función social".

En el artículo siguiente al fijar los objetos y fines de esta clase de sociedades prevé que algunos de ellos son "fomentar el crédito, la industria, la agricultura, las profesiones, artes y oficios, y, en general, de obtener el mejoramiento de las condiciones de los asociados y adherentes de las empresas cooperativas".

El artículo 28 ordena:

"Las sociedades cooperativas acompañarán precisamente su denominación social con las palabras "sociedad cooperativa"; y si fueren de responsabilidad **limitada,** agregarán esta última palabra".

En el artículo 30 al especificar las distintas clases de cooperativas preceptúa en el numeral 4º al referirse a las de crédito "que tienen por objeto procurar a los asociados préstamos y servicios de crédito para ayudarlos al mejor desarrollo de sus actividades, etc." y en el numeral 5º al tratar de las cooperativas de construcción y trabajo dice "que tienen por objeto la construcción de puertos, canales, ferrocarriles, caminos, edificios públicos o privados, acueductos, plantas eléctricas, tranvías u otra clase de obras **públicas** o particulares...".

Y al determinar en el artículo 54 los requisitos exigidos a los socios de las cooperativas dispone que pueden serlo "las personas jurídicas que no persiguen fines de lucro".

Se tiene, pues, que la legislación cooperativista en nuestra legislación representa un gran avance mediante el sistema de solidaridad de esfuerzos económicos entre los asociados que les facilitan a estos un modo eficaz de lograr un mejorestar mayor en no pocas de las necesidades primordiales como lo son el crédito, la vivienda y los servicios de energía eléctrica, agua, etc.

Fijando a grandes rasgos las características esenciales de esta modalidad de sociedades se puede observar lo siguiente:

a) Que son de personal y capital variables e ilimitados;

b) Que a ellas les son aplicables, en cuanto no pugnen con su naturaleza peculiar, las disposiciones del Código de Comercio y del Civil sobre sociedades;

c) Que tienen una severa vigilancia por parte del Estado a través de distintos órganos que lo representan, entre ellos de la Superintendencia Nacional de Cooperativas;

d) Que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales están autorizados para fomentar, dentro de su jurisdicción, el establecimiento de sociedades cooperativas pudiendo tomar acciones en ellas, auxiliarlas, concederles préstamos, eximirlas de ciertos impuestos, etc.;

e) Que de ellas pueden hacer parte las personas jurídicas que no persiguen fines de lucro, y

f) Que no hay sino un tipo de sociedad cooperativa, lo que implica que todas las que se funden, cualesquiera que sean sus socios, están sujetas a la Ley básica de ellas que se acaba de analizar.

COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA LIMITADA

Usando de la autorización dada a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales por el artículo 12 de la citada Ley 134 de 1931 sobre cooperativas, se exipidió por la de Antioquia la Ordenanza número 45 de 1939 cuyo artículo 1º, dispuso:

"Autorízase al Gobernador para que en representación del Departamento y con los Municipios que lo quieran, funde una Cooperativa que atienda en forma adecuada a las distintas necesidades de las entidades que ingresen a ella".

Al fijar el artículo 2º las bases que deben desarrollarse en los estatutos de la futura sociedad, en la letra e) dijo:

"Que tenga el carácter de cooperativa de crédito, con secciones de construcciones, consumo, compras y ventas, producción, servicios especiales y fomento".

En la letra c) ordenó:

"Que solamente ingresan como socios al Departamento y los Municipios de Antioquia; las demás personas jurídicas o particulares solo pueden hacerlo como adherentes".

En la letra h) dispuso:

"Que la fiscalización esté a cargo de una junta integrada por tres personas, nombrada por el sistema del cuociente electoral. Cada una de estas tres personas tendrá el carácter de auditor".

Y en la letra i) del mismo artículo, estableció:

"Que la responsabilidad de la Cooperativa sea limitada".

La Cooperativa así fundada obtuvo su personería jurídica lo mismo que la aprobación de sus Estatutos, previo concepto favorable de la Superintendencia de Cooperativas y viene desde su fundación prestando en Antioquia magnficos servicios.

Esta sociedad por mandato ordenanzal es limitada, y por lo mismo, se debe analizar lo que ello implica dentro de su razón social.

Dispone el artículo 1º de la Ley 124 de 1937 lo siguiente:

"En las sociedades de responsabilidad limitada que por esta ley se autorizan, la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de estos se indique y la administración corresponde de derecho a todos y cada uno de ellos, los que pueden desempeñarla por sí mismos o por sus delegados, sean socios o extraños".

La intención, pues, del legislador antioqueño quedó muy claramente definida en la Ordenanza dicha, o sea: fundar una Cooperativa de responsabilidad limitada entre el Departamento y los Municipios que quisieran ser socios de ella, con el derecho para las demás personas jurídicas y particulares de hacerlo como adherentes. Quiso la Ordenanza citada que la Cooperativa por la misma autorizada sirviera al crédito de los asociados y que atendiera a otros frentes indicados por la ley orgánica del ramo tales como el de construcciones, consumo, producción, servicios especiales y fomento. De consiguiente, la voluntad de los fundadores de la Cooperativa que se está analizando fue el de que ella tuviera los mismos caracteres de las demás sociedades de esta clase que funcionan en el país. Y así tenía que ser, porque como se vio atrás, el legislador colombiano no previó que se pudieran establecer en el territorio cooperativas con distintos fueros y diversa personalidad jurídica, y de consiguiente la Cooperativa de Municipalidades mencionada de que se trata, para ser aprobada y autorizada por el Gobierno tuvo que acomodarse al régimen jurídico a ella señalado o sea al de sociedades privadas que la ley consagra en el derecho colombiano, lo que vale decir, que si no tuviera este carácter y fuera una entidad de derecho público o de carácter oficial el Gobierno no habría podido darle la aprobación ni autorizar su funcionamiento. Tan cierto es ello que para que esta clase de sociedades pudieran estimarse como de utilidad y conveniencia públicas, a fin de ampararlas con ciertos privilegios e imponerles determinadas obligaciones, fue preciso que el Gobierno dictara el Decreto Ley número 874 de 1932 en cuyo artículo 1º se dispuso:

"Decláranse de utilidad y conveniencia pública para todos los efectos legales, las sociedades y cooperativas que se constituyan de conformidad con la Ley 134 de 1931".

Es obvio que esta declaración no hubiera sido precisa si las cooperativas fueran entidades de derecho público. Y no se puede sostener que tienen ese carácter por la circunstancia de ser sus socios principales el Departamento de Antioquia y los Municipios cooperados entidades oficiales, porque según la legislación civil de Colombia (artículo 2079 del C. C.) la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, y por esto no puede alegarse que la Cooperativa a que se está aludiendo es una entidad de derecho público por el solo hecho de que su capital esté integrado por los aportes del tesoro departamental y municipales porque estos dejan de ser oficiales desde el momento mismo en que se integran a una sociedad de carácter cooperativo a la cual la ley, por todo lo que se ha dejado expuesto, la clasifica entre las entidades de de-

recho privado. No se debe olvidar para corroborar lo anterior que el mismo legislador antioqueño así lo aceptó implícitamente cuando previó en el inciso c) del artículo 2º de la mencionada Ordenanza número 45 las condiciones en que podrían formar parte de la cooperativa allí autorizada "las demás personas jurídicas o particulares".

De lo anterior es dable concluír con claridad que la sociedad cooperativa que se estudia no obstante ser una creación de origen oficial, se rige, sin embargo, por las normas de derecho privado.

Por qué esta Cooperativa no es un establecimiento público descentralizado

Ni en nuestra Carta Fundamental ni en ley ninguna se halla la definición de lo que debe entenderse por establecimiento público. Apenas el Acto Legislativo número 5 de 1954, artículo 1º, hablaba de éste pero sin definirlo y el cual se transcribe en seguida pero como antecedente pues sabido es que fue derogado por el Plebiscito.

'Artículo 1º—El legislador podrá crear establecimientos públicos, dotados de personería jurídica autónoma para la prestación de uno o más servicios especialmente determinados los cuales tendrán competencia para la ejecución de los actos necesarios al cumplimiento de su objeto, y en sus actividades podrá abarcar todo el territorio nacional o parte de él.

"También podrá el legislador autorizar a los Departamentos y Municipios para la creación de establecimientos de este género dentro de sus respectivos territorios, lo mismo que regular las asociaciones de carácter público entre Municipios o Departamentos para prestar determinados servicios públicos.'

"Mientras la Asamblea Constituyente asume las funciones legislativas, el Gobierno queda ampliamente autorizado para ejercer las funciones otorgadas en este Acto al legislador".

Pero al lado de esta disposición, útil desde luego, debe recordarse que hay otra de igual categoría que es el artículo 44, inciso 1º, de la Magna Carta (inciso 1º del artículo 20 del Acto Legislativo número 1 de 1936) que prevé otras necesidades y conveniencias, la cual dice:

"Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

Fue precisamente esta norma y la autorización dada a los Departamentos y Municipios por el artículo 12 de la Ley 134 de 1931, sobre cooperativas, las que sirvieron para la fundación de la Cooperativa cuyo carácter jurídico se estudia.

Continuando en la búsqueda de la verdad acerca de la cuestión que se consulta hoy con el Consejo de Estado, es oportuno transcribir aquí algunos conceptos sobre el particular del autorizado tratadista doctor Eustorgio Sárria quien en su "Tratado de Derecho Administrativo", dice:

"El establecimiento público desempeña en el proceso de descentralización por servicio, un papel de capital importancia. Por medio de él las actividades de orden técnico inherentes al servicio, se cumplen de modo regular, sin la interferencia de intereses políticos del momento. Las tremen-

das consecuencias de un cambio político se amortiguan y no se provoca el viraje brusco que altera notablemente las condiciones de normalidad administrativa. Estas, entre otras, las razones para que dentro del Estado moderno se le destaque como una de las instituciones preferidas para la organización y prestación de servicios públicos".

"Si no se tratare de actividades de carácter técnico, no podría pensar en la creación o existencia de un "establecimiento público".

"El "establecimiento público", organismo descentralizado, es parte de la Administración, pero por razón de la autonomía que le es peculiar, se halla sometido a normas objetivas especiales. Estas normas especiales son las que le dan origen, vida propia, patrimonio y gestores más o menos autónomos. Así, pues, se presenta el establecimiento público como una creación de la ley".

"Pero la autonomía administrativa de que goza el establecimiento público no lo exonera de la guarda de los gobernantes, la cual se ejerce en forma más o menos directa, y es indispensable para mantener la unidad de criterio en los servicios a cargo del Estado. La doctrina anterior armoniza con el pensamiento de los más celebrados expositores de derecho público".

"Hauriou dice que el establecimiento público es un servicio público, incorporado al Estado, dotado de personalidad jurídica, en lo cual se diferencia de ciertos centros de servicio público con autonomía aparente".

"Waline dice que el establecimiento público es una persona administrativa descentralizada, encargada de dirigir un servicio público o un grupo de servicios públicos conexos, a cargo del Estado, se supone, y, en consecuencia, hace parte de la Administración Pública del mismo Estado".

"Fleiner dice: 'cuando la ley, con el fin de atender a una determinada función, separa de la organización general administrativa un conjunto de medios, de tal manera que estos deben llevar una existencia independiente desde el punto de vista técnico y una personalidad jurídica propia, aparecen entonces los llamados establecimientos públicos' ".

"Para Jeze el establecimiento público se caracteriza porque se refiere a un servicio público, y porque goza de patrimonio propio afecto a los gastos que origina dicho servicio. Y luego agrega: para saber si existe establecimiento público propiamente dicho, es necesario atenerse a la intención del legislador. En Francia es únicamente el parlamento quien tiene atribuciones para crear un patrimonio especialmente afecto a un servicio.

"Resumiendo, continúa el profesor Sarria, toda esta importante doctrina se puede concluír que para la existencia de un establecimiento público se requiere:

"a) Que se trate de un servicio público cuya organización y prestación esté a cargo del Estado;

"b) Que el servicio sea por excelencia técnico, de contenido perfectamente económico, cultural o social.

"c) Que por medio de la ley se consagre la autonomía administrativa y patrimonial, y la capacidad suficiente para actuar frente a los usuarios del servicio y los demás organismos estatales;

"d) Que los gobernantes mantengan la necesaria tutela del organismo, como garantía de unidad del criterio administrativo".

La función crediticia que para con los asociados (hoy son 94 Municipios) ejercita la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia es principalmente la financiación de sus obras y entre estas, de preferencia, las plantas eléctricas. A más de este importante servicio de crédito, les presta otros también de significado a través de un almacén que posee en donde se les suministra a plazos algunos artículos, necesarios a sus obras, tales como contadores eléctricos, de agua, etc. De suerte, que en esencia, los servicios prestados por la Cooperativa dicha a sus socios son los de crédito, bien construyendo directamente ciertas obras de interés público para estos, dándoles facilidades de precio y plazos, o ya también concediéndoles empréstitos para el costo de las mismas obras que se encargan de hacer firmas responsables, previa licitación y con la interventoría de la Cooperativa.

Toda esta función no obstante ser muy importante y plausible, no alcanza, ni con mucho, a tener los caracteres de servicio público a cargo del Estado, de estar incorporado en la Administración de éste y tener condiciones tales que pueda calificarse de técnico por excelencia, que son los requisitos esenciales para un verdadero establecimiento público. ¿Cómo va a ser razonable sostener que el crérito con que sirven los cooperados en la sociedad tantas veces mencionada es un servicio público de los que por naturaleza corresponde prestar al Estado, los Departamentos o Municipios? No es tampoco aceptable que esta finlidad crediticia llevada a cabo por la Cooperativa de que se trata sea igual o semejante a aquella persona administrativa descentralizada contemplada por el tratadista Waline "encargada de dirigir un servicio público o un grupo de servicios públicos conexos, a cargo del Estado" como vr. gr. las Empresas Públicas Municipales de Medellín, para citar un caso de Antioquia, las que sí tienen la fisonomía clara de un establecimiento público descentralizado. Menos puede decirse que la sencilla función crediticia realizada por la Cooperativa de Municipalidades dicha sea por excelencia técnica, que es otra de las características de aquella clase de establecimientos.

También debe observarse que lo que diferencia fundamentalmente los establecimientos públicos de carácter estatal de los que como la Cooperativa mencionada tienen carácter de entidad de derecho privado, es la ausencia de lucro en estas que las distingue su fisonomía de sociedades de utilidad y conveniencia pública, lo que no sucede en las primeras o sean los organismos autónomos descentralizados que forman parte, por ejemplo, en las Empresas Públicas Municipales de Medellín para la prestación de servicios técnicos como los de luz, agua, teléfonos y alcantarillado que son parte manifiesta o saliente de los servicios distritales y los que naturalmente deben administrarse con un criterio de lucro, claro que sin explotación exagerada, para que con sus productos ensancharlos y mejorarlos cada día tal como lo exigen las necesidades de los asociados.

Finalmente, y por vía de ilustración de los antecedentes del problema que se estudia, debe anotarse que sometido él a la consideración de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, a raíz de su fundación en el año

de 1942, fue de parecer que la sociedad de que se trata tiene el carácter de una entidad de derecho privado. Más tarde en el año de 1955, la misma Superintendencia conceptuó que "la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia es en verdad un establecimiento público considerado como una especie dentro del género cooperativo y por lo tanto queda sometida primordialmente a este sistema y en lo que no lo viole se rige por sus estatutos que en mi concepto tienen el carácter de un auténtico acto administrativo originado en la voluntad del Departamento y de los Municipios asociados". Como es obvio esta tesis es notoriamente deleznable ante la sola consideración de que la ley que creó el sistema de cooperativas no contempló en parte alguna que pudiera haber sociedades de esta clase de distinta especie o de una fisonomía jurídica diferente las unas de las otras. Por el contrario, cuando en su artículo 12 autorizó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para fomentar el establecimiento de sociedades cooperativas dentro de su jurisdicción no les concedió prerrogativa de excepción ninguna y por tanto las dejó enmarcadas dentro del régimen jurídico de todas las otras cooperativas que no tuviesen aportes de entidades oficiales.

El Tribunal Superior de Medellín, en Sala Laboral, en reciente fallo, fue de parecer también que la citada Cooperativa antioqueña tiene el carácter de sociedad de derecho privado.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, conceptúa que la "Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada" es una entidad de derecho privado, y por tanto dispone transcribirle al señor Ministro del Trabajo el precedente estudio como respuesta a su consulta de fecha ya anotada.

Bogotá, D. E., febrero 20 de 1959.

José Urbano Múnera

* * *

CONTRATO DE RECONOCIMIENTO

No es competente el Consejo de Estado para REVISAR contratos de obras ya ejecutadas y recibidas por el Gobierno. — Implica apenas la legalización de una situación de hecho.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencios Administrativo. — Bogotá, D. E., marzo veinte de mil novecientos cincuenta y nueve.

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

El señor Ministro de Obras Públicas, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 250 del Código de lo Contencioso Administrativo,

interpuso el recurso de reposición contra la providencia dictada por esta corporación el once de febrero último para que fuera revocada y se declarara como consecuencia de ello ajustado a las autorizaciones legales el llamado **"contrato de reconocimiento"**.

Subsidiariamente solicitó aquel alto funcionario que el Consejo, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 248 y 249 de la obra citada, indicara las reformas o modificaciones necesarias para que el aludido acto jurídico mereciera la aprobación.

Cinco razones fundamentales se expusieron con la mira de obtener la revocatoria de la providencia mediante la cual el Consejo **se declaró inhibido** para ejercer la función revisora consagrada por los artículos 242 y ss. del C. C. A., las cuales se pueden sintetizar así:

1ª—Desde el momento en que los contratantes capaces consienten en el acto o declaración que recae sobre un objeto lícito en unión de una causa lícita, surge a la vida jurídica el contrato según los artículos 1.496 y 1.502 del C. Civil; 2º la **buena fe,** en el campo del Derecho, tiene una función creadora que aplicada al caso hoy sometido a estudio sirve "para arreglar contractualmente situaciones creadas y hechos cumplidos que tuvieron su origen y desarrollo en un estado de emergencia y de legislación marcial...", estado que tiende a desaparecer mediante el retorno de las instituciones jurídicas y con la especial colaboración del Congreso quien, por medio de la Ley 19 de 22 de noviembre último, autorizó al Gobierno para reglamentar la celebración de contratos encaminados a descentralizar los servicios públicos; 3ª ser la autorización legal el elemento esencial "para que el Gobierno pueda desarrollar la facultad de celebrar contratos para la ejecución de obras públicas"; 4ª haberse creado entre el Ministerio de Obras Públicas y la Gobernación del Departamento del Cauca una "situación contractual para liquidar una situación de hecho"; y 5ª haberse aceptado por el Consejo, en reciente providencia, la legalidad de los llamados "contratos de reconocimiento".

Para resolver se considera:

Se insiste, por parte del Ministerio, de que en el caso hoy sometido a estudio se trata de "un contrato de reconocimiento" y que por tal razón el Consejo sí tiene competencia para pronunciarse sobre la ilegalidad o legalidad de él. Por su parte. el Consejo sigue sosteniendo su tesis consistente en que, en el caso **sub-judice**, el acto jurídico cuya revisión ha intentado obtener el Gobierno es un **acto unilateral** conocido en nuestro derecho civil sustantivo con el nombre de "reconocimiento",y de "confesión" en Pruebas Judiciales. No debe olvidarse que en la celebración de todo contrato **la concurrencia de la voluntad de ambas partes es siempre necesaria, es elemento esencial, intrínseco, sine qua non.** Por consiguiente para que surja a la vida jurídica el contrato no basta la declaración de la persona que se obliga, sino que es necesaria la manifestación de la persona acreedora o titular del derecho. En el acto unilateral solo es necesaria la declaración de la persona obligada; la adición de la declaración de la parte acreedora es un **elemento puramente accidental** que no modifica en lo más mínimo la fisonomía jurídica del **acto unilateral.** Por este motivo, la declaración hecha por el señor Gobernador del Departamento del

Cauca, agregada a la manifestación espontánea del Ministerio de Obras Públicas y constante en el documento que figura en los autos no eleva a la categoría de acto bilateral o **contrato** el acto puramente unilateral efectuado por el Gobierno Nacional.

Resta agregar que el nombre que se le asigne por una persona o por varias a un acto jurídico no determina ni puede determinar su naturaleza, y ello porque todos los entes jurídicos tienen factores especiales de integración, y una vez que se presenten reunidos tales elementos surge a la vida jurídica el ente respectivo. De allí viene el aforismo: **Contractus non ex verbis sed ex re.**

La atenta consideración de las cláusulas recogidas en el documento que aparece en el expediente, los mismos antecedentes del acto que se quiere someter a la revisión y las aseveraciones contenidas en el memorial de reposición están indicando que en el caso **sub-judice** no se trata de celebración de un contrato entre el Estado y el Departamento del Cauca. Realmente el verdadero contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públisas y el señor Gobernador del Deuartamento del Cauca, durante el Gobierno de la Junta Militar, **fue ejecutado y cumplido** por una de las partes antes del 22 de mayo de 1958. Por consiguiente, no se tuvo en cuenta por el Gobierno de la H. Junta Militar la no menos clara que categórica norma contenida en el inciso final del artículo 245 del C. C. A., mandato legal concebido en estos términos:

"No podrá ejecutarse ningún contrato antes de su revisión por el Consejo de Estado, cuando la ley exige esta formalidad para su firmeza".

El doctor Tulio Enrique Tascón, al comentar el inciso transcrito, se expresa así:

'La prohibición de ejecutar los contratos antes de su revisión por el Consejo de Estado tiene por objeto poner fin a la corruptela que se había introducido, de someter a la revisión del Consejo los contratos sobre ejecución de obras nacionales o prestación de servicios, cuando ya las obras habían sido ejecutadas o los servicios prestados, en forma que el Consejo se encontraba en frente a una situación de hecho que había creado derechos para las partes contratantes".

Tratándose, pues, de un simple reconocimiento de una obligación a cargo del Estado —nacida de un contrato **ejecutado sin la previa revisión del Consejo**—, acto que por su propia naturaleza **es unilateral**, esta corporación carece de jurisdicción para pronunciarse sobre tal acto, ya que la función revisora en materia de contratos solo se puede ejercitar dentro de los precisos límites fijados por el Legislador.

El caso que se cita por el recurrente, como jurisprudencia del Consejo, no puede tener el alcance que se le fija, ya que en la providencia dictada por el entonces Consejero Dr. JORGE A. VELASQUEZ, el 19 de diciembre último, en el contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y el señor ingeniero JOSE A. HERNANDEZ, no se adujo razón alguna para mirar tal acto jurídico como **verdadero contrato.**

Para aceptar el anterior aserto basta la simple lectura del proveído a que se viene haciendo alusión. Dice éste:

"Ha llegado para su revisión legal por esta corporación el contrato que se hace constar en escrito de fecha 27 de noviembre del año en curso y por el cual se da cuenta de que entre el Ministerio de Obras Públicas y el ingeniero José A. Hernández se convino que por concepto de las obras jecutadas en los puntes de Venadillo-Gualí y Totare y enumerados en el considerando 4º del presente contrato por el ingeniero José A. Hernández, **el Gobierno se obliga a reconocer y pagar** al mencionado ingeniero la suma de CIEN MIL NOVECIENTOS PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($ 100.915.41) m. legal".

"Al contrato, previo concepto favorable del Consejo de Ministros, le fue impartida la correspondiente aprobación ejecutiva el día 15 del presente mes y año".

"No se exige fianza ni se estipula cláusula penal ni caducidad por tratarse de un contrato de reconocimiento de obra **ya ejecutada y recibida a entera satisfacción** del Ministerio de Obras Públicas".

"Por lo demás, el contrato recibió la aprobación del Consejo Nacional de Vías de Comunicación y fue pagado el correspondiente impuesto de timbre nacional".

"Se reúnen, pues, los requisitos legales para que el concepto de esta corporación sea favorable".

"Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, DECLARA que el contrato de la referencia se ajusta a los ordenamientos legales". (Las sublíneas no son del texto).

Se ha hecho esta transcripción para que se vea que no hay razón legal alguna para revisar lo que es apenas **un reconocimiento** de una obligación hecha con la mira de legalizar una situación de hecho, legalización que no puede hacerse por conducto del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, no se repone el auto de la fecha y procedencia indicadas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta — Manuel A. Dangond Daza — Alejandro Domínguez Molina — Pedro Gómez Valderrama — Francisco Eladio Gómez G. — El Secretario, Luis F. Sánchez.

D

DECRETOS DEL GOBIERNO. — LA CONSTITUCION DESPUES DE LA ENMIENDA PLEBISCITARIA

Interpretación de los artículos 4º, 5º y 6º de la Carta en lo referente a la provisión de cargos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencios Administrativo. — Bogotá, mayo 11 de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

REF.: Expediente número 399.—Actor: Cristina Bossio Herrera.

Por medio del decreto número 1414 de 4 de mayo de 1954, el Gobierno Nacional dispuso el traslado de la señorita Cristina Bossio Herrera del cargo de Jefe de la Sección Cuarta —Educación Física, Deportes y Folclore— del Departamento de Educación Femenina del Ministerio de Educación Nacional, al de Directora de la Escuela Nacional Femenina de Educación Física. Tomó posesión de su puesto y desempeñó sus funciones por cuatro años.

Por decreto número 0552 de 29 de marzo de 1958, se le trasladó del destino que ejercía al de Profesora Interna —Directora de Grupo— de la Escuela Normal Superior de Señoritas de Manizales, y por decreto número 0715 de 24 de abril de 1958, se le reemplazó en el puesto de Directora de la Escuela Nacional Femenina de Educación Física por la señorita Leonor Pachón Márquez.

Cristina Bossio Herrera estaba inscrita en la primera categoría del escalafón de segunda enseñanza, inscripción ordenada por la Resolución número 174 de 10 de febrero de 1948, originaria de la Junta Seccional de Cundinamarca, y confirmada por la Resolución número 678 del mismo año, dictada por la Junta Central del Escalafón.

El último traslado no fue aceptado por la señorita Bossio Herrera por considerar que con ese ordenamiento administrativo se le bajaba de categoría, se le disminuía sustancialmente la asignación que tenía fijada y se le quebrantaban sus derechos. El sueldo correspondiente al cargo de Profesora Interna —Directora de Grupo— de la Escuela Normal Superior de Manizales es bastante inferior al que devengaba en el puesto que ejercía.

Por estimar que los Decretos números 0552 de 29 de marzo de 1958 y 0715 de 24 de abril del mismo año violaban las Leyes 43 de 1945 y 64 de 1947, lo mismo que el decreto número 30 de 1948, la señorita Bossio He-

rrera, obrando por medio de su apoderado especial, doctor Pedro Pérez Sotomayor, formuló oportunamente demanda ante el Consejo de Estado para que se declarara la nulidad de esos ordenamientos administrativos, se decretara el restablecimiento del derecho quebrantado y se le pagaran los sueldos dejados de percibir en el tiempo en que permaneció cesante consecuencia del traslado ilegal.

Rituado el juicio con arreglo a las normas procesales, ha llegado la oportunidad de proferir sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, doctor Uladislao Domínguez, estima que los actos administrativos atacados se ajustan a las disposiciones constitucionales y legales vigentes y, consiguientemente, solicita que no se acceda a las súplicas del libelo. Apoya su tesis en las siguientes premisas:

1ª—No es lícito a los funcionarios públicos examinar la razón, conveniencia o legalidad de las decisiones administrativas superiores que los afectan. Estas deben ser acatadas por razón de la presunción de legalidad que las ampara. Si el empleado considera que con ellas se le han quebrantado sus derechos, debe, no obstante, aceptar la designación y entablar la acción correspondiente ante la jurisdicción contencioso administrativa. Pero si no se acata la orden de transferencia, el funcionario pierde el derecho a accionar contra la administración pública.

2ª—Los numerales 5º y 13 del artículo 120 de la Constitución Nacional otorgan al Presidente de la República facultades para nombrar y remover libremente sus agentes y para dirigir e inspeccionar la instrucción pública. Y,

3ª—Los directores de establecimientos oficiales de enseñanza secundaria son empleados de carácter administrativo con funciones de dirección y, como tales, son agentes del Presidente de la República y sometidos al régimen de libre designación y sustitución.

No comparte la Sala la primera de las apreciaciones del señor Fiscal Segundo de la corporación, porque no es lícito a la administración pública invocar como causa exculpativa su negligencia o escudarse con su propio descuido o malicia. **Nemo auditur propiam turpitudinem alegans** es aforismo que constituye importante regla moral en las obligaciones de carácter privado y que con mayor razón aún, debe aplicarse en las relaciones de derecho público. Si la administración quebrantó la ley y causó agravio a un ciudadano, no podrá alegar esa violación y sus consecuencias o los hechos posteriores ejecutados por el ofendido como excusa para su propio acto. La obligación en que están los funcionarios públicos de respetar y acatar los mandatos superiores no llega hasta el extremo de inhibirlos para ejercitar sus derechos personales o para impedirles renunciar sus puestos sin pérdida de todos los derechos, inclusive el de la acción, adquiridos antes del retiro, o despido. La irregularidad del acto administrativo no está condicionada por la posición que con posterioridad a su expedición adopte la persona agraviada. Si la decisión fue ilegal ini-

cialmente, no puede sanear su vicio congénito por razón de que el ciudadano lesionado insurja contra el mandamiento irregular.

Por otra parte, la ley concede la acción y ésta nace desde el momento en que se expide el acto ilegal. No está sometida a condiciones y el derecho a accionar es perfecto. Estas apreciaciones son tan evidentes, que no existe disposición alguna que respalde la tesis glosada o que sirva de base a la jurisprudencia que se cita. En consecuencia, la Sala no acoge ese planteamiento.

El alcance del artículo 36 del decreto número 30 de 1948 reglamentario de los traslados fue analizado en reciente sentencia del Consejo de Estado, dictada en el juicio promovido por Francisco Antonio Viecco, con fecha 16 de diciembre de 1959 y con la ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta, jurisprudencia que en esta oportunidad se ratifica y adiciona con estas nuevas consideraciones:

El objetivo principal perseguido por la Ley 43 de 1945 fue el de organizar y fomentar la carrera del profesorado. Para obtener esa finalidad se utilizó como medio apropiado el establecimiento de un escalafón nacional de enseñanza secundaria. Allí debe clasificarse a los profesores en grupos, de acuerdo con sus especialidades científicas y técnicas, y en categorías, según sus títulos profesionales y años de servicio docente. El escalafón sirve de base para regular los ascensos, para fijar los sueldos y para determinar las formas de trabajo, como expresamente lo consagra el artculo 2º de la ley en estudio.

Se establece así una jerarquización del profesorado de segunda enseñanza por razón de sus títulos de idoneidad, su experiencia y capacidades técnicas, cuyas finalidades esenciales, además de la de asegurar una más eficiente prestación del servicio público de la enseñanza, son las de garantizar la estabilidad en los cargos, la de procurar el ascenso continuo por razón de los méritos y la de retribuír mejor la idoneidad acreditada.

Dadas las circunstancias de que el país carece de suficiente personal técnica para atender eficientemente las necesidades de la educación pública y de que los fines de la Ley 43 de 1945 no son otros que los de fomentar la carrera del profesorado con miras a una mejor prestación del servicio, las conveniencias generales de la enseñanza exigen que se lleve a los cargos de mayor responsabilidad en la docencia oficial a aquellas personas que en razón de sus títulos, de la larga experiencia acumulada en el servicio y de sus antecedentes intachables, hayan demostrado ampliamente su capacidad técnica y su competencia en las labores educacionales. Por otra parte, es ostensiblemente contrario al espíritu de la ley y a los intereses de la enseñanza, el criterio de las degradaciones injustificadas y arbitrarias. Si a un profesor inscrito en el escalafón que haya llegado a la culminación de su carrera en virtud del desempeño eficiente de los más altos cargos, se le degrada sin justificación alguna hasta el extremo de asignarle las funciones propias de quienes apenas inician las labores docentes, se quebranta el espíritu de la ley, porque ésta persigue precisamente el objetivo concreto de estimular a los servidores públicos por medio de los ascensos, y se atenta contra los intereses de la ense-

ñanza, porque no se aprovecha debidamente la capacitación científica y la experiencia docente, factores que deben ser títulos para decretar promociones y no para ordenar descensos.

La demandante está inscrita en la primera categoría del escalafón, con especialización en educación física. Se incorporó al servicio oficial y se la llevó a desempeñar uno de los más altos grados de su especialización técnica, como es el de Jefe de la Sección Cuarta de Educación Física, Deportes y Folclore. De ese puesto se le trasladó al de Directora de la Escuela Nacional Femenina de Educación Física, destino que ejerció durante casi cuatro años. Por la categoría de estos dos cargos se infiere que la actora estaba superando las últimas etapas de su carrera profesional y que, por consiguiente, estaba capacitada para conservar ese nivel jerárquico o para continuar su proceso ascendente. No obstante que los intereses de la educación determinaban la necesidad de aprovechar su demostrada idoneidad manteniéndola en puestos de gran responsabilidad como los que había desempeñado con eficacia, el Ministerio de Educación Nacional, por medio del acto administrativo acusado, la degradó sin justificación alguna al trasladarla a un cargo de inferior categoría que, además de tener asignada una remuneración menor que el que venía ocupando, no permitía que la enseñanza se beneficiara de sus capacidades y experiencia en el grado en que se hubiese aprovechado en el primer puesto. Esta clase de medidas son ostensiblemente perjudiciales para la educación pública y desbordan las facultades otorgadas al Ministerio por el art. 36 del decreto número 30 de 1948, disposición que solo autoriza los traslados de un establecimiento a otro cuando redunden en beneficio de la educación.

Los actos administrativos atacados fueron dictados en 29 de marzo de 1958 y 24 de abril del mismo año, fechas en qua ya estaba en vigencia el decreto extraordinario número 10 de 5 de febrero de 1958, en cuyo artículo 5º se dispone que los rectores de planteles de educación secundaria tienen carácter docente. Este precepto, relacionado con los artículos 9º de la Ley 43 de 1945 y 36 del decreto extraordinario número 30 de 1948, otorga a los directores de establecimientos oficiales de segunda enseñanza el derecho a no ser destituídos o trasladados de sus cargos sin el lleno de los requisitos legales. Este simple razonamiento, adicionado con la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, bastaría para decidir favorablemente las súplicas de la demanda. En este sentido se ha pronunciado en múltiples oportunidades la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Pero ocurre que el señor Agente del Ministerio Público sugiere una tesis que necesariamente llevaría a la conclusión de que el decreto extraordinario en cita es inconstitucional. Si los directores de establecimientos de enseñanza secundaria son agentes del Presidente de la República en orden a dirigir e inspeccionar la educación pública y como tales están sometidos al régimen de libre nombramiento y remoción del Jefe del Estado, y si el decreto legislativo número 10 de 1958 otorga a tales funcionarios el carácter de docentes que les da estabilidad en sus cargos al tenor del artículo 9º de la Ley 43 de 1945 y del decreto extraordinario número 30 de 1948, aquel ordenamiento estaría limitando el alcance del mandato constitucional sobre libre designación, separación y traslado de los agen-

tes presidenciales y, consiguientemente, sería incompatible con el artículo 120 de la Carta política. Por medio de un decreto no se puede restringir el alcance de la Constitución. Aunque el señor Fiscal Segundo de la corporación no se refiere en concreto al decreto comentado, ni plantea la excepción de inconstitucionalidad de ese ordenamiento, sus alegaciones sí sugieren la idea de una posible colisión entre las normas de la Carta y el precepto del decreto. En estas condiciones y en obedecimiento del artículo 215 de la Constitución que ordena la aplicación preferente de las disposiciones constitucionales, la Sala debe estudiar si en realidad existe incompatibilidad entre esos preceptos a fin de saber a cuál de ellos ha de darse aplicación en este caso.

De allí que sea indispensable analizar el planteamiento del señor Fiscal de la corporación en consonancia con la jurisprudencia que se cita. El señor Agente del Ministerio Público sintetiza así su pensamiento.

"Además, a lo anterior es preciso agregar que como el cargo de Rector o Director de los establecimientos oficiales de educación es un empleo de carácter administrativo con funciones de dirección, deben considerarse los Directores de la Escuela Nacional de Educación Física como agentes del Presidente de la República en orden a 'dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional' de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 120, numeral 13 de la Constitución Nacional, siendo, en consecuencia, de libre nombramiento y remoción, según el inciso 2º, numeral 5º del mismo precepto. Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado en numerosos fallos. (Sentencias de 2 de octubre de 1953 y 11 de abril de 1956 dictadas en los juicios de Clementina Hoyos de Vernaza y Pedro A. Coronado)".

AGENTES POLITICOS Y EMPLEADOS ADMINISTRATIVOS

Ciertamente que las tesis del señor Agente del Ministerio Público son trasunto fiel de la jurisprudencia aludida en relación con el alcance y proyecciones jurídicas de los mandamientos constitucionales en cita, pero la Sala encuentra que esas alegaciones no se ajustan exactamente a los preceptos de nuestra Carta Política vigente hasta el 30 de enero de 1958, ni encajan dentro del sistema impuesto por la enmienda constitucional plebiscitaria. En ambos estatutos y en los preceptos legales que los desarrollan se señalan criterios de diferenciación entre los conceptos jurídicos de "agentes del Presidente de la República o del Poder Ejecutivo" y de "Empleados Administrativos", y se establecen regímenes distintos para el nombramiento y remoción de unos y otros. El contenido específico de las dos nociones se determina objetivamente y en razón de las funciones que la Constitución asigna a los cargos. La idea de función política, estructura el primer concepto, en tanto que las nociones de subordinación y profesionalismo burocrático, adicionadas con las de función técnica y de ejecución de órdenes, dan la medida del segundo concepto. Estas observaciones fluyen natural y espontáneamente de los textos constitucionales y legales.

La Constitución Nacional antes de la enmienda plebiscitaria

Los numerales 1º, 4º y 5º del artículo 120 de la Constitución contienen disposiciones estrechamente concatenadas, cuyo objetivo esencial no fue otro que el de asegurar la libertad de acción del Presidente de la República en orden a mantener la fisonomía peculiar y las características singulares de un sistema jurídico presidencial y fuertemente centralizado en el campo político. Estos preceptos, que reflejan el pensamiento consignado en las bases generales propuestas por el Consejo de Delegatarios de 1885, permanecieron sin alteraciones sustanciales durante la etapa histórica corrida hasta 1957. Ellos otorgaban potestades discrecionales al Jefe del Estado para la selección de sus agentes políticos, atribución que no tenía limitaciones distintas a las que imponían las necesidades del servicio público, apreciadas ad-libitum por el Presidente. Esos cánones constitucionales disponen:

"Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:

"1º—Nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho y los Jefes de los Departamentos Administrativos;

"4º—Nombrar y **separar** libremente los Gobernadores;

'4º—Nombrar las personas que deben desempeñar **cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones,** según esta Constitución o leyes posteriores.

'En todo caso, el Presidente tiene facultad de nombrar y remover **libremente** sus agentes".

Es oportuno observar que los numerales 1º, 4º e inciso final del 5º regulan situaciones jurídicas similares. Ellos se refieren al sistema de designación de los Ministros, funcionarios políticos calificados a la vez que por el artículo 135 de la Carta como Jefes Superiores de la Administración y a los Gobernadores, ya clasificados por el artículo 181 como agentes del gobierno. En la selección de esta clase de funcionarios, se le confirió al Presidente de la República potestad ilimitada. Pero en el numeral 5º se contemplan dos situaciones jurídicas distintas: la de los empleados nacionales y la de los agentes presidenciales. Para los primeros, la norma se limita a establecer una regla general: el Presidente nombrará a aquellos empleados cuya designación no corresponda a otros funcionarios o corporaciones. Pero a renglón seguido se autoriza expresamente al legislador para sustraer de la competencia presidencial la facultad de nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales. Esta disposición armoniza y complementa la del artículo 62 de la Constitución, que autoriza a la ley para señalar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y jubilación...". Así, la potestad presidencial de designar esta clase de funcionarios, estaba expresamente condicionada por la reglamentación que señalaran las leyes. La ley podía limitar esa atribución al Presidente de la República o trocar la atribución discrecional en facultad reglada, ya que ese poder jurídico solo lo

tenía en cuanto la Constitución y las leyes no se lo otorgaran a otros funcionarios o corporaciones.

Pero como dentro de ese concepto genérico de empleados podían quedar incluídos algunos tipos específicos de funcionarios que, en razón de la naturaleza política de sus atribuciones, exigían un régimen jurídico especial, se les sustrajo del sistema común de nombramientos y remociones que pudiera establecer el legislador a fin de que, en todo caso, fuese el Presidente o el Gobierno quien los designara y separa libremente.

Este pensamiento se consagró en la Carta fundamental y se desarrolló posteriormente en las leyes. En el artículo 68 del Código Político y Municipal —numeral 10º— se dice que corresponde al Presidente de la República remover los empleados de su elección, salvo en los casos en que la Constitución y **"las leyes impongan que no sean de libre remoción".** Es el mismo principio analizado anteriormente, pero expresado en forma aún más enfática y clara: la ley puede restringir o anular la libertad de remoción de ese tipo de funcionarios públicos. De otro lado, la idea se torna aún más definida al analizar el artículo 3º del Código Político y Municipal cuando reserva la calidad de agentes del poder ejecutivo solamente a los gobernadores, prefectos y a los alcaldes y sus subalternos.

La explícita intención del constituyente se sigue desenvolviendo a través de la Ley 165 de 1938, estatuto que en sus artículos 1º y 4º incluye en la carrera a los empleados "Que presten servicios administrativos permanentes" y excluye de ella a "los agentes del Presidente de la República o de los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, y aquellos que aunque no tengan tal carácter, su designación tenga una significación esencialmente política, como los Secretarios de los Ministros, Gobernadores, Intendentes y Comisarios".

Centralización Política y Descentralización Administrativa

La tesis de la centralización política y de la descenralización administrativa domina todo el panorama del derecho público colombiano y constituye el principio primario y el espíritu que anima toda nuestra organización institucional. En esa locución se sintetizan las finalidades y objetivos buscados por el constituyente y no se puede interpretar adecuadamente el estatuto fundamental sin tomar en consideración tan importante y trascendental doctrina jurídica.

El concepto de "agente" está estructurado en la Constitución Nacional en razón de la función y con miras a asegurar el principio de la centralización política. Nuestro máximo estatuto jurídico solo utiliza expresamente ese vocablo para referirse a los Ministros, Jefes de la Administración, a los gobernadores y a los alcaldes (artículos 135, 181 y 201), funcionarios que, a causa de las atribuciones constitucionales y legales que se les otorgan, desempeñan y cumplen una misión principalmente política. A ningún otro empleado del orden nacional, departamental o municipal se le otorga por la Carta la categoría de agente del gobierno. Solo por vía de interpretación analógica puede aseverarse que los intendentes y comisarios tienen la misma calidad, ya que ellos proceden bajo la inme-

diata inspiración del gobierno (inciso 6º del artículo 5º) y tienen asignadas potestades políticas. Lo mismo podría decirse de los secretarios de los gobiernos seccionales. Pero idéntico razonamiento no cabe hacer con relación a otros empleados, a menos que el legislador, en ejercicio de las facultades que le conceden los artículos 7º y 76 —numerales 5º, 9º y 10º— restablezcan las prefecturas o cree organizaciones similares.

Con el objetivo específico de asegurar la unidad de acción y decisión políticas, el constituyente colombiano consagró para todos los agentes del órgano ejecutivo el sistema de libre nombramiento y remoción. Fue ese precisamente el medio utilizado para mantener viva la tesis de la centralización política.

Pero si ese principio cardinal imponía la concentración de poderes en manos del superior jerárquico, el de la descenctralización administrativa determinaba precisamente el fenómeno opuesto: Este se operó en dos formas: la de la concesión de autonomía a las secciones para la gestión de sus asuntos propios (artículos 182 y 183) y la del otorgamiento de facultades al legislador para organizar los sistemas de designación remoción, de ascensos y de jubilación de los empleados administrativos (artículos 62 y 120 —inciso 1º del numeral 5º—), pero sin alterar el régimen específico creado por la Constitución para los agentes del poder ejecutivo. En esta forma, la ley puede hacer efectiva la descentralización administrativa en la órbita nacional o las ordenanzas y los acuerdos en las esferas departamental y municipal, acatando el espíritu de la Carta fundamental. No se podría realizar el principio de la descentralización administrativa si los organismos autónomos no tienen siquiera una relativa independencia para la selección de su personal, o, por lo menos, para impedir la intervención arbitraria del poder central, o si la ley no pudiera cambiar el sistema de libre nombramiento y remoción de aquellos funcionarios administrativos que no tienen la calidad de agentes. Precisamente, lo que se buscó al consagrar el precepto contenido en el primer inciso del numeral 5º del artículo 120, y lo que se persiguió posteriormente en los artículos 5º y 7º de la enmienda constitucional plebiscitaria, fue descentralizar la función administrativa y tecnificar los servicios públicos. Pero si la doctrina, contrariando claros principios constitucionales, se empeñara en estructurar el concepto jurídico de "agente" a través de una representación presidencial inexistente, casi todos los funcionarios públicos tendrían esa calidad y estarían necesariamente sometidos al sistema de libre elección y separación del Presidente de la República, haciéndose imposible la organización de la carrera administrativa autorizada por la Carta y la realización del principio constitucional sobre descentralización administrativa.

La Constitución Nacional, en sí misma, no ofrece lugar a equívocos en estas materias. Pero ocurre que al expedirse la Ley 167 de 1938 y al excluírse por ese estatuto de los beneficios de la carrera administrativa aquellos empleados que ejercieran jurisdicción o autoridad y sus secretarios, los agentes del Presidente de la República, de los gobernadores, intendentes y comisarios y todos aquellos cuyo nombramiento tuviese alguna significación política o de confianza, se le dio por la doctrina y la

jurisprudencia un criterio extensivo a la concepción constitucional de "agente" estableciendo como línea divisoria entre esa noción y la de empleado administrativo la señalada por la Ley 165 de 1938, en circunstancias de que ese estatuto no da lugar a tanto. Esa ley se limitó a sustraer de la carrera administrativa, como ya lo había hecho la Constitución, a los agentes del gobierno y a excluír de ella a otra clase de funcionarios públicos que sin tener esa calidad específica de agentes debían estar sometidos al sistema de libre nombramiento y remoción en razón de la categoría jerárquica que ocupaban, de las funciones de jurisdicción, autoridad y de confianza que desempeñaban o de la capacidad legal para producir actos jurídicos y para aplicar la ley. Pero el estatuto de 1938 no pretendió establecer una identidad jurídica entre el concepto de "agentes" y el de empleados administrativos excluídos de la carrera, sino que con criterio de conveniencia general, pero no de obligatoriedad jurídica impuesta por la Carta, extendió el sistema constitucional de nombramiento y remoción de los agentes a otros funcionarios públicos que no tenían ni tienen esa calidad.

De la doctrina esbozada anteriormente se infieren estas observaciones:

1ª — De acuerdo con la Constitución Nacional, la calidad jurídica de agentes del órgano ejecutivo solamente la tienen aquellos empleados subordinados que desempeñen funciones políticas;

2ª—De acuerdo con la ley, están sometidos al régimen de libre nombramiento y remoción propio de los agentes del gobierno, otros empleados que ejercen autoridad o jurisdicción, que aplican la ley, que dictan actos jurídicos o que desempeñan funciones de confianza, pero que no tienen, a pesar del alto grado jerárquico que ocupan, la calidad constitucional de agentes del órgano ejecutivo.

3ª—Así como la ley excluyó a tales funcionarios que no son agentes de los beneficios de la carrera administrativa, la ley puede modificar esa situación total o parcialmente, pero no podrá obrar en idéntica forma con relación a los verdaderos agentes públicos del gobierno. El sistema de elección de estos últimos es el de la participación proporcional consagrado en el artículo 4º de la enmienda constitucional plebiscitaria.

LA CONSTITUCION DESPUES DE LA ENMIENDA PLEBISCITARIA

Las razones expuestas cobran un mayor vigor jurídico y se tornan más claras y definidas dentro del sistema impuesto por la enmienda constitucional plebistaria. La dura experiencia acumulada en los últimos lustros de nuestra vida política, determinó un cambio de rumbo en el sentido de buscar, aunque transitoriamente, nuevas bases a las instituciones jurídicas mediante la eliminación de las posibilidades hegemónicas de un partido. Los objetivos específicos de la enmienda y los principios cardinales que orientaron a sus gestores, no fueron otros que los de poner dique a la contienda política mediante la utilización de estos medios: la participación temporalmente igualitaria y permanentemente proporcional de las dos colectividades en la dirección y control políticos del gobierno, y la creación y organización de una verdadera carrera administrativa que diera

estabilidad a los funcionarios profesionales y eliminara los empleos administrativos como estímulo de la controversia partidista. Los artículos 4º, 5º y 7º de la enmienda plebiscitaria otorgan amplias facultades al Presidente para la organización de la rama ejecutiva, pero solamente en cuanto se relaciona con la provisión de aquellos cargos que, en razón de la naturaleza política de las funciones que les están asignadas, comprometen la responsabilidad de los partidos en el gobierno, pero no se conceden idénticas atribuciones en relación con la selección del personal propiamente administrativo.

De acuerdo con los ordenamientos constitucionales anteriores a la reforma de 1957, el Presidente de la República tenía la potestad ilimitada de nombrar y separar los Ministros, gobernadores y agentes. Ese principio, en términos generales, se mantuvo en la enmienda plebiscitaria, pero adicionado con el de la participación de las dos colectividades políticas en el gabinete ejecutivo y en las gobernaciones, en la misma proporción en que estuvieran representados en las cámaras legislativas. Así lo prescribió el artículo 4º cuando dijo:

"Los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, quien, sin embargo, estará obligado a dar participación en el Ministerio a los partidos políticos en la misma proporción en que estén representados en las Cámaras Legislativas.

"Como el objeto de la presente reforma constitucional es el de que los dos partidos políticos, el conservador y el liberal, colocados en un pie de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del Gobierno, y que éste se ejerza a nombre de los dos, la designación de los funcionarios y empleados que no pertenezcan a la carrera administrativa, se hará de manera tal que las distintas esferas de la Rama Ejecutiva reflejen equilibradamente la composición política del Congreso.

"Lo anterior no obsta para que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados a desempeñar cargos en la Administración Pública".

Este ordenamiento constitucional contiene reglas que, sin desvirtuar el estatuto anterior, lo adiciona con principios nuevos y restrictivos. El Presidente conserva la facultad de obrar libremente en la selección de los Ministros del despacho, de los gobernadores y de los funcionarios políticos en general, tal como ocurría durante la vigencia del estatuto anterior; pero esa atribución amplísima quedó limitada por la enmienda plebiscitaria en la siguiente forma: a) Debe dar participación a las dos colectividades tradicionales en esos cargos de naturaleza política en proporción a los contingentes de cada una de ellas en el parlamento. Esa colaboración debe otorgarse a los dos partidos en calidad de tales, es decir, como a organizaciones políticas permanentes, como a tendencias generales de la opinión pública; b) Puede dar participación a las Fuerzas Armadas cuando lo juzgue oportuno y conveniente, pero de manera que no se afecte en forma sustancial la organización eminentemente política del gabinete y la participación a que tienen derecho los dos partidos en la dirección del gobierno.

Los objetivos esenciales de la reforma, como lo expresa el artículo co-

mentado, son de carácter político: mantener la responsabilidad de los partidos en el gobierno, a fin de que éste se ejerza a nombre de ellos. Para alcanzarlos, el constituyente de 1957 estimó que era indispensable y a la vez suficiente, que las dos colectividades históricas conservaran el control de aquellos cargos públicos que, en razón de la naturaleza de las funciones que les están asignadas, tienen un carácter eminentemente político. Por otra parte, consideró que para la obtención de tales fines, no era necesaria la participación igualitaria o proporcional de los partidos en la distribución de los destinos de índole administrativa que poca incidencia tienen sobre la gestión política. De allí que estableciera como línea divisoria entre los dos conceptos la noción de una carrera administrativa técnicamente organizada, a fin de que aquellos funcionarios que no pudieran pertenecer a ella en virtud de las atribuciones del gobierno que se les señala, fuesen seleccionados con el criterio de guardar el equilibrio de los dos partidos, en tanto que aquellos que no tienen asignadas funciones políticas, se escojan en razón de su idoneidad, méritos y tiempo de servicio, sin consideración alguna a su filiación partidista En esta forma, la enmienda plebiscitaria establece un criterio de apreciación aún más definido y concreto que el adoptado por el estatuto constitucional anterior sobre las diferencias entre las nociones jurídicas de "agentes o funcionarios políticos" y la de "empleados administrativos".

Esta interpretación se encuentra ratificada ampliamente por el artículo 5º de la reforma que, a la letra dice:

"El Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla, sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascenso por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido".

Si la designación de funcionarios que no pertenezcan a la carrera administrativa debe hacerse en forma tal que las distintas esferas de la rama ejecutiva del poder público reflejen equilibradamente la composición política del Congreso, a contrario sensu, el nombramiento de empleados que pertenezcan a esa carrera no debe hacerse con idéntico criterio. El legislador quedó investido de amplísimas facultades para incluír o excluír de la carrera los funcionarios públicos que no tengan la calidad constitucional de agentes.

Las finalidades de esta norma no son otras que la de estabilizar el personal propiamente administrativo en sus cargos mediante la organización de una verdadera carrera profesional que ponga a los funcionarios al amparo de las contingencias políticas y que reste incentivos a las luchas partidistas, con el objeto de obtener una mejor prestación de los servicios públicos. Así como en el artículo 4º se regula lo relativo a la designación de agentes del poder ejecutivo, en el artículo 5º se echan las bases constitucionales del sistema de nombramiento de los empleados administrativos. Para aquellos se establece el régimen de la participación proporcional, para estos el de la selección por ascensos, méritos, antigüedad, etc. Como los primeros tienen asignadas funciones políticas, los métodos de

escogencia son también políticos; como los segundos prestan servicios simplemente administrativos, los medios para seleccionarlos deben adaptarse a la naturaleza de las funciones que desempeñan.

Una vez que se haya dictado la reglamentación legal sobre condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por méritos y antigüedad y de retiro o despido, el Presidente de la República no podrá designar ni remover empleados administrativos sino con sujeción a tales normas, de idéntica manera a como ha venido ocurriendo hasta hoy con relación a los funcionarios inscritos en la carrera administrativa organizada por la Ley 165 de 1938, o por los estatutos especiales para maestros, profesores, fuerzas armadas, etc., disposiciones que aún continúan vigentes.

La tesis acogida por el señor Fiscal se apoya en dos conceptos jurídicos: a) El de una representación sui-géneris, de típica extracción civilista e inadaptable al derecho público; y, b) El de una adaptación equivocada de ciertas teorías foráneas.

La idea de representación se desenvuelve en torno a la concepción del mandato civil. La relación jurídica se personaliza entre funcionario delegante y funcionario delegado. Se establece así una especie de vinculación individualizada, noción que sugiere la idea de que la fuente de los poderes jurídicos del inferior no es otra que la voluntad del superior jerárquico. Al tiempo que la tesis comentada habla de agentes presidenciales, dando a la expresión un contenido particularizado entre sujeto mandante y sujeto mandatario, la Constitución y las leyes hablan preferentemente de agentes del poder ejecutivo o de agentes del gobierno, indicando así la representación de órganos o de instituciones y expresando que las potestades para obrar y la capacidad de decisión que tenga el delegatario derivan de la ley. El Presidente no es el poder ejecutivo, ni es el gobierno. Es el supremo director, pero no la institución jurídica.

El Poder Jerárquico

La Constitución y las leyes organizan la función ejecutiva y asignan a cada uno de sus personeros una determinada esfera de competencia, a la vez que establecen una jerarquización de agentes públicos, dirigida por el Jefe del Estado. Pero los funcionarios que ocupan las escalas inferiores no son mandatarios presidenciales, sino agentes del órgano ejecutivo, cuyas potestades las confiere la ley. Ellos, evidentemente, deben ejercitar sus funciones con arreglo a la dirección suprema del Presidente, quien tiene sobre los agentes del gobierno lo que en derecho administrativo se conoce con el nombre de poder jerárquico y que el profesor de la Universidad de París, Maurice Duverguer, define como "el poder de la autoridad central sobre los agentes locales en un régimen de centralización". (**Droit Public**, ed. de 1957, pág. 232).

La idea de poder jerárquico surge de la necesidad de unificar la actividad ejecutiva del Estado, de cordinar la gestión de los servicios y de poner en movimiento la legalidad en las diferentes escalas de la organización administrativa. Si la misión esencial del órgano ejecutivo es la de

realizar y aplicar el derecho objetivo dentro de la esfera de su competencia, y si esa función específica está encomendada por la Constitución y las leyes a instituciones de distintas categorías, ha de existir necesariamente un poder de dirección suprema que oriente y encauce toda la acción administrativa y que disponga de los instrumentos legales indispensables para someter a los funcionarios subordinados a ese criterio superior. Esta necesidad se torna más notoria en ciertas organizaciones jurídicas que, como la nuestra, están fundadas en un sistema rígidamente presidencial.

La noción de poder jerárquico se manifiesta, aunque con modalidades diferentes, en las instituciones y actividades políticas o de gobierno propiamente dicho y en los organismos y gestiones de la administración. Es evidente que, como lo observa el profesor Georges Vedel ("Droit Administratif", ed. de 1958, pág. 18), la vieja distinción entre gobierno y administración ha ido desapareciendo paulatinamente y que hoy ella solo tiene alcances políticos carentes de valor jurídico, pero no lo es menos que en Colombia conserva aún ciertas proyecciones en el campo del derecho que no es posible desconocer, porque a través de esa diferenciación tradicional se ha estructurado la noción de funcionario político y la idea de un poder jerárquico más vigoroso. Por otra parte, la constatación que hace el ilustre profesor de la Universidad de París está vinculada estrictamente al principio de la responsabilidad del Estado pero no al alcance que esa diferenciación tiene en la clasificación jurídica de los funcionarios.

Nuestra organización jurídica está apoyada sobre el principio básico de la centralización política y de la descentralización administrativa, principio que imprime modalidades singulares al poder jerárquico según se ejercite en uno u otro campo. Dentro de la órbita política esa potestad de mando se traduce en facultades discrecionales de libre nombramiento y remoción y de un control del superior sobre los funcionarios que directa e indirectamente le están subordinados. Así, dentro de nuestro sistema presidencial vigorosamente centralizado en lo político, el gobierno central está en capacidad de actuar en estas materias con la estrecha colaboración de sus gobernadores, intendentes, comisarios y alcaldes en forma que permita la unidad de pensamiento, acción y decisión políticos. El concepto de poder jerárquico se manifiesta de manera ostensible y vigorosa, aunque la autonomía para designar y destituír algunos funcionarios se ejercite a través de otras autoridades subalternas.

En la esfera administrativa la idea de poder jerárquico se pone de presente de manera distinta. Se ejercita sobre toda clase de funcionarios públicos nacionales por el gobierno central, sobre los departamentales por los gobernadores respectivos y sobre los municipales por los alcaldes. Los gobernadores y los alcaldes son jefes superiores de la administración en sus correspondientes secciones, de idéntica manera a como lo son los ministros en la esfera nacional, y como tales no están sometidos al gobierno central en el mismo grado de dependencia y subordinación en que lo están en el campo político. Se organizan así por la Constitución tres órdenes de potestades relativamente independientes en lo administrativo, pero férreamente subordinadas en lo político.

No obstante, dentro de cada uno de esos sectores se manifiesta el poder jerárquico a través de una dirección administrativa superior que se desarrolla en forma de recomendaciones, órdenes e instrucciones, que impone reglamentos y criterios para la gestión de los negocios, que dirige y coordina la acción administrativa y que confirma, revoca, modifica o sustituye las decisiones de los inferiores, pero solo dentro del respectivo sector.

El concepto de poder jerárquico domina, pues, todo el campo de la administración pública. En todos sus sectores impera un concepto de subordinación que no depende de un vínculo de representación otorgada por el superior al inferior, sino de una relación jurídica necesaria creada por la Constitución y las leyes y que es independiente de la voluntad del supuesto delegante o del presunto delegado. La Constitución Nacional (artículo 120) instituye al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y a los ministros (artículo 135), a los gobernadores (artículo 181) y a los alcaldes (artículo 201) como jefes superiores de la administración en sus respectivas esferas de competencia. Estos preceptos constitucionales están ampliamente desarrollados por los artículos 285, 286, 287, 289, 290, 327, 328, 329, 332, 334, 335 y 336 del Código de Régimen Político y Municipal y 8º de la Ley 165 de 1938, normas que estructuran la noción de poder jerárquico de manera objetiva y que excluyen toda idea de representación o personería.

El Presidente de la República, por sí solo, y por regla general, carece de facultades ejecutivas y de administración distintas de las de designar ministros, y si el mandante, aisladamente considerado, no está investido de esos poderes jurídicos, mal lo pueden estar sus representantes. Ciertamente que la Constitución habla de "sus agentes" para referirse a los del Presidente de la República (artículo 120, numeral 5º), pero esta no es más que una expresión defectuosa de la idea de poder jerárquico. Ese mismo concepto, pero enunciado con mayor propiedad jurídica, se expresa en el artículo 181 de la Carta cuando califica al gobernador de "agente del gobierno", o en el artículo 3º del Código de Régimen Político y Municipal al decir cuáles funcionarios son "Agentes del Poder Ejecutivo". En esas normas se consagra la tesis de la representación del órgano, del mandato en razón de la función, de la personería con origen en la ley, y se excluye el concepto de vinculación jurídica de sujetos.

Inconvenientes de las Tesis Glosadas

La idea de los agentes presidenciales, tal como se ha esbozado por el señor Fiscal de la corporación, ha creado algunas confusiones que no permiten determinar con exactitud el contenido del concepto y la línea divisoria que los separa de la noción de empleados administrativos. De allí que la tesis haya servido de base para decisiones disímiles y a veces contradictorias y que la jurisprudencia haya sido especialmente cambiante e imprecisa. Esas bases no prestan apoyo sólido para la estructuración de un sistema jurídico uniforme en relación con los agentes ejecutivos e im-

piden la formación de una verdadera carrera administrativa, como se verá.

La Constitución (artículo 120, numeral 13) otorga facultades al Presidente para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional". Esas potestades se ejercitan, dentro de sus respectivos campos de actividad, por el Rector de la Universidad Nacional, por los decanos de las facultades, por los directores de establecimientos de segunda enseñanza y por los directores de escuelas primarias. De acuerdo con la tesis de la representación presidencial, no habría vacilación alguna en aseverar que todos los funcionarios enumerados serían personeros del Jefe del Estado y, consiguientemente, agentes suyos. Todos ellos ostentan idéntica posición jurídica de representación y agencia presidenciales y, necesariamente, deberían estar sometidos a un régimen de derecho similar. El Presidente de la República debería nombrarlos y separarlos libremente. Pero, no obstante la identidad de razones y situaciones, ni al Rector, ni a los decanos, ni a los directores de escuelas primarias los designa y remueve libremente el Jefe del Estado, en tanto que los directores de establecimientos de segunda enseñanza, al decir del señor Fiscal, sí deben estar sometidos al régimen de libre nombramiento y remoción. No obstante que los preceptos de la Carta establecen un sistema de derecho unificado y armónico, la tesis de la representación, tal como se ha entendido, ha roto la unidad de esa estructura jurídica hasta el extremo de que, en la actualidad, el Presidente destituye libremente a ciertos agentes, pero no puede hacer igual cosa con otros del mismo tipo.

Aparentemente las tesis glosadas encuentran respaldo en conceptos de los profesores León Duguit y Gastón Jéze y en las distinciones que ellos señalan entre gobernantes y agentes, pero, en realidad, el supuesto apoyo es excesivamente precario por la circunstancia de que las clasificaciones formuladas por los ilustres profesores están estructuradas sobre las bases del derecho positivo francés y de las ideas predominantes en su país, inadaptables al derecho colombiano por la sencilla razón de que el artículo 120 de la Constitución Nacional señala claramente derroteros distintos. De otro lado, la noción jurídica de agentes que ellos establecen la aplican con un sentido genérico y amplísimo que comprende a todos aquellos funcionarios públicos que no tengan la calidad de gobernantes, en tanto que el mandato constitucional colombiano le da al concepto un valor específico que no trasciende más allá de los límites de la función política estrictamente considerada. De otro lado, las consecuencias jurídicas de la clasificación difieren sustancialmente en uno y otro país, porque en Francia los funcionarios que los profesores Duguit y Jéze denominan agentes no son de libre nombramiento y remoción de sus superiores jerárquicos, en tanto que en Colombia el tipo específico de empleado-agente es designado y separado con libertad.

Ocurre que las tesis comentadas no encuentran respaldo ni siquiera en las doctrinas tradicionales sobre los órganos del poder público, porque ellas se desenvuelven también en torno de la idea de representación que une al poder soberano con sus mandatarios inmediatos, pero no alrededor de una segunda delegación. Son estas las doctrinas en que se fundan nues-

tras instituciones jurídicas y las que deben orientar, en consecuencia, la aplicación de nuestro derecho positivo a los casos particulares.

El principio esencial que domina todo el campo jurídico está consignado en el artículo 2º de la Constitución. Esa regla fundamental parte del reconocimiento expreso del concepto de soberanía como base de nuestra organización institucional. Ella reside esencial y exclusivamente en la nación y constituye la fuente de origen de los poderes públicos, cuyo ejercicio reglamenta la Constitución. Congresistas, Gobierno y Jueces, órganos actuantes de las tres ramas del poder, son las únicas instituciones que representan directa e inmediatamente a la nación y que ejercitan funciones de soberanía. Hasta esos órganos llega la idea de representación, pero de allí no pasa. El gobierno está constituído por el Presidente de la República y los ministros del despacho, y en cada caso particular por el Presidente y su Ministro respectivo. Ningún acto del Jefe del Estado, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y jefes de departamentos administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el ministro del ramo o por el jefe del departamento que corresponda. El Presidente, por sí solo, no puede nombrar y separar agentes ejecutivos distintos a los enumerados. Estos no son sus delegados, y las potestades que ejercitan tienen origen exclusivo en la ley y no en una relación de mandato que, **jure condito** y **jure condendo**, es ostensiblemente inexistente. Ellos están sometidos en el ejercicio de sus funciones al poder jerárquico o a la tutela administrativa de sus superiores, según aquel o esta se manifiesten en el campo de la centralización política o de la descentralización administrativa.

La función esencial del poder ejecutivo es la de poner en movimiento la ley, ejecutarla, realizarla, aplicarla, dentro de la esfera de su competencia. El Presidente de la República y los ministros (jefes superiores de la administración) dirigen esa actividad estatal y ejercen poder jerárquico o tutela administrativa, según el caso, sobre los agentes ejecutivos. Pero estos participan también, aunque en campo más limitado, de los poderes jurídicos necesarios para poner a la ley en función actuante, es decir, para aplicarla y ejecutarla, facultades cuyo origen no es la voluntad presidencial, sino la norma de derecho. Si alguna personería ostentan los agentes, no es una relación personalizada de sujeto administrativo a sujeto administrativo, sino una representación objetiva de órganos y de función. La misión esencial que de acuerdo con la Constitución y las leyes corresponde a la rama ejecutiva del poder público y el ejercicio de ella por cierta clase de funcionarios, son elementos de juicio que dan la medida del concepto jurídico de "agentes del gobierno".

De acuerdo con la clasificación constitucional de los artículos 4,º 5º y 7º de la enmienda plebiscitaria que adicionan los numerales comentados del artículo 120 de la Constitución, y de conformidad con las leyes vigentes, el régimen de derecho establecido en la Carta puede sintetizarse así:

1º—Corresponde al Presidente de la República nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho y a los Jefes de los Departamentos

Administrativos, y al Gobierno designar y remover libremente aquellos agentes del poder ejecutivo cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, pero tanto el Presidente de la República como el Gobierno estarán obligados a dar participación en esos cargos públicos a los partidos políticos tradicionales en la proporción en que ellos estén representados en las Cámaras Legislativas;

2º—Corresponde al Gobierno nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no esté asignada a otros funcionarios o corporaciones, de acuerdo con estas reglas: a) Si el cargo o funcionario no pertenece a la carrera administrativa de conformidad con los estatutos vigentes o con los que en el futuro se dicten, el Gobierno puede nombrarlos o separarlos libremente, pero la designación se hará de tal manera que las distintas esferas de la rama ejecutiva reflejen equilibradamente la composición política del Congreso; b) Si el cargo que haya de proveerse o el funcionario que haya de elegirse pertenece a la carrera administrativa organizada por los estatutos vigentes o por los que en el futuro se expidan, el Gobierno solo solo podrá ejercer la facultad de nombrarlos de acuerdo con las normas legales vigentes o futuras que regulen las condiciones de acceso al servicio público, los ascensos por méritos y antigüedad, y los requisitos para la jubilación, retiro o despido. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para empleos de la carrera administrativa, su destitución o promoción;

3º—Son agentes del gobierno, y consiguientemente, están sometidos al sistema de libre nombramiento y remoción adicionado con el de la representación proporcional de los partidos, los empleados públicos cuya designación corresponda al gobierno central, a los gobernadores, intendentes, comisarios o alcaldes y que ejerciten funciones principalmente políticas;

4º—Son funcionarios administrativos todos aquellos que no tengan la calidad jurídica específica de agentes del gobierno, es decir, que no desempeñen funciones políticas.

Los razonamientos anteriores son suficientes para estimar que el artículo 5º del decreto extraordinario número 10 de 1958 no es incompatible con el artículo 120 de la Constitución Nacional y que, consiguientemente, debe aplicarlo la Sala, en cuanto por ese ordenamiento se le da carácter docente a los directores o rectores de establecimientos de educación secundaria. Por otra parte, ese precepto no fue afectado por el decreto número 33 de 19 de febrero de 1958.

De acuerdo con las ideas expresadas anteriormente, los rectores de establecimientos oficiales de segunda enseñanza son simples empleados administrativos con funciones de dirección técnica. Como están amparados por estatutos legales y reglamentarios que limitan y restringen la facultad presidencial de nombrarlos, separarlos o trasladarlos, el gobierno, al dictar los actos administrativos acusados, ha debido sujetarse a las prescripciones de ese régimen especial. En el caso estudiado, no obró en esa forma y, por consiguiente, quebrantó las normas superiores de de-

recho que se citan en esta sentencia y su acto es nulo. Así debe declararlo la Sala.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala Contencioso Administrativa— en desacuerdo con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º—ES NULO el decreto número 0552 de 29 de marzo de 1958, dictado por el Gobierno Nacional, en cuanto por él se ordenó el traslado de la señorita Cristina Bossio Herrera del cargo de Directora de la Escuela Nacional Femenina de Educación Física al de Profesora Interna —Directora de Grupo— de la Normal Superior de Señoritas de Manizales;

2º—Es igualmente NULO el decreto número 0715 de 24 de abril de 1958, expedido por el Gobierno Nacional, en cuanto por él se nombró a la señorita Leonor Pachón Márquez para el cargo de Directora de la Escuela Nacional Femenina de Educación Física en reemplazo de Cristina Bossio Herrera;

3º—Como consecuencia de los dos ordenamientos anteriores, decrétase el restablecimiento de la señorita Cristina Bossio Herrera al cargo de Directora de la Escuela Nacional Femenina de Educación Física o a otro de igual o superior categoría y sueldo;

4º—El Tesoro Nacional pagará a Cristina Bossio Herrera los sueldos dejados de percibir desde la fecha en que fue reemplazada en el puesto de Directora de la Escuela Nacional Femenina de Educación Física hasta el día en que sea restablecida en dicho cargo o en otro de igual categoría y sueldo, así como las primas y partidas suplementales a que tenía derecho, previa deducción de lo que haya recibido del Gobierno Nacional, de los tesoros departamentales o municipales o de cualquier otra entidad de derecho público o de los particulares por concepto de trabajos prestados en horas útiles;

5º—Para efectos de las prestaciones sociales, se entenderá que no ha habido solución alguna de continuidad en las relaciones de servicio público que unían a la señorita Bossio Herrera con la administración nacional; y,

6º—Esta sentencia deberá cumplirse dentro del término y en las condiciones señaladas por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alejandro Domínguez Molina — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández M. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

Intervención del Estado en los asuntos municipales con el fin de controlar los precios de los artículos de primera necesidad. — Las medidas de carácter eminentemente social, es necesario interpretarlas a la luz del precepto de que debe prevalecer el interés público sobre el interés particular. — Interpreación constitucional y legal de los decretos 1980 de 1957 y 1070 de 1956.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, diecisiete de mayo de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. PEDRO GOMEZ VALDERRAMA)

REF.: Expediente número 41. — Nulidad del Decreto número 1980, septiembre 26 de 1957, del Ministerio de Fomento, y una Circular.
ACTORES: José Angel Perdomo, Angel María Buendía, Humberto Suárez y otros.

Con fecha 2 de noviembre de 1957, el doctor Germán García y García en representación de los señores José Angel Perdomo, Angel María Buendía, Humberto Suárez, Arturo García Trujillo, Felipe Lizcano, Carlos Almanza y Wenceslao Morales, mayores y vecinos de Girardot, presentó en la Secretaría de esta Corporación demanda de nulidad en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 66 del C. C. A., en la cual formuló los siguientes pedimentos:

"PRIMERO.—Que son nulos los siguientes actos:

"a) El Decreto Nacional número 1980 de 26 de septiembre de 1957 proferido por el Ministerio de Fomento, con la aquiescencia aprobativa de la Junta Militar de Gobierno de la República, "por el cual se dictan unas disposiciones sobre plazas de mercado".

"b) La circular enviada por el Secretario General del Ministerio de Fomento a los señores Alcaldes Municipales de la República, el tres (sic) de septiembre de este año, en cuanto habla de la aplicación del citado Decreto, y de la solución que el Ministerio de Fomento ofrece de los problemas que el cumplimiento del acto trajere". (Hubo error de cita en el número del Decreto, que fue luego corregido).

Solicitó igualmente la suspensión provisional de los actos acusados consagrada por el artículo 94 del mismo Código.

Apoya su acción el demandante en los siguientes hechos:

"1º—El primer considerando del Decreto acusado establece que para obtener el abaratamiento de la carne, como artículo de primera necesidad, es conveniente que los puestos de venta, en las plazas de mercado, sean adjudicados a diferentes personas, sin que se presente el caso de que una sola de ellas tenga varios puestos.

"SEGUNDO.—Al tenor del segundo considerando, tal Decreto afirma que se han presentado varios casos, de tener una sola persona varios puestos, los cuales sub-arrienda.

"TERCERO.—Como consecuencia, tal Decreto establece que los Municipios dueños de pabellones de carne no podrán adjudicar más de una mesa (1) o puesto de expendio a cada persona interesada en vender dicho artículo.

"CUARTO.—Además, preceptúa el mismo Decreto que los Municipios procederán a hacer una nueva distribución de las mesas o expendios de carne, en la proporción antes establecida, cuando las adjudicaciones actuales no estén de acuerdo con ella.

"QUINTO.—Por último, el artículo 3º del Decreto en referencia establece que, cuando en una plaza o pabellón de carnes, después de hacer las adjudicaciones individuales, quedaren mesas o puestos vacantes, podrán adjudicarse estos equitativamente entre los favorecidos, pero solo mientras no se presenten nuevas solicitudes.

"SEXTO.—Las adjudicaciones actuales de mesas o expendios de carne, en los pabellones municipales, de que habla el artículo 4º, del Decreto en cita, constituyen contratos reales, conmutativos, consensuales unos, otros solemnes, de arrendamiento, celebrados entre los Municipios y los particulares.

"SEPTIMO.—Con base en las adjudicaciones que de los expendios de carne se les ha hecho, tales personas vinculan muy apreciables capitales a la compra de ganados gordos, a su sacrificio y venta al detal de la carne".

Dice el Decreo acusado:

"DECRETO NUMERO 1980 DE 1957

"(Septiembre 26)

"Por el cual se dictan unas disposiciones sobre plazas de mercado.

"La Junta Militar de Gobierno de la República de Colombia,

"En uso de las atribuciones legales que le confiere la Ley 20 (sic) de 1943, y

"CONSIDERANDO:

"Que es conveniente para obtener el abaratamiento de la carne, como artículo de primera necesidad, que los puestos de venta sean adjudicados a diferentes personas, sin que se presente el caso de que una sola persona tenga varios puestos, y

"Que se han presentado casos de que una sola persona tiene varios puestos, los cuales sub-arrienda,

"DECRETA:

"Artículo Primero.—A partir de la vigencia del presente Decreto, los municipios que tengan pabellones de su propiedad, destinados al expendio de carne, no podrán adjudicar más de una mesa o puesto de expendio a cada persona interesada en vender tal artículo.

"Artículo segundo.—Los municipios procederán a hacer una nueva distribución de las mesas o expendios de carne, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, cuando las adjudicaciones actuales no estén de acuerdo con tal disposición.

"Artículo tercero.—Cuando en una plaza o pabellón de carnes, después de hacer las adjudicaciones, quedaren mesas o puestos vacantes, se podrán adjudicar equitativamente entre los favorecidos pero solo mientras no se presenten nuevas solicitudes.

"Artículo cuarto.—Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

"Comuníquese, publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E. a 26 de septiembre de 1957".

El actor señaló como violadas las siguientes disposiciones: Artículos 30, 183, 187 y 192 de la C. N.; artículo 16 de la Ley 72 de 1926; artículos 141, 143, 145, 169 y 198 del C. de R. P. y M.; el Decreto 1070 de 1956 (mayo 9); y el artículo 1602 del C. C. Hace en su demanda un análisis pormenorizado de cada una de las anteriores disposiciones, para concluír que fueron violadas por el Decreto acusado, del cual solicitó se decretara la suspensión provisional. El Consejero sustanciador doctor Rafael Rueda Briceño suspendió provisionalmente todo el acto; pero interpuesto recurso de súplica por el apoderado del sindicato de expendedores de carne y similares de Girardot, que se apersonó en el juicio para oponerse a la demanda, la suspensión provisional fue confirmada únicamente en cuanto al artículo segundo y negada para los artículos 1º y 3º, en providencia del 26 de marzo de 1958 que decidió el recurso de súplica y de la cual fue ponente el Consejero doctor Andrés Augusto Fernández. En la parte resolutiva de dicha providencia, y en cuanto a la suspensión que se mantuvo se expresó lo siguiente:

"Segundo—Confírmase la suspensión provisional del artículo segundo del referido Decreto número 1980 de 26 de septiembre de 1957, ordenada por la providencia de 14 de enero de 1958 dictada en este asunto, en cuanto pueda afectar a las personas que tenían vigentes en la fecha del Decreto contratos de arrendamiesto de mesas en el "pabellón de carnes" de Girardot, pero siendo entendido que tales contratos, al vencerse el plazo, no podrán ser prorrogados expresa ni tácitamente contra lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del mismo Decreto".

Cumplida la tramitación del juicio sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Suspensión provisional

Es necesario recordar las razones expuestas por la Sala al decidir de la súplica interpuesta contra el auto de suspensión provisional del Decreto acusado. En la providencia de fecha 26 de marzo de 1958 dijo la Sala no encontrar violación ostensible, por los artículos 1º y 3º del Decreto 1980, de ninguna de las disposiciones constitucionales y legales que se señalaron como violadas, por ninguno de los aspectos indicados en el libelo.

Se dijo lo siguiente:

"El artículo 1º, aunque de vigencia inmediata por lo preceptuado en el cuarto, dicta una norma de carácter restrictivo pero de aplicación futura, que sí repercute en la manera de administrarse un bien municipal, pero sin violentar ninguna situación actual desconociendo derechos adquiridos, y apenas estableciendo una norma de administración municipal que guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley 4ª de 1913 al preceptuar: "Cada Concejo puede arreglar los detalles de la Administración sin contravenir a las **disposiciones de las leyes** y Ordenanzas", o de los Decretos que tienen apoyo en una ley expresa, que, para el caso de autos es la Ley 7ª de 1943, que si bien erróneamente citada por el Decreto, ello no empece a dejar a este sin validez, por una parte, en atención a lo expresado por el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal, y por otra, por cuanto ya para el momento el recurrente doctor Herrera Anzoátegui, ha dado la aclaración pertinente que, para efectos de este proveído sirve de sobra.

"El Decreto acusado sigue la misma directriz de conveniencia y utilidad públicas con que fue expedida la nombrada Ley 7ª de 1943, al disponer ella en los artículos 1º y 2º que no podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo, como la carne, y facultar al Gobierno para dictar las medidas que fueren necesarias para el cumplimiento de los fines de la ley, luego no se necesitaba de apelar a razonamientos de agudeza intelectual y jurídica para llegar al convencimiento de que el mencionado artículo primero del Decreto demandado, tiene una consistente base legal y que, como se ha dicho, por lo menos **prima facie** no vulneró normas superiores.

"Lo mismo puede decirse acerca del artículo tercero del Decreto, pues guarda unión estrecha y hasta indisoluble con el primero, también de vigencia inmediata, pero de cumplimiento en el futuro, contado este desde el momento de su expedición cuando hubiere obrado sus efectos el artículo primero, de modo que cuanto aquí se ha expresado sobre este, es valedero también para el artículo tercero que, por ende, tampoco violó prima facie norma superior".

En cuanto al artículo 2º, cuya suspensión se mantuvo, se consideró que sí violaba derechos adquiridos, por razón de entrar a modificar o suspender contratos celebrados con anterioridad, y por ello quebrantaba el artículo 30 de la Constitución Nacional, y el 1602 del Código Civil, por lo cual la suspensión se confirmó en los términos antes indicados.

Procede ahora el estudio y comparación de fondo entre las normas aducidas como violadas, y las disposiciones del Decreto 1980 de 1957, acusado, cuyo texto se reprodujo al comienzo de este fallo.

NORMAS CONSTITUCIONALES

Artículo 183 de la Constitución.—Su texto dice:

"Los bienes y rentas de los Departamentos así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales".

Sostiene la demanda que el artículo 1º del Decreto acusado quebranta este precepto, al establecer una limitación a los Municipios, en la adjudicación de las mesas destinadas al expendio de carnes. Aduce que la descentralización territorial establecida por la Carta al delimitar el patrimonio municipal, se ve lesionada al atribuírse el Gobierno una función propia de los Municipios, en relación con ese patrimonio, quebrantando así el principio constitucional.

Artículo 197 de la Constitución.—Dice en su ordinal primero:

"Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la Ley, las siguientes:

"1º—Ordenar, por medio de Acuerdos, lo conveniente para la administración del Distrito...".

El cargo de violación en este aspecto, es semejante al anterior, por considerar el actor que al tomar el Gobierno una atribución de los Concejos Municipales, viola la norma transcrita y se sale de su órbita.

Al estudiar la posible violación de estas normas, la Sala recordó el precepto establecido por el Código de Régimen Político y Municipal, Ley 4ª de 1913, artículo 143, que preceptúa: "Cada Concejo puede arreglar los detalles de la Administración **sin contravenir a las disposiciones de las leyes y Ordenanzas**" señalando en el presente caso, el apoyo del Decreto 1980 en una ley expresa, la 7ª de 1943, lo cual aparece claro y obvio no obstante el error de cita en la publicación en el **Diario Oficial**, punto sobre el cual es pertinente la cita que hizo el apoderado de la entidad impugnadora, del artículo 45 del C. de R. P. y M.: "Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador".

Consideró la Sala en el auto que decidió la súplica sobre la suspensión, que "El Decreto acusado sigue la misma directriz de conveniencia y utilidad públicas con que fue expedida la nombrada Ley 7ª de 1943, al disponer ella en los artículos 1º y 2º que no podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo, como la carne, y facultar al Gobierno para tomar las medidas que

fueren necesarias para el cumplimiento de los fines de la ley, luego no se necesita apelar a razonamientos de agudeza intelectual y jurídica para llegar al convencimiento de que el nombrado artículo primero del Decreto demandado, tiene una consistente base legal y que, como se ha dicho, por lo menos **prima facie** no vulneró normas superiores".

Al llegar al estudio de fondo, se encuentra que no existe violación de los artículos mencionados de la Constitución, entre otros motivos, porque, como anotó la Fiscalía, la propiedad privada no es absoluta y por consiguiente los bienes municipales que siguen su mismo régimen de acuerdo con la Carta, deben tener la misma limitación de **función social** de la propiedad. Y ello, anota la Sala, si se quiere con mayor razón por cuanto son bienes pertenecientes al patrimonio de entidades de derecho público, cuyos gestores no son solamente responsables por sus hechos, sino también por sus omisiones. Las restricciones que la Constitución establece a la propiedad privada, tienen el fundamento de la norma de derecho público que expresa el artículo 30 de la Carta, de que "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social". Por otra parte, el Estado, por ministerio de la Constitución, puede intervenir por mandato de la ley ("por medio de leyes" antes de 1945), en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas. Y del texto de los considerandos del Decreto surge la explicación clara de la finalidad propuesta. Como medio para cumplir esa finalidad, se entró a reglamentar la adjudicación por los Municipios de los expendios de carne de las plazas de mercado. No puede considerarse que los Distritos Municipales estuviesen exentos de la potestad de intervención del Estado.

Fácilmente se comprende que el motivo de la limitación fue la necesidad pública, no siendo el Decreto 1980 cosa distinta de una parte de la reglamentación sobre precios en artículos de primera necesidad, de la cual forma parte también el Decreto 1070 sobre control de arrendamientos.

Artículo 192 de la Constitución:

"Las Ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". Alega la demanda que al dictarse el Decreto, se "suspendió" el Acuerdo número 70 del Municipio de Girardot. Siendo como es esta una acción pública, no se puede entrar a considerar un caso aislado sino por vía de ejemplo. Pero, y considerándolo así, no se ve por cuál lado haya ocurrido la "suspensión" del acuerdo, toda vez que, en primer lugar, el acuerdo (que obra en autos en copia), que se toma como ejemplo no es otra cosa que la organización del servicio público. En él se expresa que la Junta de las Empresas Municipales de Girardot ejercerá sus atribuciones en materia de "negocios, operaciones y contratos comprendidos dentro del giro ordinario de actividades tales como la adquisición de maquinaria y equipos, la realización y ensanche de obras, la contratación de empréstitos, la pignoración de sus bienes", etc., "SALVO

LAS LIMITACIONES LEGALES", cosa apenas lógica dentro de la jerarquía de las normas positivas que establece la misma Constitución. Por otra parte, el mismo acuerdo, en su artículo 5º, ordinal e) establece como función de la Junta someter a la consideración del Ministerio de Fomento, "las tarifas y reglamentos de los distintos servicios públicos que prestan", lo cual es apenas acorde con la autorización constitucional que se da al legislador en el último inciso del artículo 39 de la Carta, para ordenar la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de las Empresas de Transporte o conducciones y demás servicios públicos.

El ordinal 10 del artículo 76 de la Carta, da al legislador la competencia para "regular el servicio público, determinando los puntos de que tratan los artículos 62 y 132 y las demás prescripciones constitucionales". Una de ellas, es la prevalencia consagrada en el artículo 30, del interés general sobre el particular, en caso de conflicto. El servicio de plazas de mercado, es un servicio público. De manera que la facultad ejercida en la Ley 7ª de 1943 y por autorización de ella, en el Decreto acusado, también desde este punto de vista es constitucional, puesto que hay que entender que los Municipios, en la prestación del servicio público, se encuentran sujetos a los ordenamientos de las normas superiores. Aceptar lo contrario, equivaldría a negar la centralización política del país, y equiparar la necesaria y saludable descentralización administrativa, a un derecho autónomo de legislar de manera soberana para las entidades seccionales. La objeción sería valedera, solamente desde el punto de vista de los derechos adquiridos, al cual se hace referencia más adelante.

Normas legales:

Se señalan como violados: **El artículo 16 de la Ley 72 de 1926,** en armonía con la Ley 89 de 1936, que extendió a otros Municipios la primera, y que establece las atribuciones del Concejo Municipal de organizar la Administración Municipal "según los preceptos de esta ley". Argumenta el actor que con el Decreto acusado se viene a organizar la Administración Municipal por el Gobierno Nacional. No es así. En primer lugar, los Concejos están circunscritos por la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, a las cuales tienen que ceñirse, de acuerdo con el artículo 141 del C. de R. P. y M., que se indica también como violado. Se vio, por otra parte, que se trata de una limitación cuyo origen se halla en un acto del legislador, en desarrollo del cual el Gobierno dictó el Decreto 1980, para lo cual, como se ha visto, había facultades suficientes. No sobra repetir que la tesis de la demanda implica un concepto de la autonomía del régimen municipal que no puede compaginarse con nuestra organización política.

Artículos 141, 143, 145, 169 y 198 del C. de R. P. y M.—Ya al hablar de las disposiciones constitucionales que rigen la materia de la organización municipal se hicieron consideraciones al respecto. Estas disposiciones se refieren a la autonomía que la Constitución y las leyes han dado a los Municipios para la libre administración de sus bienes; considera el actor que por medio del Decreto acusado se violentaron esas atribuciones. No encuentra la Sala esta violación, pues en el Decreto solamente se dispuso la manera de adjudicar los expendios de carne, para evitar el perjuicio

que para el público consumidor implicaba la intervención de intermediarios y subarrendadores en esta clase de expendios, con la consiguiente alza de los precios. Y para ello mediaba una autorización especial al Gobierno, en la tantas veces citada Ley 7ª de 1943. Tanto desde el punto de vista de regulación de la propiedad privada para amoldarla al interés social, como desde el aspecto de organización del servicio público, la medida del Decreto 1980, se ajusta a la Constitución y a la ley. No se trata de reforma de la organización administrativa municipal, ni de intervención del Gobierno Nacional en el manejo de los interese municipales, sino del señalamiento de normas sobre el ejercicio del derecho de propiedad por los Municipios sobre uno de sus bienes, cuya adecuada organización tenía caracteres de utilidad pública. El espíritu del Decreto no es el de desposeer a los Municipios de la dirección y manejo de sus propiedades, sino de velar porque ese manejo se haga en la forma más conveniente a los intereses del servicio público, es decir, a los intereses de la colectividad.

Es interesante reproducir el texto de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, que ha sido base de los razonamientos de este fallo, y que dicen:

"Artículo 1º — No podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo.

"Se entiende como artículos de primera necesidad los víveres, drogas y mercancías de ordinario consumo entre las clases populares.

"Artículo 2º—El Gobierno dictará las medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue esta ley, y así podrá fijar: los precios máximos de venta de los mismos en los distintos mercados del país, de los artículos señalados en la disposición anterior; las condiciones para otorgar las licencias de importación, exportación y venta; las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden y la creación de los respectivos servicios...".

Resulta claro que la amplitud de estos textos legales es más que suficiente para dotar al Gobierno de facultades de intervención para evitar la especulación en artículos de primera necesidad. El Decreto en estudio interpreta cabalmente el espíritu de la ley, al hacer uso de esas facultades, restringiendo la actividad de los intermediarios en un aspecto que afecta de manera inmediata la situación del pueblo consumidor. Y, por tratarse de medidas de carácter eminentemente social, es necesario interpretarlas a la luz del precepto de que debe prevalecer el interés público sobre el interés particular.

Artículo 2º del D. L. 1070 de 1956.—Considera la demanda, al establecer el cargo de violación de esta disposición, que al paso que ella establece que el arrendador no puede exigir la entrega ni al vencerse el contrato salvo el caso de ocupar él mismo la finca o demolerla, en cuyos casos se requiere licencia de la autoridad competente, el artículo 2º del Decreto 1980 ordena a los Municipios hacer una nueva distribución de los expendios de carnes, cuando no esté ajustada a la prohibición del artículo 1º. La Sala sí encontró violación ostensible en este artículo 2º, en cuanto podía afectar contratos vigentes, y lesionar así derechos adquiridos, con lo cual se viola con ello el artículo 30 de la Carta, y el 1602 del Código Civil. La providencia de suspensión no analiza el punto del Decreto 1070.

El artículo 2º fue suspendido provisionalmente, "en cuanto pueda afectar a las personas que tenían vigentes en la fecha del Decreto contratos de arrendamiento de mesas en el pabellón de carnes de Girardot, pero siendo entendido que tales contratos, al vencerse el plazo, no podrán ser prorrogados expresa ni tácitamente contra lo dispuesto en los artículos 1º y 3º del mismo Decreto".

Al respecto dice el Fiscal:

"Ya hemos visto que la acción de simple nulidad que aquí se ejercita, debe encaminarse a obtener y restituír el imperio de la juridicidad objetivamente considerado. De manera que debe considerarse ajeno al presente juicio el interés particular, y los perjuicios que en desarrollo del Decreto acusado puedan sufrir los contratistas. En este caso ellos tendrían una acción distinta a la de simple nulidad. No es posible, pues, estudiar la presunta violación de normas positivas de derecho, desde el punto de vista del interés privado o subjetivo. Basta con que el Decreto expedido con fundamento en autorizaciones especiales, no se desvíe o extralimite en el uso de la atribución especialmente conferida, para que su legalidad deba sostenerse".

Efectivamente, de acuerdo con el artículo 94 del C. C. A., en la acción de simple nulidad es necesario solamente que haya manifiesta violación de una norma superior, presumiéndose que en la acción pública el perjuicio se confunde con la violación del orden legal, es decir, es un perjuicio que por esta sufre la colectividad que ve quebrantadas las normas que la rigen. De la redacción misma del artículo 2º del Decreto 1980, se infiere que había una violación manifiesta, como lo comprobó la Sala, al desconocerse derechos adquiridos. No era, pues, necesario demostrar perjuicio concreto, ya que no se trataba de acción de restablecimiento del derecho. La suspensión provisional que fue limitada exclusivamente al caso del Municipio de Girardot, hubiese podido hacerse de manera general, ya que podían no ser aquellos los únicos derechos adquiridos que se violaban. Considera la Sala que la violación entonces encontrada no se desvirtuó con posterioridad a la suspensión, y que, de consiguiente, debe anularse este artículo, pero solamente en cuanto pudo o puede aún afectar derechos adquiridos. Pero es evidente, como lo dijo la providencia, que al vencerse tales contratos no pueden ser prorrogados contra lo dispuesto en los artículos 1º y 3º del Decreto 1980 de 1957. Se trata de un caso distinto de los contemplados en el Decreto 1070, y no considera la Sala que haya violación de este, por cuanto se trata de una disposición de carácter especial, que tiende a tutelar, como por otro aspecto lo hace el Decreto sobre congelación de arrendamientos, el interés general. Distinto fuera si el Decreto hubiese descongelado los arrendaimentos de los expendios, pero la medida está claramente dirigida a evitar la incidencia sobre un artículo de consumo popular, de la forma de adjudicación de los expendios de carnes. Es, pues, un aspecto completamente diferente.

No sobra advertir que, si de la aplicación del Decreto, bien fuese en Girardot, o de cualesquiera otros Municipios, se vulneraron derechos adqui-

ridos, los lesionados tenían la acción individual correspondiente para obtener la necesaria reparación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal y parcialmente de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.—Es PARCIALMENTE NULO el artículo segundo del Decreto mil novecientos ochenta (1980) de veintiseis (26) de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), del Gobierno Nacional, originario del Ministerio de Fomento, únicamente en la frase que dice "cuando las adjudicaciones actuales no estén de acuerdo con tal disposición".

Segundo.—Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Alejandro Domínguez Molina. — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández M. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Pedro Gómez Valderrama. — Luis Fernando Sánchez, Secretario General.

* * *

E

ELECTORAL

Determinación del número de curules del Senado y de la Cámara. — Vigencia y periodicidad de los censos de población. — Para todos los efectos constitucionales y legales, rige el censo levantado el 9 de mayo de 1951 y aprobado por el Decreto 1905 de 1954. — Estudio sobre el artículo 99 de la Constitución Nacional, reformado por el 2º del Acto Legislativo número 4 de 1959. — Sufragio-función y sufragio-derecho. — Análisis sobre los Decretos relacionados con el Servicio de Estadística Nacional y violación del artículo 215 de la Constitución y 2º de la Reforma Plebiscitaria.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. PEDRO GOMEZ VALDERRAMA)

REF.: Expediente número 1.046.—ELECTORALES.—Nulidad de los escrutinios y de la declaratoria de elección hecha por la H. Corte Electoral el 25 de abril de 1960, pra Representantes por el Tolima.

Actor: NELLY GUZMAN DE GARCIA.

El doctor César Castro Perdomo, obrando como apoderado especial de la señora doña Nelly Guzmán de García, presentó a esta Corporación con

fecha 4 de mayo del corriente año, demanda de "nulidad de los escrutinios y de la declaratoria de elección hecha por la Corte Electoral, respecto de las elecciones del pasado 20 de marzo de 1960, para representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del Tolima, para el período constitucional de 1960 a 1962, escrutinios y declaratoria que terminaron el 25 de abril de 1960". Tales actos están contenidos en el Acuerdo número 20 de abril 25 de 1960, de la Corte Electoral, que obra en el expediente debidamente autenticado.

Como consecuencia del pedimento anterior solicita el señor apoderado, la rectificación de los escrutinios en el sentido de que se tome como base la cifra de 850.310 —que según el demandante— son los actuales habitantes del Departamento del Tolima, en vez de los habitantes que arroja el censo de población verificado el 9 de mayo de 1951 y aprobado por el Decreto Ley número 1905 de 1954 (junio 19), que es de 712.490. Esta diferencia la encuentra el actor en que del 9 de mayo de 1951 al 20 de marzo de 1960 han transcurrido varios años y que de acuerdo con los datos suministrados por la Dirección Nacional de Estadística, la población en el Departamento del Tolima en la fecha de las elecciones era de 850.310 habitantes.

El capítulo que el señor apoderado denomina "MOTIVOS POR LOS CUALES DEMANDO ESTA ANULACION',, puede resumirse así:

Que tanto la Constitución como el Acto Legislativo número 4 de 1959 hacen "la determinación del número de miembros de la Cámara de Representantes" y que por lo tanto no es posible variar ese mandato constitucional. Que el Decreto 0473 de 1960 al fijar para el Departamento del Tolima 8 representantes es inconstitucional y no debe aplicarse porque —según el actor— debe aplicarse la Constitución y no el Decreto por estar este en contradicción con aquella. Que al fijar la Constitución el número de habitantes (90.000) por cada Representante, deben tenerse en cuenta los habitantes en el momento de efectuarse las elecciones y no los que contiene el censo de 1951, por lo cual la Corte Electoral ha debido no aplicar el censo de población de 1951 y en cambio tomar, en cada caso, los datos estadísticos sobre población o habitantes que suministra la Dirección Nacional de Estadística para el 20 de marzo de 1960.

Y en el capítulo sobre disposiciones violadas y el concepto de la violación, arguye que el censo de 1951 aprobado por el Decreto Ley 1905 de 1954 solo debe aplicarse para los actos oficiales y no para la distribución de las curules en la Cámara de Representantes al efectuar la Corte Electoral los escrutinios correspondientes. Que para este efecto debe considerarse que la Constitución no exige que se tenga en cuenta el censo —pues según el actor— este rige solamente para los actos oficiales y que el acto de elegir representantes no es un acto oficial, sino simplemente un acto privado del ciudadano.

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

El artículo 99 de la Constitución: "porque no tiene en cuenta los habitantes actuales sino los de hace 9 años"; el artículo 2º del Plebiscito, por el mismo hecho anterior; el artículo 180 de la Constitución porque: "Este artículo se viola porque el número de 8 representantes para Tolima fue

fijado por Decreto Ejecutivo que no tiene la fuerza de virtualidad de las leyes, y solo mediante ley o un Decreto con tal fuerza pueden adoptarse determinaciones tan importantes como la contenida en el Decreto subjudice".

El artículo 12 de la Ley 67 de 1917:

"El artículo se viola con el acto acusado porque hace obligatorio para un acto privado como es el de la elección de Representantes a la Cámara, el censo de población, y según aquella norma, el censo rige únicamente para los actos oficiales...". Está el caso de la Ley 85 de 1940, artículo 1º, parágrafo, que tuvo que expedirse —según el actor—, para darle vigencia al censo de 1938 en las elecciones de Representantes.

El artículo 1º del Decreto 1905 de 1954, por los mismos motivos y razones del anterior.

Y termina en el concepto de la violación así:

"Finalmente al desconocer el Gobierno el dato oficial suministrado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística acerca de los habitantes actuales del Tolima "viola" los Decretos legislativos **2240 de 1951, 2554 de 1951, 0213 de 1952 y 2666 de 1953** (subraya el actor) orgánicos del mencionado Departamento Administrativo porque el Gobierno hace caso omiso de la Entidad que por virtud de esos Decretos con fuerza de ley es la llamada hoy a hacer cálculos estadísticos sobre la población de Colombia. No debe perderse de vista que los cálculos estadísticos se basan en la comparación de los censos aprobados por ley en Colombia, en los años de 1938 y 1951, y que lo único nuevo es la rata de crecimiento geométrico, que es la misma adoptada en la Organización de las Naciones Unidas, con estudios especiales para Colombia, y que por consiguiente tiene un gran respaldo científico y legal, y debe ser atendible. Si ese cálculo parte del censo de población aprobado por ley el dato de la población censada sirve siempre para ajustar a la realidad los habitantes...".

Y por último, señala el artículo 215 de la Constitución Nacional como violado, por el acto acusado, porque aplica el Decreto 0473 que en su concepto es contradictorio con los artículos 99 de la Constitución Nacional y 2º del Acto Legislativo número 4 de 1959.

En la última etapa de la tramitación, estando ya corrido el traslado para alegar, el señor Juan B. Godoy confirió poder al doctor Castro Perdomo, y se constituyó en parte coadyuvante de la acción electoral intentada.

Fue tramitado este juicio en la forma y dentro de los términos señalados por la ley, y no observándose vicio de nulidad que invalide esa actuación, se procede a resolver en el fondo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Dice así en las conclusiones de su vista de fondo el señor Agente del Ministerio Público, doctor Camacho Amaya:

"De la confrontación de las normas transcritas se desprenden las siguientes conclusiones:

"1ª—El artículo 2º del Acto Legislativo número 4 de 1959, solo modifica el artículo 99 de la Constitución Nacional en aquella parte en que disponía elevar la base de la población para elegir representantes cada vez que se apruebe un nuevo censo, pero no dijo que la población se determinaría por los datos suministrados por el Departamento Administrativo de Estadística como lo pretende la actora, lo cual conduce a concluír que la ley reglamentará este punto para saber de dónde se obtiene el dato de habitantes para cada circunscripción como lo prevé el artículo 180 de la Constitución Nacional.

"2º—Esta ley que para el caso concreto está contenida en el Decreto Extraordinario 1905 de 1954, es la que dispone que el censo de 1951 rige para todos los actos constitucionales y legales; y que el acto de elegir representantes por el pueblo es una función constitucional y no de carácter netamente privado lo proclama el artículo 179 de la Carta Fundamental.

"3º—El Decreto 0473 de 1960 es una norma de carácter reglamentario como lo indica su último considerando, que tuvo por objeto, aplicar el censo de 1951 —que rige para los actos constitucionales y legales según el Decreto Extraordinario 1905 de 1954— a las nuevas normas constitucionales sobre paridad, base de población, creación de nuevas circunscripciones, etc., actualizando, por decirlo así, la composición de la Cámara de Representantes a dichas normas constitucionales.

"4º—El Departamento Administrativo de Estadística no está facultado por ley alguna para suministrar datos sobre población para los efectos señalados por la Constitución. Ninguno de los Decretos que le han asignado funciones, expresa esta; en cambio, sí está facultado para publicar el censo de 1951 como lo dispone el artículo 1º del Decreto Extraordinario 1905 de 1954, pero nada más.

"Por todo lo anterior conceptúo que el escrutinio y la correspondiente declaración de la elección de Representantes del Tolima no es nula ya que dichos actos se ajustan a la distribución de puestos contenida en el Decreto Reglamentario (473 de 1960) y este se ciñe a la ley (Decreto Extraordinario 1905 de 1954) y este a su vez ha sido dictado en desarrollo del artículo 180 de la Constitución que autoriza a aquella para reglamentar lo referente a elecciones —tal como la determinación del número de habitantes que tenga en un momento dado una circunscripción electoral—, para poder aplicar en últimas los artículos 2º del Plebiscito y 99 de la Constitución (A. L. número 4 de 1959)...".

Como se ha visto, el punto central de la acción, del cual dependería la nulidad o rectificación de los escrutinios, y de la declaratoria de elección, radica fundamentalmente para el demandante, en que los actos acusados se fundaron en lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo número 0473 de 1960 (febrero 25), que dice lo siguiente:

"DECRETO NUMERO 0473 DE 1960

"por el cual se determina el número de representantes que elige popularmente cada Circunscripción Electoral.

"El Presidente de la República de Colombia en uso de sus atribuciones legales y,

"CONSIDERANDO:

"Que el artículo 2º del Acto Legislativo número 4 de 24 de diciembre de 1959 dice lo siguiente: "El artículo 99 de la Constitución quedará así: "Artículo 99. — La Cámara de Representantes se compondrá de tantos miembros cuantos corresponda a la población de la República, a razón de uno por cada 90.000 habitantes, y uno más por toda fracción no menor de 45.000 habitantes. En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres representantes, ni un número menor de los que hoy elige".

"Que la Ley 9ª de 1951 creó el Departamento de Córdoba, y que dicha ley y el artículo 8º del Decreto 1392 de 1952, determinaron el número de representantes que a este Departamento y al de Bolívar les corresponde elegir;

"Que el Decreto Legislativo número 0051 de 1958 creó la Circunscripción Electoral del mismo nombre, compuesta por el Departamento del Meta, la Intendencia de Arauca y las Comisarías Especiales del Vichada y del Vaupés, y determinó el número de Representantes que a esta Circunscripción electoral le corresponde elegir;

"Que los artículos 12 de la Ley 67 de 1917 y 1º del Decreto 1905 de 1954 vigentes, disponen que para todos los efectos constitucionales y legales rigen los censos aprobados por la ley;

"Que el último censo de población, efectuado el día 9 de mayo de 1951, fue aprobado por Decreto Legislativo número 1905 de 19 de junio de 1954;

"Que el artículo 2º de la Reforma constitucional plebiscitaria del 1º de diciembre de 1957, establece: "En las elecciones populares que se efectúen para elegir corporaciones públicas hasta el año de 1968 inclusive, los puestos correspondientes a cada circunscripción electoral se adjudicarán por mitad a los partidos tradicionales, el conservador y el liberal. Si hubieren dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a este correspondieren fueren más de dos, se aplicará para adjudicarlos, el sistema del cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido. En las elecciones que se hagan durante el período a que se refiere este artículo, en todas las Circunscripciones Electorales, se elegirá un número par de miembros de las corporaciones públicas. Para obtener ese resultado, se observarán las normas constitucionales que fijan el número de miembros de tales entidades, pero aumentando un puesto cuandoquiera que él sea impar. Ningún Departamento con más de un millón de habitantes podrá tener menos de seis senadores, ni menos de doce representantes, y

"Que la Corte Electoral ha considerado pertinente que el Gobierno por medio de un Decreto Reglamentario señale el número de Representantes que deben elegirse en cada circunscripción electoral en las próximas elecciones, de acuerdo con el Acto Legislativo número 4 de 1959, con las disposiciones legales vigentes sobre la materia y con el censo aprobado por medio del Decreto número 1905 de 1954,

"DECRETA:

"Artículo 1º—Las Circunscripciones Electorales en que actualmente se divide el territorio de la República elegirán el número de Representantes que a continuación se indica:

....

"Circunscripción Electoral del Tolima, capital Ibagué, compuesta por el Departamento del Tolima.....8.

....

"Artículo 2º—Este Decreto rige desde la fecha de su expedición.

"Comuníquese, publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 25 de febrero de 1960".

Los aspectos fundamentales de la tesis sostenida, son los siguientes: El Decreto 473 de 1960 fue aplicado por la Corte Electoral para la realización de los escrutinios cuya nulidad se acusa, lo cual no era procedente por ser violatorio del artículo 99 de la Constitución reformado por el 2º del Acto Legislativo número 4 de 1959. Ha debido aplicarse la norma constitucional. Los motivos por los cuales considera el demandante configurada tal violación son los siguientes:

a) La Constitución ordena: —A. L. número 4 de 1959, artículo 2º—, que para fijar el número de representantes para cada Departamento, se debe tomar en cuenta el número de habitantes de este, y el número de curules se determinará a razón de una por cada noventa mil habitantes, y uno más por fracción no menor de cuarenta y cinco mil.

b) El Decreto Ejecutivo 0473 de 1960 aplicó para señalar el número de curules, el número de habitantes que aparece en la población censada en 1951. Y el artículo 99 de la Carta —reformado por el 2º del A. L. número 4 de 1959—, "no nos habla de población censada, sino simplemente de habitantes existentes en cada Departamento". Para ello se apoya en que en el A. L. número 4 de 1959, se suprimieron las referencias a los nuevos censos de población, según los cuales, cuando el aumento de habitantes excediese de 500.000, automáticamente se elevaría en 20.000 la base de población para la elección de Representantes.

"...podemos apreciar al estudiar el Decreto mencionado, continúa, que consecuencialmente la base fundamental para obtener el cuociente electoral y de que nos habla el plebiscito, no es la base fijada por la Carta Fundamental y que se obtiene de dividir el número de habitantes existentes por 90.000 sino una base de hace nueve años...".

c) Dice el actor: "La población censada es obligatoria solo cuando se trata de actos oficiales. Las elecciones populares para elegir representantes a la Cámara no constituyen un acto oficial. Las elecciones constituyen un acto privado del ciudadano; en ellas cada ciudadano vota en secreto por la lista que prefiere. El **pueblo** como no se trata de un acto oficial que va a realizar sino de un voto de opinión, no tiene importancia, ni es obli-

gatorio saber cuál es la población censada de Colombia. Lo importante para él es saber que el Gobierno le respetará esa contribución a consignar su voto por los candidatos de su predilección y que se respetará la Constitución en cuanto al número de candidatos por elegir. El elector vota convencido de que el cómputo final se va a hacer sobre los habitantes existentes en la época electoral, y no sobre el dato de población de nueve o diez años atrás..... En síntesis el que votó en las elecciones del 20 de marzo de 1960 por ejemplo, no fue el Gobierno sino el pueblo. Esa votación, no fue un acto oficial y no le es aplicable a tal certamen cívico particular el artículo 12 de la Ley 67 de 1917 que obliga a tener en cuenta el censo de población pero tratándose de actos oficiales y no refiriéndose a los actos privados de los colombianos".

d) Concluye que, como consecuencia, "el D. L. 1905 de 1954 que aprobó el censo de 1951 para los efectos constitucionales y legales no rige para el acto privado de las elecciones populares que tuvieron lugar el 20 de marzo porque después de la reforma de que trata el acto legislativo número 4 de 1959, la Constitución nq habla en ninguna parte de ella de población censada. Da como argumento que cuando el Congreso o el Gobierno han querido hacer obligatorio un censo de población en las elecciones populares, lo han manifestado expresamente por actos válidos. Cita así la Ley 85 de 1940, y el D. L. 27 de 1958. Pero, sostiene, que por un simple decreto ejecutivo, no era posible entrar a dar esa obligatoriedad al censo, dado que la Constitución "da los factores precisos sobre aumento de Representantes a la Cámara, a saber: habitantes divididos por 90.000. El resultado es el que corresponde a cada Departamento, que si es impar aumenta en uno más".

e) Otro aspecto de la violación, es el que se presenta contra el artículo 180 de la Carta, que da a la ley la determinación de lo concerniente a elecciones y escrutinios, que no esté reglamentado por la Constitución. Pero no por un decreto ejecutivo puede hacerse tal cosa, y en concepto del demandante, fue lo que hizo el Decreto 0473.

f) Encuentra, por todo lo anterior, violado el artículo 215 de la Constitución.

Analizando los puntos así planteados se encuentra lo siguiente:

Violación del artículo 99 de la C. N., reformado por el 2º del A. L. número 4 de 1959.

Ante todo, es necesario fijar los antecedentes de la reforma introducida al artículo 99 de la Carta.

Tal reforma fue proyectada, y sometida a la consideración de las Cámaras, con fundamento en la necesidad de suprimir la elevación automática de la base de población para determinar el número de curules en Cámara y Senado, y establecer una **base cierta** para ello, sin sujetarse a las variaciones que arrojase cada nuevo censo, sobre crecimiento de la población, para cambiar la composición del Congreso en forma que en muchos casos podría no reflejar la realidad. De los antecedentes que obran en el expediente, se desprende que lo que se quiso fue eliminar el censo, **como base de operancia automática** para la elevación del número de ha-

bitantes que sirve para determinar el número de curules, pero no prescindir del censo método para determinar la población del país. Con la reforma, se señaló una base fija (90.000 habitantes, o fracción mayor de la mitad) para determinar el número de curules, sin que para ello importe que el natural aumento de población, con el paso del tiempo, haga que el Parlamento sea más numeroso. Justamente, la restricción antes existente, de la elevación automática de la base de población, se inspiraba en el pensamiento de evitar que, con una base fija, se aumentase el número de curules al aumentar el número de habitantes.

La Constitución de 1886 primero (art. 99), señaló una base fija de un representante por cada 50.000 habitantes; los senadores se elegían a razón de tres por cada Departamento (artículo 93). El A. L. número 1 de 1908, por razón de la nueva división departamental, estableció que se elegiría un senador por cada Departamento, y elevó la base —fija— para la elección de representantes, a ochenta mil habitantes (artículo 6º). El Acto Legislativo número 3 de 1910, redujo (artículo 18) nuevamente la base de población para la elección de representantes a uno por cada cincuenta mil, y adoptó el mismo sistema para la elección de senadores, a razón de uno por cada 120.000 (artículo 11).

El A. L. número 1 de 1930, introdujo por primera vez el sistema de aumento automático de la base de población necesaria, tanto para senadores como para representantes. La base para la composición del Senado fue de 120.000, o fracción no menor de la mitad, y para los representantes de 50.000 o fracción no menor igualmente de la mitad de dicha cifra. El aumento automático se hacía sobre la base de aumentos de 500.000 habitantes en la población general de la República, cada vez que esos aumentos se comprobasen sobre "la aprobación de un nuevo censo general". Y aumentaría la base de población para senadores, en 30.000 habitantes, y para representantes, en 10.000.

Como se ve, la tendencia a limitar por el sistema de aumento automático de la base de población el número de Representantes y Senadores, nació en ese momento. Lo cual no quiere decir que el sistema censal no fuese el aplicable en todo momento para calcular, sobre la base fija que establecían las diversas disposiciones recapituladas, el número de representantes.

Comentando esta reforma decía el doctor Tulio Enrique Tascón:

"La reforma consistente en aumentar automáticamente la base de población para la elección de senadores y representantes, tiene por objeto impedir que las Cámaras lleguen a tener un personal excesivamente numeroso y evitar la reforma de la Constitución para elevar la cifra cada vez que el censo arroje un aumento considerable de habitantes".

La reforma del A. L. número 1 de 1936, no tocó esta situación. Posteriormente, el A. L. número 2 de 1940, modificó la disposición relacionada con la Cámara de Representantes, en el sentido de suprimir el aumento automático. Tal disposición era la del artículo 5º del A. L. número 1 de 1930, y en la antigua codificación correspondía al art. 93. Pero el A. L. número 2 de 1940, conservó la disposición sobre aumento automático, para el senado de la República, sin variación alguna. De donde surge de

manera patente, el deseo del Constituyente de limitar así el número de miembros del Senado, pero no el de la Cámara. Y la coexistencia para una de las Cámaras, del aumento automático con base en los nuevos censos **aprobados**, con la supresión de este criterio para la otra Cámara, es demostrativa del espíritu de la disposición. No puede decirse que un censo fuese valedero para una Cámara y no para la otra. Lo que sucedía era que en un caso al censo se le daba especial valor, para registrar automáticamente el aumento de la base de población, y establecer así una limitación al aumento proporcional a la Cámara para la cual regía. Pero debe anticiparse que la Constitución contiene en sí normas precisas, y así debe serlo su interpretación. Y la única base precisa de la detreminación de la población, con o sin aumento automático de la base, tiene necesariamente que ser un censo, aprobado por el legislativo, o en su caso, por la Rama Ejecutiva en ejercicio de la función legislativa, cuando tiene facultad para ello, porque la fundamentación de la composición del Congreso haría gravemente aleatoria su integración.

Continuando la historia de los antecedentes constitucionales, la reforma del A. L. número 1 de 1945 (artículos 93 y 99) señaló como base para la composición del Senado, un senador por cada 190.000 habitantes, o fracción mayor de 95.000, y conservó la elevación automática, estableciendo que cuando excediese de 500.000 habitantes, se elevaría la base de población en 40.000 (artículo 17 A. L. número 1/45). Y el artículo 20 del A. L. número 1 de 1945, fijó en 90.000 habitantes la base de población para elegir representantes, y estableció igualmente que al aparecer un aumento de más de más de 500.000 habitantes en la población del país, la base se elevaría automáticamente en 20.000. Es decir, volvió, para los representantes, al aumento automático suprimido en 1940, y conservó la disposición vigente sobre senadores.

Con la reforma de 1959, se volvió, para ambas Cámaras, al sistema de la base fija de población, que no podrá ser cambiada sino por el mismo Constituyente. Pero en ningún caso por el Legislador. ¿Cuál es el resultado? La determinación del número de habitantes, necesaria para poder cumplir la disposición de la Carta, no puede hacerse en otra forma que por medio de actos que tengan fuerza legal, pues mal se podría sobre la base de cálculos estadísticos de relativa certidumbre, pero sin fuerza de verdad legal, alterar la composición del Congreso en su número de miembros. Queda, sí, abierta la puerta para que en el momento en que sea realizado y **aprobado** un nuevo censo, es decir, en el momento en que este se convierta en ley de la República, se produzca el aumento de curules, con la única base cierta que se puede tener.

El doctor Gustavo Balcázar Monzón, quien como representante al Congreso presentó el respectivo proyecto que se convirtió en el Acto Legislativo número 4 de 1959, dice lo siguiente en la exposición de motivos:

"La modificación propuesta consiste pues, en suprimir la elevación automática de la base de población necesaria para elegir Representantes y Senadores, cada vez que se apruebe un Censo General de la República y

el aumento de la población exceda de quinientos mil habitantes.

"Las razones de equidad —inspiradas en claros principios democráticos que sirven para sustentar la necesidad de la reforma—, son las siguientes:

"1ª — Las bases TEORICAS indicadas en la Constitución —hoy de 230.000 habitantes por Senador y 110.000 habitantes por Represente— no las tiene ningún Departamento, según el censo de 1951, para el número de parlamentarios que actualmente elige. Las de 230.000 y 130.000 habitantes, respectivamente, que serían las que rigieran al aprobarse el próximo censo, no la (sic) tendría la inmensa mayoría de los Departamentos.

"2ª—La base REAL para elegir Senadores y Representantes no es la misma en todos los Departamentos. Para elegir Senadores esa base varía desde 32.775 hasta 203.000 habitantes. En la Cámara la variación va desde 26.173 hasta 107.107 habitantes.

"3ª—Las distintas bases REALES, arbitrarias por cierto y en buena parte consecuencia de las normas cuya supresión se solicita, implican desconocimiento absoluto del principio democrático según el cual debe haber proporcionalidad en la representación de los habitantes de las distintas regiones del país. La falta de proporcionalidad está demostrada en los anexos que presento con esta exposición de motivos.

"4ª—Las diferencias injustas que actualmente existen en la representación de los Departamentos ante el Congreso no se podrían subsanar nunca mientras existiera el actual régimen constitucional. La elevación automática de las bases TEORICAS hace prácticamente imposible el reajuste que reclama la equidad.

"5ª—Por la vigencia de las normas que suprimiría el Acto Legislativo se presentan aberraciones como estas: a) Departamentos con mayor representación ante el Congreso que otros cuya población es superior (Antioquia con más Senadores que Cundinamarca, Boyacá con más Representantes que Caldas y Valle del Cauca); b) Departamentos cuya población es muy semejante y que sin embargo difieren notablemente en su representación (Boyacá y Santander en cuanto a Senadores y Representantes; Santander y Tolima y Magdalena, Cauca y Atlántico, en cuanto a Representantes suyos en la Cámara).

"6ª—La reforma constitucional aprobada el 1º de diciembre de 1957, introduce una nueva BASE para la elección de Senadores y Representantes. Dice la disposición que ningún Departamento con más de un millón de habitantes podrá tener menos de seis Senadores ni menos de doce Representantes. Esto significa que se crea una base excepcional de 166.667 habitantes para cada Senador y de 83.334 habitantes para cada miembro de la Cámara. La norma excepcional indica, sin lugar a dudas, que había y aún existe algo anormal que se intenta corregir, pero que debe ser materia de enmienda porque el remedio solo fue parcial.

"7ª—El reajuste automático de las bases de población necesarias para la elección de Senadores y Representantes estaría bien, como medida encaminada a limitar el número total de parlamentarios, si se hubiera partido de una proporción igual para la representación de los Departamen-

tos; si el índice del crecimiento demográfico fuera el mismo para todos, y si pudiera garantizarse la uniformidad de los períodos que median entre los censos. Pero como la realidad es contraria a aquellos supuestos, hay que concluír que el reajuste automático conspira, cada vez más, contra el ideal democrático de la proporcionalidad".

Como se ve la reforma se enderezó a impedir que continuase vigente el reajuste automático. Este reajuste, como queda visto, tenía una base única —el aumento de más de 500.000 habitantes en cada nuevo censo aprobado. Lo cual producía, anotaban tanto el proponente del proyecto, como el ponente en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, doctor Rivera, que prácticamente ninguno de los Departamentos tuviese la base teórica que resultaba de los aumentos automáticos. Lo cual resultaba de confrontar la base de población con los resultados de los sufragios emitidos por los Departamentos respectivos.

Los ponentes respectivos de las dos legislaturas, Representantes Rivera y Salazar Santos y Senadores Ramírez y Serrano Gómez, coinciden todos en afirmar la conveniencia de que el número de parlamentarios aumente de acuerdo con la elevación de la población. A lo largo del proceso de la reforma no se planteó esta en ningún momento como una supresión del criterio del resultado de los censos para determinar el número de parlamentarios, sino, y muy claramente, como una modificación dirigida a suprimir los resultados irreales e inconvenientes que se consideraba que tenía el sistema de la elevación automática de la base para la elección de senadores y representantes. Sobre el criterio anterior para la determinación del número de estos, o mejor, sobre la manera de determinar la población para así saber cuántas curules correspondían por Departamento, nada se dijo. Se guardó el mismo silencio que quedó registrado en la reforma, lo que implica que el Constituyente dejó la manera de esta determinación, a la ley.

No aparece, pues, de los antecedentes de la reforma constitucional que hubiese habido ánimo de suprimir el sistema existente para la determinación del número de curules en las Cámaras. Simplemente, se señaló una base fija, reduciendo la que operaba mediante los aumentos automáticos, sin entrar para nada en la determinación de los elementos que hubiesen de servir para la aplicación práctica de ella al proceso electoral.

El establecimiento de estos antecedentes, era necesario para entrar a determinar si el acto acusado —a saber, la declaratoria de elección de Resentantes por el Departamento del Tolima, junto con el escrutinio correspondiente—, adolece de la violación imputada, consistente en haberse aplicado en el Decreto 473 de 1960, en cuanto este aplicó para el efecto de señalar el número de curules de la Cámara de Representantes, el número de habitantes que aparece en el último censo de población, realizado en 1951, dando así cumplimiento al Decreto Legislativo 1905 de 1954.

Para el actor, el hecho de la supresión en el acto legislativo número 4 de 1959 de la referencia a la aprobación de nuevos censos, implica una supresión total de este criterio de determinación de la población. Sin embargo, quedó establecido, con base en los antecedentes del acto legislati-

vo, que el propósito de la reforma no fue otro que la supresión del aumento automático de la base de población necesaria para la determinación del número de curules del senado y de la cámara, quedando a la ley el señalamiento de la forma de establecer el número de habitantes del país.

Ahora bien: El Decreto 0473 de 1960, se apoyó en los artículos 12 de la Ley 67 de 1917, y 1º del Decreto 1905 de 1954, este último aprobatorio del censo aprobado en 1951. Corresponde, pues, en primer término, establecer si tal fundamentación fue válida.

Conviene, ante todo, señalar que ni la Ley 67 de 1917, ni el Decreto 1905 de 1954 fueron expedidos en desarrollo del precepto derogado sobre aumento automático de la población, sino en forma general, para determinar, la primera, la vigencia y periodicidad de los censos, y el segundo, la aprobación y consiguiente vigencia del censo de 1951. El artículo 12 de la Ley 67 de 1917, establece que "cada diez años que empezarán a contarse en el de 1918 se formará un nuevo censo general que, con la aprobación del Congreso, *regirá en todos los actos oficiales relacionados con el número de habitantes de la Nación*".

Y el Decreto 1905 de 1954, dice en lo pertinente:

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

"CONSIDERANDO:

"Que por Decreto 3518 de 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

"Que por Decreto 3520 de 9 de noviembre de 1949 se suspendieron las sesiones del Congreso Nacional;

"Que para los efectos constitucionales y legales rige actualmente el censo que se verificó en 1938, porque el censo levantado el 9 de mayo de 1951 no ha recibido la aprobación que ordena el artículo 12 de la Ley 67 de 1917,

"DECRETA:

"Artículo 1º—Para todos los efectos constitucionales y legales, apruébase el Censo General de la República levantado el 9 de mayo de 1951. El Departamento Nacional de Estadística queda autorizado para hacer las correspondientes publicaciones".

En auto de 30 de marzo de 1960, pronunciado en Sala Unitaria por el H. C. Andrés Augusto Fernández M., se dijo lo siguiente, al decidir sobre la suspensión provisional del Decreto 473 de 1960, impetrada en acción de nulidad en la Sala de lo Contencioso Administrativo, por el mismo abogado actor en el presente juicio electoral:

"Por otra parte, el artículo 2º del Acto Legislativo número 4 de 1959, PRIMA FACIE, no produjo el vacío que estima el demandante puesto que lo único que dejó inexistente respecto del anterior artículo 99 de la

Carta, fue lo relativo al aumento automático de la base de población para elegir representantes si a la vez por realización de un nuevo censo quedaba elevada la población del país, conservando por tanto vigentes, PRIMA FACIE, como lo estimó el Gobierno en el *considerando* quinto del Decrto impugnado, los artículos 12 de la Ley 67 de 1917 y primero del Decreto Legislativo 1905 de 1954, situación esta de orden estrictamente legal que puede variar el Congreso en sus próximas sesiones". Este auto quedó ejecutoriado, y el actor desistió de la acción, habiéndose archivado el juicio.

Para la Sala, es innegable que al suprimirse el aumento automático del artículo 99 de la Carta, no se tocó para nada la vigencia de la Ley 67 de 1917 y del Decreto 1905 de 1954, ni se estableció excepción en cuanto a su aplicabilidad para el caso de la determinación del número de curules de acuerdo con la población. Se señaló, simplemente, una base permanente, para cuya operancia deben seguir actuando los instrumentos legales. La Ley 67 de 1917, y el Decrteo 1905 de 1954, no establecen excepción; tendría que hacerlo el legislador para el futuro.

En la misma providencia de la Sala Unitaria del H. C. Andrés Augusto Fernández M. que acaba de citarse, se dijo estudiando la posible violación de la Ley 85 de 1916:

"Entonces cabe estudiar si la expedición de un Decreto Ejecutivo como el acusado, o sea el número 0473 de 25 de febrero de 1960 "por el cual se determina el número de Representantes que elige popularmente cada Circunscripción Electoral", tuvo por causa un *vacío o contradicción* encontrados por el Gobierno para la aplicación de la Ley 85 de 1916, o de la hogaño sustitutiva en lo pertinente para determinar las circunscripciones electorales y el número de representantes que deban elegirse por cada una.

"Para el Consejero que en Sala Unitaria redacta esta providencia, PRIMA FACIE, el Gobierno no llena un vacío ni desata una contradicción al expedir tal clase de "decretos", sino que sencilla y expresamente cumple una primordial atribución que, entre otras leyes, le señala con nitidez la primera parte del transcrito artículo 307 de la Ley 85 de 1916 al disponer que:

"El Gobierno dictará los Decretos necesarios para la cumplida eficacia de esta ley...",

"habida cuenta de que antes los artículos 36 y 37 de ella, trataban de las circunscripciones electorales, dentro de las cuales se elegían los Senadores y los Representantes...".

Con respecto al punto que se estudia, se trataba, lógicamente, de cumplir una atribución especial, para poner en la relación que pide la Carta, el censo *de población* con el número de curules de la Cámara. También, por este aspecto, tendría plena competencia.

El señor apoderado de la actora insiste en establecer una diferenciación innecesaria por obvia, entre censo y censo electoral. Anota que no es el artículo 180 de la Carta, que autoriza al legislador para determinar materias concernientes a las elecciones, el que genera su facultad de aprobar los censos de población. En este juicio, dice, nadie está discutiendo

la constitucionalidad del Decreto 1905 de 1954 que aprobó el censo de población y no se pierda de vista que este Decreto como ya se dijo legaliza un recuento numérico de habitantes, le da validez a todos aquellos datos del censo, lo hace obligatorio y perfecciona el censo. Lo que nunca podrá aceptarse es que el Decreto 0473 de 1960, que fijó el número de Representantes a la Cámara, sea válido porque es reglamentario del 1905 y 1954, aprobatorio del censo de población, pues por otra parte no se puede reglamentar una materia que no admite reglamentación ni entre los dos decretos se trata de cuestiones electorales, y el 0473 es el que fija curules para la Cámara".

La distinción entre censo de población y censo electoral, nada tiene qué hacer en el presente asunto, y se trataría más bien de una desviación del problema, pues lo que sucede es que el caso no se refiere a electores, y sí tiene relación, primordialmente, con los *habitantes*, cuyo número de acuerdo con la ley se determina con base en el censo de población, y no en los censos electorales. Si el criterio fuese el del número de ciudadanos, sería diferente.

Ahora bien: Estrictamente, el número de Representantes se hallaba determinado por el Acto Legislativo número 4 de 1959, que estableció como se ha dicho una base de habitantes para cada curul. Para la determinación de ese número, basta con remitirse al censo vigente, que para todos los efectos constitucionales y legales, determina oficialmente la población. Al dictar el Gobierno el Decreto 0473 de 1960, no hizo cosa distinta *de darle operancia a estas disposiciones*, en cumplimiento de la función de aplicar y ejecutar las leyes, es decir, como con razón lo dice el señor Fiscal, "aplicar el censo de 1951 —que rige para los actos constitucionales y legales según el Decreto Extraordinario 1905 de 1954—, a las nuevas normas constitucionales sobre paridad, base de población, creación de nuevas circunscripciones, etc., actualizando, por decirlo así, la composición de la Cámara de Representantes a dichas normas constitucionales".

Surge, en este punto, el problema que plantea el doctor Castro Perdomo, al sostener que "la Ley 67 de 1917 dispuso que para los actos oficiales sería obligatorio el censo. Pero el sufragio no es un acto OFICIAL. Se ejerce como una función constitucional al tenor del artículo 179 de la Carta. Pero el hecho de que esa facultad sea de origen constitucional para que nunca la ley prohiba el sufragio no quiere decir que el sufragio sea un acto oficial del Gobierno. Por consiguiente suponiendo que la reforma del Acto Legislativo número 4 de 1959 no abolió la población censada, NO EXISTE ACTUALMENTE una ley expresa que haga obligatorio para elecciones de representantes a la Cámara el censo de 1951. En cambio, cuando el Congreso quiso hacer obligatorio un censo lo expresó mediante leyes, como la 85 de 1940".

Quedó establecido que el Constituyente, al modificar el artículo 99 de la Carta, no estableció un sistema distinto al del censo, para fijar el número de curules en las Cámaras. El artículo 12 de la Ley 67 de 1917, es claro, al señalar que el censo rige para todos los actos oficiales relacionados con el número de habitantes de la Nación. En tanto que el Decreto 1905 dispone que dicho censo rige "para todos los efectos constituciona-

les y legales". Es necesario, pues, determinar si las elecciones son un "acto oficial", no del Gobierno como dice el demandante, sino de los ciudadanos, y si los efectos "constitucionales y legales" previstos por el Decreto 1905 se limitaban exclusivamente al aumento automático de curules, antes de la reforma, o bien son generales con respecto al número de habitantes que determina a su vez el número de curules.

Sufagio-función y Sufagio-derecho

Dentro de la evolución natural de la democracia, y al surgir en ella el sistema representativo, paulatinamente la lucha por las ideas democráticas se fue centrando en el problema del sufragio. Democracia y elección, fueron convirtiéndose en conceptos inseparables. Al concepto de elección, queda unido también el concepto de las libertades públicas, y el ejercicio del sufragio para determinar por este medio la orientación del Estado, aparece como el medio insustituíble para mantener un régimen democrático. Su ejercicio aparece vinculado a la legitimidad del origen del poder público, y permite la determinación por la Nación misma, sobre la cual descansa la estructura jurídica del Estado, de la orientación de este. "En la práctica, dice Maurice Duverger, la idea de la escogencia de los gobernantes se ha desarrollado al tiempo con las teorías de la soberanía del pueblo, bajo la forma de la elección. Hoy día la escogencia por elección es considerada como la única natural y legítima. La elección ha entrado en las costumbres". (Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, ed. 1960, p. 77). Y Dicey (Law of the Constitution, p. 76, ed. 1950), dice que "los electores son parte, y la parte predominante, del poder político soberano".

Tenemos, pues, que en la base de las instituciones está el cuerpo de los electores, cuyo ejercicio del sufragio determina la forma de estas y la integración del Gobierno y del Congreso. Cabe preguntarse si un acto de tal naturaleza puede ser considerado simplemente como un "acto privado". Y ante todo, habrá de indagarse si la Constitución Colombiana permite tal consideración.

El artículo 105 de la Carta establece:

"Los individuos de una y otra Cámara representan a la Nación entera, y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común".

El artículo 179 preceptúa:

"El sufragio se ejerce como función constitucional. El que sufraga o elige no impone condiciones al candidato ni confiere mandato al funcionario electo".

Igualmente, el artículo 180, dice en lo pertinente:

"...La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la *independencia de unas y otras funciones;* definirá los delitos que menoscaben la verdad y libertad del sufragio, y establecerá la competente sanción penal".

En su comentario al artículo 105 de la Constitución de 1886 —el mismo actual —don José María Samper (Derecho Público Interno, T. II, p. 224), señala que el sufragio es "una función pública, que se instituye

como medio de representación del poder soberano". Al comentar el artículo 179, dice que "el sufragio, como institución, es una función constitucional necesaria para el juego de todo el organismo de la República".

Los textos constitucionales transcritos indican claramente que el sufragio no puede considerarse como un acto privado, sino como el ejercicio de una función pública primaria, indispensable según la estructura constitucional de Colombia, para la integración de las corporaciones públicas, y para la elección del Presidente de la República. No es, pues, un acto privado. Es, evidentemente, un derecho fundamental del individuo, amparado con la tutela que la Constitución establece para la libertad política, como determinante de la democracia, en cuanto a que hace parte y expresa la libertad política del ciudadano, y es función en cuanto al ejercicio, que es fuente de los órganos del poder público. Es conveniente recordar lo que dice a este propósito el tratadista Alvaro Copete Lizarralde (Lecciones de Derecho Constitucional, p. 11, 2ª ed.):

"...Como muy bien lo advierte Adolfo Posada, "el sufragio, a la vez que función es derecho, aunque no sea, como Giner lo advierte, un derecho natural, pues no descansa en la naturaleza del hombre como hombre, sino como ciudadano". La determinación de si el sufragio es un derecho o una función, es de grande importancia por las ulteriores consecuencias del planteamiento. Para nosotros, la opinión de Posada es exacta, pues que todo ciudadano tiene derecho a ejercitar la función del sufragio. No sobra advertir que al acoger esta tesis, no incurrimos en contradicción con lo expuesto al hablar del derecho de propiedad. Allí expresamos que el concepto de propiedad-derecho es antinómico con el de propiedad-función, porque una cosa no puede ser simultáneamente función y derecho. En cambio, con el sufragio el problema es de otra índole, porque es función en cuanto a su ejercicio, y derecho en cuanto al necesario reconocimiento que debe hacerse de él al ciudadano".

Para la Sala, dentro de la expresión "actos oficiales" empleada por la Ley 67 de 1917, está ampliamente comprendido el acto del sufragio, dada su calidad de función pública, que dice relación a la integración misma del Estado. El ejercicio del sufragio, es función pública como lo es el ejercicio del cargo de jurado de conciencia, por ejemplo. No importa que el ejercicio sea transitorio. La permanencia se requiere no para la presencia de la función pública, sino para el prefeccionamiento de la situación de funcionario. Es, por demás obvio, que el ejercicio de una función pública no puede ser un acto privado. Como es obvio que no se trata de un acto "oficial del Gobierno", como dice el demandante, pero sí un acto oficial del ciudadano, que cristaliza la participación de este en la vida pública nacional.

No se trata, como sostiene el señor apoderado de la actora, de "un voto de opinión". Por el contrario, se trata, por el querer de la misma constitución, de ejercicio de una función; ni se trata, tampoco, de que el elector vote "convencido de que el cómputo final se va a hacer sobre los habitantes existentes en la época electoral, y no sobre el dato de población de 9 o 10 años hacia atrás". El elector vota sobre un número de candidatos determinado por el número de casillas que, de acuerdo con el ar-

tículo 2º del plebiscito, y el acto legislativo número 4 de 1959, corresponden a su partido en su circunscripción.

De manera que la función se ejerce mediante un acto de voluntad que va condicionado a un número de candidatos, que es lo que tiene en cuenta, y para determinarlo, ha operado, pero *con anterioridad,* el número de habitantes para señalar el número de curules.

Tomando la objeción desde el punto de vista del Decreto 1905, que establece la vigencia del censo, "para todos los efectos constitucionales y legales", tenemos que el artículo 171 de la Carta (modificado por el 1º de la Reforma plebiscitaria de diciembre de 1957, en cuanto a la inclusión de la mujer en el goce pleno de la ciudadanía), dice: "Todos los ciudadanos varones (hoy todos los ciudadanos) eligen directamente concejales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes, Senadores y Presidente de la República".

Basta la lectura del artículo anterior, relacionándolo con el 99 modificado por el A. L. número 4 de 1959, para concluír que uno de los "efectos constitucionales y legales" de la vigencia del censo, es el relacionado con todas las elecciones que se enumeran en el artículo transcrito, entre ellas la de Representantes.

De consiguiente, el efecto de la reforma constitucional del A. L. número 4 de 1959, es el de suprimir la elevación automática de la base para la elección de Senadores y Representantes, que era la que hacía necesaria la mención de los censos dentro de la Carta Fundamental. Suprimida esa elevación, tal mención no se hace necearía, quedando en libertad el legislador para determinar la manera de establecer el número de habitantes para todos los efectos, constitucionales y legales, entre ellos el de las elecciones de Senadores y Representantes.

Pero mientras no venga una determinación del legislador que modifique o derogue la disposición general de la Ley 67 de 1917, y la vigencia y aplicabilidad del censo de 1951, será necesario seguir aplicando estas disposiciones. Como el mismo apoderado de la actora lo dice, es al legislador, o al Gobierno en ejercicio de la función legislativa por uno de los eventos previstos en la Carta, a quien corresponde la manera de fijar el número de habitantes del país para toda clase de efectos, constitucionales y legales. Descartada la tesis insólita de que la elección es un acto privado, la consecuencia es de que en ningún caso mientras rijan las actuales disposiciones legales puede aceptarse método distinto del del censo de población aprobado para establecer el número de habitantes del país, cuando este dato es necesario para poner en operancia una norma constitucional.

A este respecto, teniendo en cuenta que según el demandante, "al desconocer el Gobierno el dato oficial suministrado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística acerca de los habitantes actuales del Tolima "viola" los Decretos legislativos números 2240 de 1951, 2554 de 1951, 213 de 1952 y 2666 de 1953 orgánicos del mencionado Departamento Administrativo porque el Gobierno hace caso omiso de la Entidad que por virtud de esos Decretos con fuerza de ley es la llamada hoy a hacer cálculos estadísticos sobre la población de Colombia", es conveniente

recordar lo que dice al respecto el señor Fiscal 1º Dr. Camacho Amaya:

"...El Departamento Administrativo de Estadística no está facultado por ley alguna para suministrar datos sobre población para los efectos señalados por la Constitución. Ninguno de los Decretos que le han asignado funciones, expresa esta; en cambio sí está facultado para publicar el censo de 1951 como lo dispone el artículo 1º del Decreto Extraordinario 1905 de 1954, pero nada más".

En el expediente obra un interesante informe del Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, que permite establecer exactamente cuál es la naturaleza de los cálculos sobre creciminto de la población cuando no proviene del sistema de censo, sino de cálculos que, partiendo del censo, señalan, desde el punto de vista estadístico, el aumento de la población, no con exactitud matemática, COMO EL MISMO INFORME LO ADVIERTE.

Dice en sus partes de mayor interés, el informe:

"...Al decirse que en los censos del 5 de julio de 1938 y 9 de mayo de 1951 el Departamento del Tolima registró 547.796 y 712.490 habitantes, respectivamente, se quiere significar con ello que al verificarse el recuento en esos momentos en el territorio departamental citado, fueron contadas, una a una, las personas así indicadas. Al decirse que el Tolima tuvo en el primer censo una rata del 26.2 por mil y en el segundo de 20.7, se expresa de esta manera que se aplicó la fórmula del interés compuesto cifrada así: $R=\sqrt{p}-1$, esto es, que el aumento anual fue el de esos coeficientes por 1.000 de los habitantes pertenecientes a tal sección del país. Conforme a la fórmula recurrida se desprende que el censo de 1951 se liga por necesidad al de 1938 y este se basa por igual razón al aparecido en 1918. Ahora, si se quiere saber el número de habitantes para el año de 1960 precisa emplearse otra fórmula igualmente tomada del interés compuesto y concretada en esta expresión matemática: $P=p(1+R)^n$. Para este caso, verificada la operación correspondiente al Tolima en 20 de marzo de 1960, día de las elecciones, y en 5 de julio del mismo año las que así dan razón en números de lo pedido por el Consejo de Estado en su despacho distinguido con el número 073.

"Hay algunos países que echan mano para sus cálculos demográficos de lo que se ha admitido en llamar *"crecimiento vegetativo o natural"* y que consiste en establecer la diferencia entre nacimientos y defunciones habidos en la Nación en cada año más los aportes de migrantes entrados y salidos por los puertos del país. Pero allí donde se realiza este sistema se dispone regularmente de un registro civil de personas que permite controles suficientes para proporcionar cifras que sean satisfactorias. Así lo hace, entre otras naciones, la República Argentina.

"De más está decir que las cifras derivadas de esas operaciones sin mayores complicaciones se tienen por los Estados como valederas para lo que hace relación con toda clase de actividad territorial, económica, social o política de la Nación. El procedimiento es admitido por las Naciones Unidas.

"Pero en agrupaciones humanas donde no opera el registro civil como es el caso nuestro y que tiene que aprovecharse forzosamente de los re-

gistros parroquiales, no se presenta más recurso que valerse del procecedimiento basado en la progresión geométrica, como realmente se hace por la estadística de Colombia.

"Es de sobra sabido el fracaso del registro en el país. Encomendado a Notarios y Alcaldes Municipales, no se le dio por estos el cumplimiento ordenado por la ley y así solo una mínima parte del material exigible fue obtenido por esta vía. Con lo que, a pesar de las insistencias que se hicieron por ponerlo a marchar, fue del todo inútil e inoperante por muchos años.

"Mas las fuentes parroquiales también han presentado tropiezos hasta la fecha. Propiamente esa no es una estadística de nacimientos como en otras partes sino de simples bautizos. Así escapan a la inscripción una apreciable cantidad de nacimientos, aquellos que fallecen antes de recibir las aguas bautismales. El sistema vegetativo, pues, no se puede aplicar entre nosotros, so pena de ofrecer cifras que son comprobadamente deficientes.

"En tales circunstancias huelga valerse del procedimiento fundado en el principio de que la población crece en proporción geométrica, que acepta también la Organización de las Naciones Unidas, confirmándolo de hecho al darle cabida a nuestras cifras en sus publicaciones anuales, de modo que ese Organismo Internacional le atribuye igual crédito que al otro, es decir al vegetativo que llevan naciones mejor organizadas en todas las investigaciones demográficas. Claro es que el uno y el otro método *no permiten una exactitud matemática rigurosa, pero sí se acercan en mucho a las realidades de las poblaciones humanas, que son por esencia móviles y cambiantes en su evolución en el tiempo.* No pudiendo verificarse censos en cortos períodos, no hay más remedio que atenerse a estos cálculos tenidos por los expertos más autorizados *como provisionales y probables.* Y sobre tales bases y con la autoridad de tal Organismo Internacional Consultivo, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística ha estado suministrando, y en escala creciente, datos de población y cálculos fundados en ellos a Ministerios, políticos, ingenieros, Gobernaciones, Alcaldías, Concejos Municipales, Centros Médicos, Facultades, estudiantes y empresas privadas, *cada uno conforme a los planes o proyectos por realizar.* Prueba de que el país todo le da un amplio margen de fe y credibilidad a las cifras que se ofrecen como seguras hasta donde es posible este concepto dentro de lo humano.

"Es entendido que estas cantidades y los coeficientes consiguientes son los que se desprenden de un estado normal de la población.

"Un estado de este género supone, en Demografía, un orden de cosas sentado en hechos regulares que aparecen y se desarrollan dentro de un ritmo normal sostenido, sin sobresaltos, ni interrupciones y sin situaciones anómalas.

"Mucha parte de los criterios, fórmulas y métodos que se utilizan en este modo de conocimiento se apoyan en la ley de los grandes números, en el principio de causalidad y en las rígidas normas que preside la lógica, y esto para que la razón preserve la investigación de fantasías, preferencias y de toda clase de sofismas. Atiende, por lo mismo, al hecho

visible de las *regularidades*, ya físicas, ya sociales, con lo que pueden preverse fenómenos por venir y adelantarse proyecciones y cálculos a largos plazos, en la seguridad de que se cumplirán en idénticas formas siempre que se presenten en las mismas condiciones. Rota esa regularidad estadística carece de asidero firme y vese lanzada a la vía de las hipótesis, que pueden no ser la certidumbre.Tal irregularidad hace que no se utilice el coeficiente geométrico anual, el que cumple en épocas de sosiego.

"El Tolima es desde hace algunos años teatro de la violencia, hecho que ha traído la continuada desaparición de vidas humanas y el éxodo de sus habitantes, en especial de su masa campesina. De esta manera se halla, pues, en condiciones que no son propiamente las normales. Al pretenderse estimar el número de sus pobladores para el año presente hay que proceder necesariamente con prudencia extremada, y obliga al investigador, ante todo, a que se pregunte si las muertes cumplidas en el transcurso y los éxodos verificados en el mismo han afectado su población en una medida que hubiera podido alterar el coeficiente de progresión geométrica presentado en líneas antecedentes.

"No hay posibilidades por ahora de llevarse a cabo un censo de población a fin de verificar la exactitud de las cifras que sostiene la Estadística en sus publicaciones. No se dispone tampoco, por los organismos oficiales de controles por los cuales se hubiera llevado cuenta de las muertes debidas a la violencia. El único recurso parece que está en examinar y sopesar las cifras, aunque algo deficientes, de los anuarios generales de estadística en un período que parte de algunos años anteriores a la aparición de esa calamidad en tierras del Tolima...".

Y como conclusión, certifica "que los censos de 1938 y 1951, así como los cálculos para 1960 en los que están incluídos los correspondientes al 20 de marzo y 5 de julio de este año para el Departamento del Tolima, están **estadísticamente justificados**".

Fijado así el concepto del censo y de los cálculos que de él arrancan, cabe preguntarse de dónde deriva la fuerza obligatoria del censo de 1951, si no es de la disposición legal que lo aprobó. No hay mantato legal alguno que dote a los cálculos efectuados por el DANE de fuerza legal. La función de la determinación de los habitantes de la República en forma cierta, es función legislativa que se cumple mediante la aprobación del censo. No puede ser materia de cálculos que, si bien justificados estadísticamente, registran de año en año las naturales variaciones, determinadas por las causas que el Director del Departamento Administrativo señala en su informe. Claro está que los cálculos de los períodos intermedios son absolutamente necesarios, y que la Estadística presta una eficacísima colaboración a la Administración en cuanto se relaciona con planes y programas, en los cuales sea necesario un cálculo aproximado de la realidad, de la población en un momento dado. Pero uno es el camino de la programación, y otro el del desarrollo de las disposiciones constitucionales que corresponde al legislador. Por ello la objeción formulada por el apoderado, de que la ley o decreto legislativo aprobatorio del censo no pueden reglamentarse, por su analogía con las leyes aprobatorias de tratados, es inválida. En primer término porque no se trata

de reglamentar el hecho de la población misma, del número de hijos de cada individuo, o de la distribución entre varones y mujeres de la cifra total; se trata solamente de ejecutar —y la reglamentación es el primer acto de ejecución de la norma—, la aplicación del número señalado con fuerza de verdad legislativa, a una situación constitucional.

Si los cálculos estadísticos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística tuviesen fuerza legal para el señalamiento de las curules en el Congreso, como lo sostiene la demanda, tendríamos que las atribuciones de aquella entidad serían atribuciones de carácter legislativo, ya que podría variar los efectos de la aprobación legislativa del censo, y variar en períodos cortos sin intervención del Congreso, el número de integrantes de este. Ciertamente, se dijo ya, tales cálculos son necesarios, pero no pueden prevalecer para efectos legales que requieren cifras ciertas, sobre la aprobación legal impartida a un censo de población. De consiguiente concluye la Sala que salvo nuevas disposiciones legales que modifiquen la situación actual, deberán ser tenidas en cuenta las cifras de los censos de población debidamente aprobados, y vigentes en el momento de la elección, para hacer sobre ellos la determinación del número de curules en el Congreso. No se trata, como objeta el demandante, de que en esta forma el Gobierno fije el número de miembros del Parlamento, por cuanto este número está indicado implícitamente por la Constitución misma, en el A. L. número 4 de 1959, de que se ha hecho mérito, y la sola labor del Decreto reglamentario es la de *verificar* —empleando el término en su exacto sentido de "comprobar o examinar la verdad de una cosa"—, el resultado de esa fijación constitucional, en relación con el censo vigente en el momento.

Violación de los Decretos 2240 de 1951, 2554 de 1951, 213 de 1952 y 2666 de 1953

Son estos los Decretos relacionados con el Servicio Nacional de Estadística, que culminaron con el Decreto 2666 de 1953, que creó el respectivo Departamento Administrativo. Ya anteriormente se han formulado consideraciones al respecto, que conviene ahora resumir. El Decreto 2240 de 1951, creó la Dirección Nacional de Estadística como dependencia de la Presidencia de la República, fijándole como función primordial la de "cooperar con la Oficina Planificadora a fin de que su actividad esté orientada en el sentido de producir informaciones que sirvan para un estudio coherente de la economía nacional". El Decreto 2554 de 1951, reglamentario del anterior, señala a la Dirección funciones de planificación del desarrollo de las Estadísticas, de coordinación con los Departamentos Estadísticos de los Ministerios, de coordinación técnica de métodos y procedimientos estadísticos, nomenclaturas y formularios, de asistencia técnica, de publicación de las Estadísticas, de suministro de informaciones, "siendo entendido que las informaciones deberán ser dadas en forma global"... Dice el artículo: "*Los datos estadísticos que se su-*

ministren no podrán aplicarse para fines impositivos, ni como pruebas judiciales". El Decreto organiza, además, los organismos dependientes de la Oficina. El Decreto 213 de 1952, englobó en la Dirección de Estadística la sección de Censos Nacionales que dependía de la Contraloría General de la República. Y el 2666 de 1953, convirtió la Dirección en Departamento Administrativo. Ahora bien, la disposición, plenamente explicable, que queda atrás subrayada, de que los datos estadísticos que suministre la Dirección no podrán aplicarse como pruebas judiciales (justamente por tratarse de cálculos elaborados sobre la base de datos, y no de hechos en sí mismos), viene a confirmar cuanto se ha dicho sobre el punto con anterioridad. No se halla en los Decretos, como anotó el señor Fiscal, disposición alguna que le de fuerza legal a dichos cálculos a los cuales se da la consideración de informaciones aptas para el desarrollo de planes y programas, y de elementos para el estudio, y previsión de diversas situaciones de la economía nacional, así como constituye un reflejo que en conjunto da una visión de un determinado momento del país, sin que, al entrar a discriminarlo, puedan establecerse de él hechos, sino que, al contrario, del examen y elaboración de los datos producidos por los hechos sociales y económicos, surgen esas apreciaciones de carácter global, que son a manera de termómetro para medir ciertos aspectos del país, sin que se pueda incurrir en el error de darles fuerza legal. La fuerza legal de que se dota a los censos como procedimiento para determinar el número de habitantes de un país, proviene del alcance excepcional y de la diversidad de procedimientos de aproximación a la realidad, que en ellos se emplean, y de la necesidad de tener un estimativo operante legalmente, del número de habitantes del país, para efectos tan importantes como el del caso **sub-lite.** No encuentra la Sala violación alguna de los Decretos orgánicos de la estadística nacional, en haber tomado el Gobierno la base del último censo aprobado, para establecer su reglamentación. No prospera este punto, como los anteriores.

Violación del artículo 215 de la Constitución Nacional

Encontrándose, como se ha encontrado, que el Decreto 0473 de 1960 se ajustó a la Constitución y a la Ley para el establecimiento del número de curules en la Cámara de Representantes, se concluye que no había lugar a que la Corte Electoral se abstuviera, en los actos acusados, de aplicarlo para dar preferencia a la Constitución, puesto que no habiendo incompatibilidad entre el Decreto y las normas Superiores, al aplicarlo no se violaba la Carta.

Violación del artículo 2º de la reforma plebiscitaria

El demandante encuentra tal violación, en que "a pesar de que la Constitución ordena tener en cuenta para la aplicación y desarrollo del cuociente electoral el número constitucional de Representantes para cada Departamento, por medio del acto acusado se adopta la base del cuociente

electoral en una forma distinta, pues en vez de tener en cuenta los candidatos por elegir que manda la Constitución: diviendo los habitantes por 90.000, se han fijado tales candidatos diviendo los habitantes de hace 9 años por 90.000 para el Departamento del Tolima, y entonces la base del cuociente electoral resulta equivocada y en contra de lo previsto en la Carta".

Quedaron ya analizados los diferentes aspectos de este punto, que radicaba justamente en la necesidad que para el demandante existía, de que se tomaran en cuenta los cálculos sobre el aumento de la población después de 1951, y no el censo legalmente aprobado. Como ya se vio, para la Sala Plena la conclusión es diferente, y estima que la fuerza legal del censo debe primar, mientras no haya disposición legal que modifique esta situación, ya que el Constituyente defirió el punto a la ley.

En relación con este punto, es procedente señalar que la petición 2ª de la demanda, aun aceptando en gracia de discusión, que la anulación de los escrutinios y la de declaratoria de elección prosperase, no tendría operancia alguna, por las razones siguientes:

La petición está concebida en los siguientes términos:

"2ª—Consecuencialmente pido la rectificación del cuociente electoral que tuvo en cuenta la Corte Electoral, para que en vez de obtenerlo dividiendo los votos válidos de cada partido por el número de candidatos por elegir en aquella circunscripción electoral y el que fue fijado por el Decreto Ejecutivo número 0473 de 1960 (febrero 25), se tenga en cuenta el número de candidatos constitucionalmente determinado para aquel Departamento, y el cual no es otro que el resultado de dividir sus habitantes actuales 850.310 por 90.000 (artículo 99 de la Constitución y artículo 2º del plebiscito), así en vez de ocho Representantes, deben ser declarados electos diez para el período constitucional citado".

En el Departamento del Tolima se votó en las elecciones cuyos escrutinios y declaratoria se acusan, por ocho representantes. Cada partido, de acuerdo con el artículo 2º de la reforma plebiscitaria, tenía derecho a cuatro representantes. Cada una de las listas, pues, contenía un número de candidatos ajustados a ese número total. Ahora bien, para que fuese posible escrutar dos representantes más, habría sido necesario que en las listas correspondientes hubiese habido cinco y no cuatro candidatos de cada partido. No habiendo ocurrido así, la única conclusión a que cabría llegar, sería la de declarar la existencia de curules vacantes, ya que el hecho del aumento de las curules no implica el que de suyo los elegidos hubiesen sido precisamente aquellos que el actor en su presentación indica como tales. Antes bien, podría surgir un desequilibrio entre los diversos grupos de los partidos, cuyos efectivos habrían podido traducirse de manera distinta al votarse por diez y no por ocho candidatos, y aplicarse consiguientemente el cuociente electoral.

No procede considerar la invocación que en su alegato de conclusión hace el actor de la Ley 80 de 1922, por cuanto dicha ley no fue aducida en la demanda como disposición violada.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala Plena

concluya que el acto de escrutinio y declaratoria de elección acusado por las tachas antes analizadas, es válido, y de consiguiente deben rechazarse las peticiones de la demanda, como en efecto se hará.

DECISION:

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, en Sala Plena, oído el concepto de su fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

NIEGANSE las peticiones de la demanda de nulidad de los escrutinios y de la declaratoria de elección hecha por la Corte Electoral en Acuerdo número 20 de 1960, con respecto a las elecciones para Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Tolima para el período constitucional de 1960 a 1962.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta — Jorge De Velasco Alvarez — Alejandro Domínguez Molina — Francisco Eladio Gómez G. — Guillermo González Charry — Alfonso Meluk — Gabriel Rojas Arbeláez — José Urbano Múnera — Pedro Gómez Valderrama — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

ELECTORAL

Acto ilegal de la Asamblea del Departamento de Bolívar al elegir a un miembro de la misma corporación para desempeñar el cargo de Contralor Departamental. (Artículo 98, numeral 6º del Código de Régimen Político y Municipal).

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

REF.: Expediente número 759. Nulidad de la elección del señor JUAN RAAD como Contralor del Departamento de Bolívar.

El señor Juan Raad fue elegido diputado principal a la Asamblea Departamental de Bolívar para un período de dos años. Prestó el juramento de rigor y entró a desempeñar sus funciones el 1º de octubre de 1958, fecha en que la corporación inició sus sesiones ordinarias. Continuó asistiendo con regularidad a las deliberaciones y conservó la investidura de

diputado hasta el 16 de octubre del mismo año, día en que le fue aceptada la renuncia irrevocable del cargo por la Asamblea Departamental. En esa misma sesión, y pocos momentos después de ser aprobada la resolución número 6, por medio de la cual se aceptó la declinación y se ordenó el llamamiento del suplente que debía llenar la vacante, esa corporación procedió a hacer la elección de Contralor del Departamento. Fue elegido el señor Raad por once votos, contra uno en blanco y cuatro ausentes. Antes de la votación y después de ella, algunos diputados dejaron constancias sobre su inconformidad con la candidatura o escogencia del señor Raad y expresaron que su desacuerdo con la mayoría tenía como base una cuestión de carácter legal, cual era la de que consideraban que la condición de miembro de la corporación que debía hacer la elección inhabilitaba al señor Raad para ser elegido, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 98, ordinal 6º, del Código de Régimen Político y Municipal.

Con apoyo en los antecedentes que se dejan relatados, los doctores Ignacio Meléndez Piñeres, Jorge Mercado Avila y Armando de Avila, presentaron sendas demandas ante el Tribunal Administrativo de Bolívar para que se decretara la nulidad de la elección de Contralor del Departamento hecha por la Asamblea en el señor Juan Raad en su sesión del 16 de octubre de 1958, la invalidez y cancelación de la credencial que se le expidió y la suspensión en el ejercicio del cargo. Estas demandas fueron presentadas ante la Secretaría del Tribunal en 27 y 28 de octubre de 1958.

Tramitado el juicio con arreglo a las normas procesales y después de resolverse algunos incidentes sobre impedimento del Magistrado y del Fiscal del Tribunal Superior, en sentencia de 1º de agosto de 1959 se desató la litis en primera instancia y se accedió a las súplicas del libelo, previa acumulación de las tres acciones instauradas contra el mismo acto de elección.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, después de relacionar los hechos generadores de la acción, las súplicas y las consideraciones de derecho planteadas en las tres demandas acumuladas, declaró la nulidad del acto acusado con apoyo en el mandato del artículo 98, ordinal 6º, del Código de Régimen Político y Municipal y en jurisprudencia sentada en el año de 1936 por el Consejo de Estado en un caso similar al que se estudia.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado del señor Raad y por el Fiscal designado para el caso contra la decisión del Tribunal Administrativo, los autos subieron a esta superioridad y han sufrido la tramitación que corresponde. El señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, doctor Uladislao Domínguez, previo relato de los antecedentes emitió su concepto de fondo en los siguientes términos:

"Las Asambleas Departamentales están en su actividad, rigurosamente sujetas a la norma de la administración reglada, es decir, no pueden hacer sino aquello que la ley les autoriza, o lo que es lo mismo: sus actos deben inspirarse en el régimen legal establecido, y cuya violación comporta la nulidad de los actos por ellas expedidos. Pero también existen normas de imperativa prohibición que las Asambleas Departamentales están en la obligación de respetar, y si un acto expedido por una Asamblea fuera de su capacidad funcional, comporta la nulidad consecuencial

del mismo, con más razón esta nulidad debe ser declarada cuando el acto se ha expedido contra la prohibición expresa del Legislador.

"Entre las atribuciones dadas por el Constituyente a las Asambleas Departamentales está la del numeral 3º del artículo 187 que las faculta para 'Organizar la Contraloría Departamental y elegir el Contralor para un período de dos años'.

"Pero si bien es función constitucional la de elegir Contralor Departamental, esta elección no puede recaer en elementos que hayan sido o sean miembros de las referidas Corporaciones, porque en forma perentoria lo prohibe el numeral 6º del artículo 98 del Código de Régimen Político y Municipal que dice: 'Es prohibido a las Asambleas Departamentales:... ...6º Nombrar a ninguno de sus miembros para empleos remunerados cuya provisión les incumba, ni incluírles en las ternas que deban elegir para que otra autoridad haga el nombramiento respectivo'.

"Sabido es, y así aparece demostrado en el informativo, que el cargo de Contralor Departamental de Bolívar es un cargo remunerado, y que la provisión del referido cargo le incumbe a la Asamblea por mandato constitucional.

"Apareciendo como aparece demostrado, que el señor JUAN RAAD fue diputado actuante de la Asamblea del Departamento de Bolívar, hasta el 16 de octubre de 1958, fecha en que le fue aceptada la renuncia que de tal calidad hizo ante la referida Corporación, y si aparece asimismo demostrado que en la fecha indicada la misma Corporación lo eligió para ejercer el cargo de Contralor Departamental, cargo que aceptó y ha ejercido, la declaración de nulidad pedida procede, porque la elección del referido ciudadano para ejercer un cargo que debía ser provisto por la Asamblea de la cual era él parte integrante hasta el momento de la elección, contraría en forma ostensible, y si es permitida la expresión 'de bulto', el mandato legal que prohibe en forma terminante a dichos organismos elegir a sus miembros para cargos remunerados o incluírlos en las ternas que deban elegir para que otra autoridad haga el nombramiento respectivo.

"Por lo tanto, la nulidad pedida se impone, y el Tribunal Administrativo de Cartagena fue acertado al declararla en su sentencia de 1º de agosto de 1959, lo que hace que esta Fiscalía pida su confirmación".

Estiman los demandantes que el acto electoral realizado por la Asamblea Departamental de Bolívar por medio del cual se designó al señor Juan Raad para desmpeñar el empleo de Contralor de ese Departamento, está viciado de nulidad al tenor de lo preceptuado por el artículo 202 del Código Contencioso Administrativo, porque infringió el mandato contenido en el artículo 98, numeral 6º, del Código de Régimen Político y Municipal, que a la letra reza:

"Es prohibido a las asambleas departamentales: .....

"6º—Nombrar a ninguno de sus miembros para empleos remunerados cuya provisión les incumba, ni incluírlos en las ternas que deban elegir para que otra autoridad haga el nombramiento respectivo".

Expresa el apoderado del señor Raad que es tan claro el sentido del

artículo comentado que no puede dar pie a interpretaciones que desvirtúen su tenor literal. La prohibición legal, de acuerdo con su concepto, solo se refiere a aquellos casos en que al tiempo de la elección se haya conservado por el por el favorecido la calidad de miembro de la corporación, pero que no alcanza a comprender aquellos otros en que la investidura se haya perdido antes de la realización del acto electoral o, por mejor decir, de la votación. Si en ese instante preciso no se tiene la condición de diputado por razón de que la renuncia del cargo haya sido aceptada momentos antes, tal como ocurrió en el evento sometido a la consideración del Consejo de Estado, no se puede aplicar la disposición legal porque ya no se cumple el supuesto de que parte la prohibición. Agrega el señor apoderado: "Desde el acto de la aceptación de la renuncia el señor Raad dejó de ser MIEMBRO de la Corporación y por consiguiente hábil para ser nombrado por la Asamblea en puesto de remuneración, como en efecto lo fue".

La anterior argumentación tiene, en apariencia, asidero en la letra de la disposición comentada, pero la Sala estima que esta tesis es jurídicamente inadmisible, porque enunciada en los términos absolutos en que se presenta en este litigio, rompe el espíritu del precepto y lo desvía de los fines esenciales que persigue. En efecto, es principio básico de una sana organización administrativa el de que la función pública se ejerza con criterio de servicio orientado en todo momento por el propósito de atender eficientemente las necesidades generales. Para alcanzar esos fines, las corporaciones y funcionarios que tengan a su cuidado la escogencia del personal adscrito al servicio público deben tener especial cuidado en que los ciudadanos que hayan de nombrarse para desmepeñar los puestos administrativos ofrezcan garantías de idoneidad y competencia para ejercer las funciones a que son llamados. De allí que la ley haya sido especialmente cuidadosa en eliminar todas aquellas posibilidades que pudieran oponerse a la consecución de tales objetivos primordiales y que haya tratado de impedir que la selección de los funcionarios públicos se hiciera con criterio distinto. En razón del cúmulo de intereses en juego en la designación del personal de empleados administrativos que corresponde elegir a las asambleas departamentales, y en consideración a que en muchas ocasiones las conveniencias lugareñas o las finalidades particulares prevalecen en esas corporaciones sobre los intereses colectivos, el legislador quiso, por medio del artículo 98, numeral 6º, limitar en cuanto fuere posible la selección de los empleados de la administración departamental sobre la base de combinaciones egoístas o de negociaciones de votos entre los diputados.

Pero esos objetivos específicos que busca la ley no se podrían alcanzar sino mediante la aplicación integral de la norma. Aceptar las tesis del señor apoderado hasta el extremo de que ella pueda ser burlada en sus fines esenciales, sería tanto como eliminarla como regla de conducta imperativa para las corporaciones departamentales. La tesis de que la pérdida de la investidura de diputado por razón de una renuncia aceptada poco antes de la votación habilita para ser elegido por la asamblea, implicaría

un típico fraude a la ley, porque dejaría al arbitrio de los interesados en burlarla los medios necesarios para hacerla inoperante e inocua.

Por otra parte, el acto de elección es generalmente la culminación de un proceso complejo de selección en cuyo desarrollo se ponen en juego todo género de intereses. Ese proceso electoral se inicia muchas veces desde la fecha misma de apertura de las sesiones y cobra especial importancia en aquellos casos en que se trata de escoger funcionarios que, como los contralores departamentales, desempeñan en la vida administrativa seccional funciones de singular trascendencia. Esa etapa preparatoria de la elección es la oportunidad que tienen los diputdos para hacer valer las influencias que les da el cargo y para sacar adelante sus personales intereses, y precisamente uno de los objetivos de la ley es el de impedir que durante ese lapso los diputados aspirantes a los cargos remunerados que deba proveer la asamblea pongan en movimiento los poderes legales y los privilegios de que disponen para hacer triunfar sus aspiraciones.

Si lo que el legislador buscó al establecer la norma prohibitiva comentada es que las posiciones administrativas no se utilicen como instrumentos de medro personal sino como medios de servir a la comunidad, y si esos fines específicos pudieran ser burlados mediante el artilugio de la renuncia aceptada después de que se ha cumplido el proceso electoral y de que los propósitos torticeros han tenido éxito, habría que llegar a la conclusión de que la elección hecha después de haberse cumplido esa maniobra implicaría un típico fraude a la ley.

Por la sencillez de su redacción, por la forma prohibitiva en que está concebida y por los fines obvios que esa norma legal persigue, ella no requiere exégesis interpretativa especial para penetrar en su contenido y alcance y para rechazar las ideas anteriormente expresadas por el apoderado del señor Raad. Su sentido claro y simple se explica con su sola enunciación. Es ese uno de tantos preceptos legales que, a más de la fuerza reguladora que tienen como canon de derecho positivo, constituyen principio básico de ética administrativa y electoral cuya aplicación y recto entendimiento no pueden estar sometidos a tan caprichosas apreciaciones. En razón del fundamento moral que les sirve de apoyo se imponen en todos los casos en que se presenten las situaciones de hecho por ellos reguladas, sin que den oportunidades a distingos tan habilidosos como los formulados por el personero del Sr. Raad en relación con el momento en que se tiene la calidad de diputado actuante a la asamblea departamental y aquel en que se realiza la elección. Basta que una persona tenga las calidades exigidas por esa regla legal durante el proceso de escogencia que precede al acto de la votación, que no son otras que las de miembro de la asamblea departamental que ha de proveer el cargo remunerado o seleccionar los nombres de las ternas, para que se cumplan los supuestos de la ley y para que el acto quede viciado de nulidad al tenor del artículo 202 del Código Contencioso Administrativo. Esas calidades surgen del hecho mismo de la elección de diputado que hace presumir la aceptación del cargo. Ciertamente que hasta ese momento no se ha adquirido la investidura plena de las funciones, pero no es menos evidente que en razón del mandato popular irrevocable se ha colocado al ele-

gido en condiciones de intervenir en las deliberaciones de la asamblea en el instante en que lo estime conveniente o de hacer pesar su condición de diputado en el ánimo de sus colegas para efecto de obtener de ellos una decisión favorable a sus aspiraciones aun cuando no haya prestado el juramento de rigor. La simple posibilidad de actuar en el momento que juzgue oportuno le otorga ventajas extraordinarias sobre los otros competidores, circunstancia que puede contribuir eficazmente a desviar el criterio de la corporación en el sentido de preferir las conveniencias del servicio público para tomar en consideración solamente un propósito de complacencia y de compañerismo. La ley ha querido que las corporaciones departamentales se orienten en la selección de los funcionarios cuya elección les incumba con criterio de idoneidad, competencia y probidad y para alcanzar esos objetivos ha eliminado la posibilidad de que sean otras las razones que impulsen a hacer la escogencia.

A fin de que se cumplan los objetivos específicos que persigue la ley y para la viabilidad de la anulación, es indiferente que el ciudadano elegido miembro de la asamblea haya participado o no en el proceso de selección de candidatos, porque en todas estas hipótesis se cumplen estrictamente los presupuestos de que parte la ley. La regla comentada constituye una prohibición absoluta y de aplicación ineludible que impide un casuísmo interpretativo tan notorio como el que se deja analizado.

En el caso sometido a la consideración del Consejo de Estado en esta segunda instancia, la transgresión de la norma legal referida aparece de manera ostensible y manifiesta. El señor Raad había sido designado diputado a la Asamblea Departamental de Bolívar, había tomado posesión del cargo y desmpeñado sus funciones. Después de realizarse parcialmente el proceso de selección de candidatos para la Contraloría Departamental, la corporación le aceptó la renuncia de su puesto de diputado y seguidamente procedió a hacer la elección. El procedimiento adoptado para la escogencia fue el siguiente: Los miembros conservadores de la Asamblea elaboraron una lista de ciudadanos que debía ser sometida a la consideración de la diputación liberal para que esta seleccionara el candidato que debía ser elegido por la corporación. Una vez acordado el nombre por este grupo político, la escogencia sería ratificada por la Asamblea Departamental.

El señor Raad, en su condición de diputado actuante, tuvo todas las oportunidades para participar en las deliberaciones de sus colegas de la diputación conservadora y para determinar la inclusión de su nombre en la lista de personas que debía ser sometida a la consideración de los liberales, lo mismo que para obtener en esta segunda vuelta la decisión en favor de su candidatura, circunstancia que lo colocaba en condiciones excepcionales para hacer valer sobre sus compañeros las influencias que le daban sus títulos de diputado.

Es evidente que los antecedentes relatados no son absolutamente indispensables para que la prohibición legal del artículo 98 opere, pero la Sala los pone de relieve para acreditar que en el caso en estudio la actuación ilegal de la Asamblea fue más allá de los presupuestos de que parte la ley y que la procedencia de la anulación impetrada es incuestionable. Que el señor Raad hubiese hecho uso o nó de las oportunidades que tuvo

para determinar la elección de su nombre, es hecho que carece de trascendencia jurídica para apreciar la legalidad de su escogencia, porque la nulidad del acto electoral no la genera la actuación del favorecido, sino su calidad de miembro de la corporación durante todo el proceso que culminó con la elección.

Consta en el acta número 10, correspondiente a la sesión celebrada por la Asamblea Departamental de Bolívar y durante la cual se designó al señor Raad para desempeñar el cargo de Contralor, que antes de procederse a la votación, los diputados De la Espriella, Borge y Bossa López dejaron una constancia en el sentido de que se abstenían de participar en la elección por considerar que con ese acto se violaría la prohibición legal del artículo 98, numeral 6º, del Código de Régimen Político y Municipal. Para demostrar el quebrantamiento de la ley, hicieron referencia a un concepto interpretativo de esa norma proferido por el Ministerio de Gobierno. En idéntico sentido y en documento aparte se pronunció después de la votación el diputado conservador Luis Mufarrij.

La renuncia presentada por el señor Raad del cargo de diputado a la Asamblea y la aceptación que de ella hizo la corporación momentos antes de elegirlo Contralor Departamental, en nada atenúa los efectos de la prohibición legal. Por el contrario, ese hecho, unido al de la advertencia formulada en las constancias referidas, sirve para poner de manifiesto que se tenía fundamento suficiente para estimar que la designación era ilegal y de que se procedió, no obstante, a realizar el acto electoral acusado.

No podría alegarse que el Consejo de Estado en sentencia de 26 de marzo de 1958, dictada con la ponencia del H. Consejero Andrés Augusto Fernández M., dentro del juicio promovido contra la elección de Contralor Departamental del Tolima sostuvo tesis distintas a las enunciadas en el presente fallo, porque las circunstancias de hecho en uno y otro negocios son diferentes y consiguientemente, hay divergencia entre los dos casos aparentemente similares. En aquel se demandó el acto electoral del Consejo Administrativo del Tolima por medio del cual se designó Contralor Departamental al doctor Saúl Pineda, después de transcurridos cuatro meses entre la aceptación de su renuncia como diputado de la corporación y la elección que se le hizo, hecho que difiere fundamentalmente del contemplado en el juicio que se estudia. Si el doctor Pineda se había retirado del Consejo Administrativo con tanta anticipación, no podía tener las oportunidades para hacer valer ante sus colegas los privilegios de una posición que no ocupó durante el tiempo en que se realizó el proceso previo de elección. Las circunstancias son distintas en el presente juicio porque el señor Raad, como ya se ha expresado, conservó su calidad de diputado hasta el mismo día de su designación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala Plena— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

Confírmase la sentencia de fecha 4 de agosto de 1959, dictada por el

Tribunal Administrativo de Bolívar en los juicios acumulados propuestos por los doctores Ignacio Meléndez Piñeres, Armando de Avila y Jorge Mercado Avila contra el acto por medio del cual la Asamblea Departamental de Bolívar eligió al señor Juan Raad para desempeñar el cargo de Contralor de ese Departamento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta — Alejandro Domínguez Molina — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — José Urbano Múnera — Guillermo González Charry — Jorge De Velasco A. — Alfonso Meluk. — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

I

IMPUESTOS

Contratos entre cónyuges. — Para efectos del cobro del impuesto sobre la renta y complementarios se les considera fiscalmente como extraños (artículo 1766 del Código Civil).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

Referencia: Expediente número 146.
Impuestos.
Demandante: Señora Libia Posada de Gaviria.

Surtidos los trámites de la segunda instancia, decide la Sala la apelación interpuesta por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de fecha cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, por la cual el Tribunal Administrativo dé Cundinamarca negó las peticiones de la demanda formulada por el doctor Policarpo Castillo Dávila, como apoderado de la señora Libia Posada de Giviria sobre revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios, practicada a esta señora por el año fiscal de 1950.

La demanda se funda en los siguientes hechos:

"a) La señora Libia Posada de Gaviria presentó el 26 de febrero de 1951 en las Oficinas de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1950, incluyendo en ella un inmueble que en el año inmediatamente anterior (1949) había sido denunciado por su esposo, don Francisco Gaviria Restrepo. Inmueble que, durante el año gravable, le fue traspasado a la contribuyente, sin necesidad de erogar suma alguna, por la misma persona a quien, a su vez, lo había traspasado antes el señor Gaviria Restrepo con el fin de evitar la nulidad que la ley establece para los contratos sobre bienes raíces celebrados entre cónyuges.

"b) Por medio de la liquidación número 34301 de 15 de marzo de 1952, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca fijó el impuesto a cargo de mi poderdante, incluyendo el valor de la inversión en Acerías Paz del Río S. A., en la cantidad total de $ 2.468.41, luego de determinar la renta gravable por el sistema de comparación patrimonial.

"c) Contra la liquidación se presentó reclamación oportuna, explicando cómo la diferencia entre el patrimonio declarado en 1950 y el denunciado por 1949 no correspondía a renta capitalizada en el primero de los ejercicios nombrados.

"d) La reclamación fue resuelta desfavorablemente por medio de la Resolución número R-2100-H de 1954 (julio 15), aunque se modificó en ella la cuantía de la renta, porque 'en la liquidación impugnada se tomó para la determinación de la renta gravable el valor catastral del inmueble motivo de la comparación patrimonial, debiendo ser su valor de adquisición en el año gravable.

"e) Oportunamente, y en mi calidad de apoderado de la señora Posada de Gaviria, interpuse recurso de reposición contra la Resolución número R-2100-H de 1954 que fijaba el gravamen total a cargo de mi poderdante en la suma de $ 2.390.31.

"f) La Jefatura, con base en algunas disposiciones del Código Civil, confirmó en todas sus partes la Resolución número R-2100-H de 1954 (julio 15) manteniendo por tanto, el impuesto allí liquidado, que se canceló, junto con los intereses moratorios liquidados como aparece en el Recibo Oficial número 159100 de 14 de febrero de 1955, expedido por la Oficina de Caja de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, que incluye el Recibo Oficial número 007920 de 31 de marzo de 1952 originario de la misma Oficina, y el certificado de inversión de acciones de Acerías Paz del Río S. A., número 90821 de febrero de 1955.

"g) La providencia con que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales resolvió el recurso de reposición, y agotó la vía gubernativa, es la Resolución distinguida con el número R-3353-H de 1954 (noviembre 8) que me fue notificada, como apoderado de la contribuyente, el día 24 de noviembre de 1954".

Como disposiciones violadas en la operación administrativa de liquidación del impuesto, cita la demanda las siguientes: "Los artículos 12 de la Ley 81 de 1931, 9º numeral 2º de la Ley 78 de 1935, el mismo artículo 7º del Decreto 2745 de 1945 que se refiere al sistema de comparación patrimonial, y los artículos 1768, 1759 y 1934 del Código Civil".

Y el concepto de la violación lo hace consistir en razones que se resumen así:

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales ha admitido siempre que el procedimiento de comparación patrimonial está basado en una presunción judicial, pero el artículo 7º del Decreto 2745 de 1945, reglamentario de la Ley 81 de 1931 "no pudo tener sentido de consagrar como presunción legal (sic) la capitalización de utilidades", porque "implicaría una alteración del mandato contenido en el artículo 12 de la Ley reglamentaria" y en consecuencia, "carecería de fuerza obligatoria y debería prescindirse de su aplicación (artículo 12 de la Ley 153 de 1887), pues la Ley 81 no señaló la comparación de patrimonios como procedimiento para determinar la renta gravable y por consiguiente, el artículo 7º del Decreto citado excedió la facultad reglamentaria, al hacer viable no un principio legal, sino una costumbre o práctica de la Jefatura.

Pero aunque se acepte que el artículo 7º sí podía reglamentar esa práctica en la liquidación, "debe tenerse en cuenta que la presunción judicial es la consecuencia que el liquidador —funcionario que ha de decidir sobre la verdadera situación económica y rentística del contribuyente—, deduce de hechos comprobados; y que según el último inciso del artículo 1768 del Código Civil, la presunción judicial debe ser **grave**, es decir, que las circunstancias que la determinan han de ser de tal naturaleza e importancia, que lleven la evidencia en determinado sentido; **precisa** en cuanto el hecho conclusión esté directamente relacionado con los hechos antecedentes; y **concordante**, esto es, no contraritoria, cuando son varias las presunciones que pueden resultar de unos mismos hechos antecedentes. De ahí que el mismo artículo 7º haya dispuesto que la determinación de la renta gravable "con base en el aumento de patrimonio del año gravable" —sobre el año inmediatamente anterior, **solo tendrá lugar cuando los patrimonios que se comparan hayan sido ambos declarados bajo juramento,** por el contribuyente, **y cuando de las respectivas declaraciones no aparecieren, o el contribuyente no diere explicaciones satisfactorias sobre la diferencia encontrada** (el subrayado es de la demanda). No opera, pues, la presunción, o no procede hacerla valer, cuando los patrimonios que se comparan **no han sido declarados bajo juramento** por el contribuyente y cuando este **explica satisfactoriamente** el aumento".

"La señora Posada de Gaviria —sigue diciendo la demanda— no declaró bajo juramento el patrimonio poseído por ella en 31 de diciembre de 1949 y en 31 de diciembre de 1950, y ha explicado satisfactoriamente el incremento de su patrimonio a lo largo de la actuación administrativa". Lo primero, porque en dichas declaraciones no aparece la constancia escrita y autorizada por el funcionario de Hacienda de habérsele recibido el juramento "y, aunque en ellas aparece la afirmación categórica hecha y firmada por ella, de que tales declaraciones son juramentadas, falta la constancia de la presentación personal, autorizada por el empleado que las recibió, sin la cual no produce efectos legales, ni se entiende dado el juramento, faltando también con este, la gravedad de la presunción judicial de capitalización de utilidades durante el año de 1950". Y lo segundo, porque la presunción se destruye "simplemente **explicando**, como lo hizo

mi poderdante antes de practicarse la liquidación inicial, que la diferencia de patrimonios obedecía al cambio de administración acordada entre los esposos Gaviria Posada y por razones que solo a ellos interesan, del "casi... único patrimonio social".

Agrega la demanda que "a las Oficinas de Hacienda Nacional solo interesa conocer cuál es la verdadera situación económica del contribuyente, para, en razón de ella, deducir la cuantía del tributo" y que "la situación económica y fiscal de la señora Gaviria en el año de 1950 es y debe ser considerada en un todo análoga a la de 1949, porque la contribuyente no obtuvo renta gravable en ninguno de los dos ejercicios, y porque el traspaso del bien como ya se dijo, no tuvo más finalidad que la de cambiar el titular de la administración de un bien social, sin ocasionar alguna erogación a quienes en ella intervinieron".

Que a pesar de que este es el hecho económico, las Oficinas de Hacienda lo desconocieron "porque han prestado más atención a cuestiones que escapan a su conocimiento, como son la validez del procedimiento adoptado para hacer el tarspaso entre los esposos Gaviria Posada, el valor probatorio que respecto de terceros tienen las declaraciones contenidas en las escrituras", etc., de acuerdo con los artículos 1934 y 1759 del Código Civil, siendo así que "el Fisco no es tercero poseedor, ni a él se han transferido las obligaciones y descargos contenidos en las escrituras 1.955 y 4.058 de 1950, a título universal, ni a título singular, luego respecto de él ni hacen plena prueba las afirmaciones de haberse pagado el precio, ni puede exigir tampoco, en contra de estas afirmaciones, la prueba de la nulidad o falsificación de las escrituras".

El Tribunal se fundó para no acceder a las peticiones de la demanda, en que tuvo razón la Administración de Hacienda Nacional y posteriormente la Jefatura de Rentas, al no aceptar como explicación satisfactoria que invalidara el concepto de renta capitalizada, la de que el inmueble perteneciera a la sociedad conyugal Gaviria Posada y que su transferencia a título de venta, del cónyuge Francisco Gaviria Restrepo al señor Oswaldo Osorio y de este a la señora Libia Posada de Gaviria no fuera más que el medio empleado para que la administración de dicho bien pasara de uno a otro de los cónyuges. El Tribunal observó que conforme a la Ley 28 de 1932, aunque el señor Gaviria adquirió el inmueble durante su matrimonio con la demandante, el bien no perteneció a la sociedad conyugal, sino al adquirente y que lo mismo puede decirse de su adquisición posterior por parte de la señora Posada de Giviria, hasta que por cualquiera de las causas que señala la ley se disuelva el matrimonio. Agrega la sentencia que "si en realidad con el otorgamiento de las referidas escrituras solo se quiso producir efectos diferentes a los actos de disposición que ellas contienen por "las circunstancias especiales distintas de eludir impuestos", que en general enuncia en la explicación que la demandante dio a la Administración; y posteriormente pretendió demostrar en el curso del juicio con las declaraciones de quienes intervinieron en estos actos (Francisco Gaviria Restrepo y Oswaldo Osorio), el Tribunal observa que no sería pertinente alegar ni controvertir dentro de esta causa, cuestiones que como la simulación son de competencia exclusiva de la justicia

ordinaria. Menos aún tratar de que se desestimen instrumentos públicos registrados con base en testimonios, medio de prueba ineficaz desde todo punto de vista a este fin. De otro lado, como muy bien lo observa la Jefatura, si fue simulada la venta del referido inmueble hecha a la demandante, ese pacto secreto contrario al ostensible de las escrituras, no es oponible a terceros al tenor del artículo 1.766 del C. C.; y el Estado en el recaudo del tributo es un verdadero tercero respecto de ese pacto a que es ajeno en absoluto".

El señor Fiscal Primero del Consejo, en concepto de 17 de mayo de 1957, emitido al descorrer el traslado para alegar en la instancia, pide que se confirme la sentencia apelada, pues considera que para llegar a la conclusión a que llegó el Tribunal **a quo**, no tuvo en cuenta uno de los argumentos de la Jefatura, con el cual se demuestra sin lugar a dudas que la señora de Giviria necesariamente obtuvo renta para aumentar su patrimonio". Y al efecto se expresó así la vista fiscal:

"Este argumento lo enuncia así la Jefatura (f. 6 del expediente):

"Por otra parte, en la declaración del señor Francisco Gaviria Restrepo por el año de 1950, se dice que la casa fue vendida para pagar el pasivo y la venta la efectuó por $ 40.000.00. Iba a saldar con esta suma los $ 51.152.48 que denunciaba como pasivo por el año gravable de 1949 y efectivamente los saldó porque por el año de 1950 no denuncia pasivo alguno".

"Efectivamente —continúa diciendo el señor Fiscal— al folio 2º vuelto del cuaderno número 3, correspondiente a la declaración del señor Francisco Gaviria Restrepo para el año de 1950, se lee lo siguiente:

"La casa quinta que tenía y figuró en la declaración del año pasado, fue vendida para pagar el pasivo". "Y en el mismo folio puede observarse que no declara pasivo ni tampoco otros bienes patrimoniales. En este año solo declaró lo recibido por concepto de sueldos que ascendió a la suma de $ 13.000.00. Necesariamente debe concluírse que el señor Gaviria en realidad canceló su pasivo con el producto de la venta de la casa-quinta, pues, de acuerdo con su propia declaración de renta, carecía de otras fuentes de ingreso, o bienes patrimoniales, para hacerlo.

"En esta forma queda totalmente desvirtuada la explicación dada por la señora de Gaviria sobre el aumento de su patrimonio, y, por tanto, era imposible legalmente que la Jefatura la aceptara. Es apenas lógico concluír que si la actora adquirió en compra la casa que motivó el aumento de su patrimonio, y descartada como está la explicación aludida, debió tener alguna fuente de entrada de dinero que es la que precisamente le ha gravado la Jefatura por medio de la liquidación reclamada. Además, al efectuar una comparación conjunta del patrimonio de los esposos Gaviria-Posada, declarado separadamente en 1949 y 1950, se observa claramente que hubo aumento de patrimonio, lo cual confirma una vez más que la venta que el señor Gaviria hizo a un tercero, y este a su vez a la señora de Gaviria, no tuvo como única finalidad la de radicar en cabeza de esta el bien inmueble. Ante esta evidencia, sobra cualquier otra consideración".

El señor apoderado de la actora no formuló alegato escrito, en la opor-

tunidad legal, pero a solicitud suya se celebró audiencia pública, en la cual repitió las argumentaciones que había expuesto en la demanda. De sus alegaciones orales hizo un resumen escrito, en el cual aparece insistiendo en que "la diferencia de patrimonio no puede tomarse como base de la liquidación del impuesto sobre la renta, sino cuando no existe ninguna explicación aceptable de que el aumento responde a una circunstancia distinta de la percepción de utilidades o ganancias que deban tributar con el impuesto sobre la renta", cosa que no ocurrió en el presente caso en que la señora Libia Posada de Gaviria no solo explicó sino que probó que la casa "pasó a figurar en cabeza suya por convenio con su esposo para efectos diferentes en todo caso del de eludir el impuesto". Sostuvo contra lo afirmado por la Jefatura de Rentas y el Tribunal **a quo** que lo dicho en las escrituras públicas puede desvirtuarse con declaraciones bajo juramento, pues "que las pruebas para cuestiones tributarias tienen una calidad peculiar y deben ser analizadas desde el punto de vista de su finalidad puramente administrativa y no civil"; que como el punto que se dilucida no es el de la validez o invalidez de las escrituras, sino el de que la señora Posada de Gaviria adquirió una casa en 1950, que era antes de su marido, y para ello, según este y el señor Oswaldo Osorio que intervinieron en el traspaso, la demandante no tuvo que erogar ni un centavo, que "por este hecho y en función de producir efectos puramente fiscales, en cuanto ratifica (sic) una presunción de los liquidadores y afirma y confirma que la renta líquida es la que ella declaró bajo la gravedad del juramento, a lo cual la ley le da pleno valor probatorio, tienen que tener valor y vigor excepcionales, exclusivos, primordiales las declaraciones rendidas bajo juramento dentro del expediente en presencia del H. Magistrado Ponente, por don Oswaldo Osorio y por don Francisco Gaviria"; que "tampoco puede despreciarse el valor probatorio que la ley da con plenitud a la declaración presentada por un contribuyente bajo la gravedad del juramento y que no puede modificarse sino por comprobaciones irrefutables que rectifiquen las cifras consignadas en ella". Y refiriéndose al concepto del señor Agente del Ministerio Público sobre el argumento que el señor Gaviria dio como explicación en su declaración de renta de haber pagado su pasivo con la venta de la casa, alegó que "no es suficiente para que se niegue la justicia en el impuesto de doña Libia, porque ya se ha visto que bajo la gravedad del juramento se ha afirmado ante el H. Magistrado del Tribunal Administrativo por los declarantes que en las operaciones de venta que dieron por resultado el trapaso de la casa a cabeza de doña Libia, no hubo precio", que el valor probatorio de estos testimonios "no puede desconocerse ni atenuarse por hechos y circunstancias que no obran en el expediente sino incidentalmente" y que podrán servir para analizar la situación tributaria del señor Gaviria, pero no la de la demandante, "porque aunque cónyuges, la Jefatura misma ha dicho que son dos contribuyentes diferentes".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para fallar, se considera:

La señora Libia Posada de Gaviria al presentar su declaración de renta y patrimonio gravable de 1949, denunció como único patrimonio acciones en sociedades por valor de $ 2.061.24, pero en su declaración por el año gravable de 1950, denunció como patrimonio además de las acciones, "una casa-quinta situada en la diagonal 47 número 16-88" avaluada catastralmente en $ 40.500.00 con un pasivo hipotecario a favor del Banco Central Hipotecario por $ 16.200.35. En vista de esta diferencia patrimonial, la Administración de Hacienda de Cundinamarca le pidió que explicara las causas que determinaron el aumento de patrimonio y en escrito fechado el 23 de noviembre de 1951, la citada contribuyente dio la explicación así:

"En la sociedad conyugal que tenemos formada con mi esposo Francisco Gaviria R., con quien convivimos cordialmente, ha existido casi como único patrimonio social, la casa en donde habitamos situada en la diagonal 47 número 16-88. Esta casa fue adquirida durante nuestro matrimonio tanto por la adquisición del lote como por haberse construído a nuestra costa. Esta casa ha estado figurando en cabeza de mi esposo Francisco Gaviria y él la ha declarado dentro de su patrimonio fiscal en años anteriores. Pero por circunstancias especiales, que no para eludir impuestos, consideramos que era más conveniente que dicha casa figurara en cabeza mía y no de mi esposo, aunque, como he dicho antes, sigue en definitiva perteneciendo a la sociedad conyugal. Para evitar nulidades y entorpecimientos, adoptamos un procedimiento que se ajusta a la ley y en virtud del cual obtuvimos que la casa pasara a mi cabeza en vez de figurar en la de mi marido. Así fue como por escritura pública número 1955 del 28 de agosto de 1950, mi esposo Francisco Gaviria R., vendió la dicha casa a Oswaldo Osorio y este me la vendió a mí por escritura pública 4058 de 11 de diciembre de 1950, el mismo año. Con su escrito acompañó las copias de las escrituras mencionadas.

No obstante esta explicación, la Administración de Hacienda le determinó como renta gravable la diferencia encontrada entre los patrimonios declarados en 1949 y 1950, o sea la suma de $ 25.495.60. De esta liquidación reclamó la contribuyente por medio de su apoderado, doctor Policarpo Castillo Dávila, argumentando que la casa perteneció a la sociedad conyugal Gaviria Posada el 31 de diciembre de 1949, como se comprueba con la declaración de renta y patrimonio del señor Francisco Gaviria Restrepo que para el efecto, solicitó se tuviera en cuenta, para que confrontada con las escrituras y con las declaraciones de la señora Posada de Gaviria, se dedujera que esta no tuvo ingresos diferentes de los declarados por ella "y que por tanto, este aumento de patrimonio queda justificado plenamente con el traspaso que a ella se le hizo de la casa que pertenece a la sociedad conyugal".

La reclamación fue resuelta desfavorablemente por la Jefatura de Rentas pero reduciendo la cuantía de la renta gravable de $ 25.495.60 a $ 24.995.60, mediante la Resolución número R-2110-H de 15 de julio de 1954, negando que el inmueble perteneciera a la siciedad conyugal Gaviria Posada, pues conforme al artículo 1º de la Ley 28 de 1932 dicho bien era de la exclusiva propiedad del marido señor Francisco Gaviria Restrepo y que como por otra parte, en la declaración de este, por el año de 1950, dijo haber vendido la casa para saldar el pasivo de $ 51.152.48 que denunció por el año gravable de 1949, y en la escritura número 4058 de 29 de noviembre de 1950 por la cual aparece que la señora Posada de Gaviria compró la casa al señor Oswaldo Osorio, se dice que pagó $ 23.679.63 de los $ 40.000.00, y que el resto o sean $ 16.320.37 está representado en créditos hipotecarios cuyo pago asume la compradora, dedujo que no aparecía desvirtuada la capitalización tenida en cuenta por la oficina liquidadora.

De esta Resolución pidió reposición el doctor Castillo Dávila insistiendo en el argumento de que no puede decirse que el aumento de patrimonio corresponde a utilidades o renta capitalizada, porque está plenamente demostrado que "la señora Libia Posada de Gaviria no tuvo necesidad de erogar suma alguna para que la propiedad de la casa pasara a figurar a nombre suyo en vez de figurar en el de su esposo, y que por tanto, la casa sigue siendo de la sociedad conyugal y solamente por efectos de la aplicación del sistema fiscal que la misma Jefatura plantea en su Resolución, liquidan impuesto sobre renta a cargo de cada uno de los cónyuges y ellos a su vez también declaran por separado. Pero, si la sociedad conyugal declarara todos los bienes pertenecientes a ambos cónyuges en todos los años, la operación realizada por la oficina liquidadora no se habría producido aunque sí se hubiera realizado esta serie de transferencias de la propiedad de la casa, porque figurara la casa en cabeza de uno u otro cónyuge siempre estaría en cabeza de la sociedad conyugal".

Mediante Resolución número R-3353-H de 8 de noviembre de 1954, la Jefatura denegó la reposición con el argumento de que "si en efecto se trata, como lo han venido sosteniendo la contribuyente y su apoderado, doctor **Castillo Dávila**, de una compra-venta simulada, en que el señor **Oswaldo Osorio** únicamente sirvió de testaferro al señor **Francisco Gaviria R.**, para hacer el traspaso del citado inmueble a su esposa, sin que esta tuviera que pagar suma alguna, tal contrato-estipulación o pacto secreto no le es oponible a terceros, ya que así lo establece claramente el artículo 1766 del Código Civil, cuando dispone que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros", y en consecuencia, el Estado, como tercero que es, tiene derecho a invocar el contrato ostensible para los efectos tributarios consiguientes".

Agotada así la vía gubernativa y previa consignación del impuesto liquidado, el mismo doctor Castillo Dávila, como apoderado de la señora Posada de Gaviria demandó la revisión de la operación administrativa, en

la forma y términos que ya se han dejado expuestos, revisión a la cual no accedió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia que es materia de la apelación, cuyos fundamentos principales aparecen resumidos anteriormente.

Para la Sala, la sentencia de primera instancia es fundada, por las siguientes consideraciones de carácter legal:

Primera.—Es principio de nuestra legislación tributaria que el impuesto sobre la renta es personal, o sea que a cada contribuyente se le grava sobre la renta líquida que perciba y sobre el patrimonio que le pertenezca. La sociedad conyugal no es sujeto del impuesto sobre la renta, porque no es persona natural o jurídica, ni es uno de esos entes de derecho como las comunidades de bienes, sucesiones, etc., que la ley sí considera expresamente como sujetos gravables.

Son los dos cónyuges los contribuyentes, por los bienes de que son respectivamente titulares y los productos que de ellos hayan percibido. Porque de acuerdo con el régimen patrimonial prescrito por la Ley 28 de 1932 "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera" y solo se considerará que los cónyuges han tenido sociedad conyugal liquidable "a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal" (artículo 1º).

Según esto, no es posible jurídicamente calificar de bien social o de gananciał de la sociedad conyugal, a un bien que adquiera uno de los cónyuges dentro del matrimonio, mientras la sociedad conyugal no se haya disuelto legalmente. Entre tanto, el bien pertenece al cónyuge adquirente en forma exclusiva, sobre él tiene la libre administración y disposición y por él debe pagar los correspondientes impuestos sobre la renta y patrimonio.

Por consiguiente, jurídicamente es imposible que un bien de la sociedad conyugal que figura en cabeza del marido, pueda pasar a figurar en cabeza de la mujer para su administración, porque el bien pertenece al cónyuge que lo adquiere, cualquiera que sea el título de la adquisición, pues se repite que la sociedad conyugal no tiene bienes, antes de su disolución, sino que los tienen los respectivos cónyuges.

De lo antes dicho, debe concluírse que si se exceptúa el hecho de que los cónyuges pueden declarar conjunta o separadamente (artículo 1º Decreto número 2551 de 1943), son siempre dos contribuyentes a quienes se les liquidan separadamente sus impuestos por sus respectivas rentas y patrimonios, y que pese a que están unidos por el matrimonio, se les trata fiscalmente como a dos extraños, salvo en lo referente a las exenciones que se conceden por mitad, si no han solicitado que se les concedan a uno solo (artículo 8º ibid.).

Si, pues, la sociedad conyugal no es sujeto gravable con el impuesto de renta, sino los respectivos cónyuges separadamente; si, por consiguiente, no es la sociedad la que declara sino estos, es absurdo sostener que es indiferente que un bien esté en cabeza de cualquiera de los cónyuges, "por-

que siempre estará en cabeza de la sociedad", para efectos de la liquidación del correspondiente impuesto, ya que de acuerdo con el régimen patrimonial que consagra la Ley 28 de 1932, solo en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal es cuando puede surgir la existencia de tres patrimonios: el de la sociedad disuelta que debe ser materia de la liquidación, el del marido y el de la mujer, formados estos dos últimos con los bienes que de acuerdo con el Código Civil no entraron a componer el haber de la sociedad.

Segunda. — De conformidad con el artículo 9º de la Ley 78 de 1935 todo contribuyente del impuesto sobre la renta y adicionales está obligado a presentar, bajo juramento, durante los meses de enero y febrero de cada año, un informe o declaración que indique la renta bruta durante el año gravable anterior, "y cualquiera otra información necesaria para la determinación de la renta líquida gravable, en la forma en que el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales lo requiera". Y según el artículo 12 de la Ley 81 de 1931, la renta gravable de cada persona será determinada por el Administrador de Hacienda Nacional "sobre las bases de la declaración y de toda otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada".

La declaración de renta y patrimonio debe presumirse verdadera, pues está amparada por la gravedad del juramento, y por ello, los liquidadores no pueden apartarse de ella, mientras no tengan la plena prueba que permita considerarla como inexacta. Pero esta presunción de exactitud, no puede obrar cuando requerido el contribuyente para dar explicaciones sobre ciertos datos o partidas, los datos suministrados por él aparecen infirmados por otras pruebas, o no se justifican en la realidad.

La solicitud al contribuyente de explicaciones o informes tiene, como se deja visto, su fundamento en la misma Ley 78 de 1935 y por tanto, al reglamentarlo el Decreto 2745 de 1945 en su artículo 4º no hizo más que desarrollar un principio ya consignado en la ley.

Por eso siempre que aparezca un aumento de patrimonio superior a la renta líquida gravable, en la declaración de un contribuyente, el funcionario que va a practicar la liquidación del impuesto, debe pedir la correspondiente explicación, porque la diferencia patrimonial indica, si no se explica el aumento, que la renta líquida declarada fue mayor y que el contribuyente la capitalizó. Y ello es obvio, porque el patrimonio no crece por sí solo sin que medien causas, como valorización de bienes, adquisición a título gratuito, por herencia, legado, donación, loterías o rifas, ganancias ocasionales y otras similares. No mediando alguna de estas causas, el aumento necesariamente tiene su origen en renta capitalizada.

La Jefatura de rentas consagró el sistema de establecer la renta gravable de un determinado año por la comparación de los patrimonios denunciados en dos años consecutivos, mediante la jurisprudencia fundada en una presunción judicial. El Consejo de Estado en diferentes fallos observó que no es propio hablar de presunción "sino de simples indicios que deben fundarse en hechos antecedentes conexionados con lo que se trata de averiguar", que "las Administraciones de Hacienda y la Jefa-

tura de Rentas e Impuestos Nacionales tienen funciones de investigación realmente ilimitada con el objeto de que en caso de duda verifiquen la realidad del patrimonio y las rentas de los contribuyentes oponiendo a la declaración de renta, y a las pruebas en que ella se respalda, otras consideraciones que lleven a una conclusión distinta. Esta es la tesis del Consejo de Estado que sí se basa en principios lógicos". (V. sentencia de 10 de mayo de 1949, citada en el número 509, Volumen Segundo de la obra Codificación del Impuesto sobre la Renta, Patrimonio y Exceso de Utilidades, por James W. Raisbeck).

Según esto, el procedimiento no necesitaba que lo consagrara expresamente la ley, para que pudieran emplearlo los funcionarios liquidadores, porque él no es otra cosa que el resultado del ejercicio de las funciones de investigación que tienen los empleados fiscales para la determinación de la renta líquida gravable, funciones que les permiten revisar la declaración de renta frente a los informes suministrados por el mismo contribuyente y a lo que demuestran otras pruebas.

De modo que si los funcionarios fiscales, conforme al art. 12 de la Ley 81 de 1931 determinan la renta gravable sobre las bases de la declaración del contribuyente "y de toda otra información que puedan obtener y que haya sido plenamente comprobada", apenas sí es lógico que puedan determinarla por comparación de patrimonios de dos años consecutivos, cuando hay un aumento que no tiene causas justificativas que demuestren que tal aumento patrimonial no se ha debido a renta capitalizada.

Estos razonamientos demuestran que al reglamentar el artículo 7º del Decreto 2745 de 1945, el procedimiento para determinar la renta gravable por comparación de patrimonios, no fue más allá de las leyes sustantivas que establecieron el tributo, sino que señaló reglas para el empleo de un procedimiento que se encontraba implícito en la facultad que dichas leyes atribuyeron a los funcionarios fiscales para determinar la renta líquida gravable de los contribuyentes, con base en informaciones comprobadas distintas de la misma declaración.

Sentado lo anterior y en relación con el caso de autos se observa:

La señora Libia Posada de Gaviria declaró por el año de 1950 un patrimonio aumentado sobre el denunciado por el año gravable de 1949. Requerida para que explicara las causas que determinaron ese aumento, dijo que se debía a que la casa-quinta que figuraba como de su marido, este se la había transferido por intermedio del señor Oswaldo Osorio, para que siguiera figurando en cabeza de ella, sin que para ello hubiera habido en realidad desmbolso alguno de su parte.

Con su escrito explicativo, acompañó las copias debidamente registradas de las escrituras públicas en que consta que el señor Francisco Gaviria R., le transfirió la casa, a título de venta, al señor Osorio y que este a su vez se la transfirió a ella, también a título de venta.

La oficina liquidadora no halló satisfactoria esta explicación y le determinó como renta gravable la diferencia patrimonial. Por su parte, la Jefatura de Rentas halló ajustado a la ley el procedimiento del liquidador, al resolver la reclamación interpuesta por la contribuyente. A igual conclusión llegó el Tribunal de Cundinamarca al fallar el presente juicio.

Para la Sala el fallo de primera instancia es fundado. En efecto: el procedimiento de la comparación de patrimonios para determinar la renta gravable, no es ilegal como lo sostiene el demandante, pues por el contrario, como se ha dejado demostrado, es un procedimiento cuyo empleo está implícito en las facultades que la ley da a los funcionarios para determinar la renta gravable con prescindencia de la declaración jurada del contribuyente, mediante investigaciones que demuestren que tal declaración no es exacta.

Ahora bien, la explicación dada por la demandante sobre la diferencia de patrimonios, no es satisfactoria, porque jurídicamente —como ya lo dijo la Sala no es indiferente, para efectos fiscales, que un bien pase de cabezá de uno de los cónyuges a la del otro, porque la sociedad conyugal no es sujeto gravable con el impuesto sobre la renta, sino los dos cónyuges por separado, quienes pese al estar unidos por el matrimonio, son tratados fiscalmente como dos extraños, salvo en lo referente a exenciones.

Y la explicación no solo no es satisfactoria sino que está en pugna con lo que consta en las escrituras públicas, en las que aparece que la casa fue vendida por don Francisco Gaviria por $ 40.000.00 al señor Osorio y que del precio recibió en pago $ 23.561.01, y que la demandante la compró a su vez al señor Osorio por el mismo precio, del cual el comprador recibió $ 23.679.63.

Es cierto que en el término de prueba ante el Tribunal a quo, los señores Gaviria y Osorio declararon bajo juramento que las escrituras no tuvieron msá finalidad que la de traspasar la casa a la señora Posada de Gaviria, pero esta prueba testimonial es ineficaz para desvirtuar el valor probatorio de tales instrumentos.

Las normas legales comunes sobre los medios de prueba y su mérito, rigen dentro del procedimiento administrativo, porque la Ley 167 de 1941, no contiene precepto alguno sobre la materia. Por consiguiente, frente a declaración de personas interesadas, prevalece la prueba documental; frente a los términos claros y precisos de una escritura pública, no pueden prevalecer documentos privados ni declaraciones de testigos. Porque, el instrumento público hace plena prueba contra los otorgantes "en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se hayan hecho" (artículo 1.759 del C. C.) y la prueba testimonial es inadmisible para alterar lo que se expresa en una escritura pública (artículo 91, Ley 153 de 1887). Además, solo entre las partes contratantes, según la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia, se admite prueba en contrario de la declaración de haberse pagado el precio de venta que se contiene en una escritura pública.

Por último vale la pena de anotar que el señor Francisco Gaviria R., al declarar bajo juramento su patrimonio por el año de 1950, expresó que la casa-quinta la había vendido para pagar el pasivo y, efectivamente, en dicha declaración no figuran las deudas que en la correspondiente al año anterior había denunciado, junto con los créditos hipotecarios que gravaban el inmueble, por valor de $ 34.352.32; de donde

debe concluírse que su testimonio ante el Tribunal a quo, carece de todo valor.

Las consideraciones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada, no sin advertir que como el señor apoderado en el resumen de sus alegaciones en la audiencia dijo que las declaraciones de la señora Posada de Gaviria sí fueron presentadas bajo la gravedad del juramento, esto contradice totalmente y deja sin valor las argumentaciones de la demanda encaminadas a demostrar que no es posible la comparación de patrimonios, conforme al artículo 7º del Decreto 2745 de 1945, porque las declaraciones no se hicieron bajo juramento.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, CONFIRMA la sentencia de fecha cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, dictada en el presente juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta — Alejandro Domínguez Molina — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

IMPUESTOS

Las Leyes 23 de 1945 y 64 de 1948 sobre fomento y tributo en la industria ganadera

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo.—Bogotá, D. E., diez de febrero de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

EXPEDIENTE Nº 152.

Al señor ANTONIO RODRIGUEZ MORA le liquidó la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, por el impuesto de renta y patrimonio correspondiente al año de 1950, la suma de $ 9.384.04, determinándole la renta gravable por el sistema de comparación de patrimonios.

Contra la liquidación reclamó oportunamente el contribuyente ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y esta, mediante Resolución número R-2110-H de fecha 15 de julio de 1945, la confirmó y ordenó el cobro de intereses moratorios sobre la diferencia entre el valor deposi-

tado conforme a la liquidación pro-forma y el monto de la liquidación definitiva. De esta Resolución pidió reposición el contribuyente "poniendo de manifiesto la peculiar condición de los contribuyentes dedicados a la cría de ganados, en relación con los cuales la ley (23 de 1945 y 64 de 1948) ha establecido que se considere como renta gravable solamente parte de la utilidad real comercial que en estas actividades se registren" (sic), mas la Jefatura no accedió a la reposición por Resolución número R-3301-H de 6 de noviembre de 1954, que le fue notificada al apoderado del contribuyente el 24 de los mismos mes y año.

Previo pago de los impuestos liquidados, el doctor Policarpo Castillo Dávila, con poder del señor Rodríguez Mora, presentó demanda el 23 de febrero de 1955, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con la solicitud de que se revise la operación administrativa de liquidación de la Administración de Hacienda Nacional, confirmada por las Resoluciones de la Jefatura de Rentas que se dejan mencionadas, que como consecuencia, se haga una nueva liquidación, se ordene el reintegro de las sumas que, de acuerdo con ella, resulten a favor del señor Rodríguez Mora, se declare que no hay lugar al cobro de intereses moratorios sobre la diferencia entre el monto de la liquidación definitiva y el de la liquidación proforma, se ordene la devolución de los intereses moratorios pagados en exceso y se ordene el pago al demandante de los intereses al 8% anual "sobre la suma que se ordene devolver, intereses que se causan desde cuando se realizó el pago hasta cuando la devolución se haga efectiva.

Como hechos fundamentales de la acción, cita la demanda los antecedentes que se dejan expuestos y expresa que estima violadas "las Leyes 23 de 1945 y 64 de 1948 que señalan el procedimiento para la determinación de la renta gravable de los contribuyentes dedicados a la cría de ganados, y los artículos 7º del Decreto 2745 de 1945, 9º numeral 2º de la Ley 78 de 1935 y 1.768 del Código Civil relativos a la presunción judicial de capitalización de utilidades.

Estima la demanda que se han violado estas disposiciones, porque el artículo 7º del Decreto 2745 de 1945, no consagra como presunción legal la capitalización de utilidades, sino como presunción judicial y esta, para ser tal, debe reunir las características de gravedad, precisión y concordancia que establece el artículo 1.768 del Código Civil; que el artículo 7º del Decreto 2745 exige "para que haya gravedad en la presunción, que los patrimonios que se comparan hayan sido ambos declarados bajo juramento por el contribuyente, y para que resulte precisa y concordante, que no se hayan dado explicaciones satisfactorias sobre la diferencia encontrada, ni de la declaración aparezca que el aumento de patrimonio obdece a otras causas" y estas condiciones no concurren en el caso del señor Rodríguez Mora porque "no declaró bajo juramento el patrimonio poseído por él en 31 de diciembre de 1949 y 31 de diciembre de 1950, a más de que resulta imprecisa y contradictoria (la presunción) si se tienen en cuenta, como han debido tenerse, las explicaciones que ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales se dieron de la diferencia encontrada por el liquidador con respaldo precisamente en el espíritu,

finalidades, aplicación y consecuencias de las leyes que señalan el procedimiento para determinar la utilidad gravable de los contribuyentes dedicados a la cría de ganados"; que conforme al numeral 2º del artículo 9º de la Ley 78 de 1935, las declaraciones de renta y patrimonio del señor Rodríguez Mora por los años de 1949 y 1950 no fueron presentadas bajo juramento porque "no aparece constancia alguna escrita y autorizada por ningún funcionario de Hacienda que hubiera recibido el juramento y, aunque en ellas aparece la firmación categórica hecha y firmada por él, de que tales declaraciones son juramentadas, falta la constancia de la presentación personal, autorizada por el empleado que las recibió, sin la cual no produce (sic) efectos legales, ni se entiende dado el juramento". Y que tan exactas son las explicaciones dadas por el demandante sobre el incremento patrimonial acusado que la Jefatura no las rechazó sino que "las aceptó con el erróneo, sí no arbitrario concepto de que ellas solo pueden hacerse valer para los terneros destetos relacionados en el inventario de 31 de diciembre del año antrior al gravable".

Considera la demanda que este concepto de la Jefatura es "erróneo si no arbitrario", porque no se tuvo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 23 de 1945, en los inventarios del 31 de diciembre de cada año se incluyen solamente los terneros que en el curso del año gravable hayan cumplido un año de nacidos y que los que en 31 de diciembre no han cumplido el año se les da entrada en el inventario del siguiente año gravable no simplemente como terneros destetos sino haciéndolos figurar en renglones superiores "elevándose también su precio e incluyendo en el inventario, desde entonces, lógicamente una utilidad no relaizada, que no puede repercutir sino en el patrimonio por un aumento que la misma Ley excluye de analizar o hacer que se refleje en la renta", pues conforme al artículo 7º de la Ley 23 de 1945 constituyen aumento de patrimonio y no renta imponible y esto lo desconoció tanto la Administración de Hacienda Nacional como la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Que "estos aumentos de patrimonio que por definición legal no son renta imponible, no pueden en forma alguna encontrar explicación en la renta declarada por el ganadero criador, porque la protección de la Ley a esta rama de la industria ganadera consiste precisamente en liberar de gravamen gran parte de la utilidad real, del verdadero rendimiento económico obtenido en el año, en forma tal que la utilidad fiscal del contribuyente dedicado a la cría de ganados es siempre irrisoria, en tanto que su patrimonio va creciendo al amparo de las mismas normas legales".

Hace ver, por último, la demanda que la ley no tiene en cuenta, para efectos fiscales la renta líquida comercial obtenida por el ganadero criador, pues permite a este "deducir, de los ingresos brutos por ventas, un costo hipotético (el que les haya asignado en el inventario en 31 de diciembre del año anterior) para establecer la renta bruta; que a su vez, debe ser afectada en los ganaderos criadores con la totalidad de los gastos realizados en el año, para establecer la renta líquida gravable o la pérdida deducible (Leyes 23 de 1945 y 64 de 1948). De ahí que, para

analizar un aumento de patrimonio en tratándose de contribuyentes dedicados a la cría de ganados, deba tenerse en cuenta, no la utilidad líquida fiscal, sino la económica o comercial que siempre será superior a aquella que es la única que sirve de índice, de medida o de límite a una posible capitalización".

De todo lo cual concluye que "si, en virtud de la ley el ganadero criador puede presentar un estado de rendimientos gravables fiscalmente que no coincide con la realidad económica, debe reconocerse y respetarse este hecho siempre que se trate de apreciar la utilidad que el contribuyente puede llevar a capitalización incremento (sic) de su patrimonio en cualquier forma. De otra manera, se violaría abiertamente las leyes sobre protección a la Industria Ganadera...".

El Tribunal, previos los trámites de la primera instancia, falló el negocio con fecha 20 de octubre de 1956. En su sentencia declara "que la liquidación de impuestos propiamente dicha, hecha a cargo del demandante por el año de 1950, se ajusta a las normas legales" y por ello niega la primera de las peticiones de la demanda. Pero, accedió a las peticiones segunda y tercera, porque consideró que de acuerdo con el Decreto 0596 de 1954 "los intereses moratorios solo han debido liquidarse al señor Antonio Rodríguez Mora por el año siguiente a la presentación del respectivo reclamo, o sea, del 11 de julio de 1952, fecha en la que presentó su reclamación, hasta el 10 de julio de 1953". En consecuencia, el Tribunal revisó la liquidación de intereses practicada por la Administración de Hacienda, practicó una nueva liquidación de estos fijándolos en la suma de $ 2.025.70 y ordenó devolver al demandante "la suma de $ 1.417.99 pagada de más por concepto de intereses moratorios, más los intereses legales".

Contra el fallo interpuso apelación el apoderado del actor y por ello el juncio se remitió a esta corporación en donde fue sometido a las formalidades procesales propias de la segunda instancia y se encuentra en estado de recibir sentencia desde el 16 de septiembre de 1957.

El señor Fiscal Segundo, doctor Nicolás Torres Niño, conceptuó que la sentencia apelada debía confirmarse y expuso en su alegato las siguientes razones:

"Tanto la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, al practicar la liquidación del impuesto reclamado, como la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales al confirmarla por medio de las Resoluciones antes citadas, consideran que el demandante no estuvo durante el año de 1950 dedicado, de manera exclusiva y preferencial, al negocio de cría de ganado, sino al de levante, engorde y venta del mismo.

"Del análisis del movimiento de los diversos negocios del señor Antonio Rodríguez Mora se deduce claramente que la apreciación hecha por la Administración tiene suficiente respaldo legal, porque la declaración de renta del contribuyente evidencia en forma inequívoca que durante el año de 1950 dicho señor ejerció de manera preferencial y habitual el negocio de compra, levante, engorde y venta de ganado. Así lo demuestra la extensa y detallada relación de las actividades desarrolladas por el señor Rodríguez Mora en el año a que se refiere la demanda. De con-

siguiente, no existe ningún fundamento para darle aplicación en el presente caso a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 64 de 1948.

"En la liquidación reclamada se determinó la renta gravable del demandante por el sistema de comparación de patrimonios tomando como extremos de esta operación las declaraciones del contribuyente correspondientes a los años de 1949 y 1950. La Administración se vio en la necesidad de emplear este procedimiento porque las utilidades declaradas no guardaron relación con el aumento patrimonial observado en este último año, el cual resulta muy superior a la renta gravable declarada por el actor en el año anterior.

"El artículo 7º del Decreto 2745 de 1945 permite liquidar el impuesto sobre la renta con base en el aumento de patrimonio observado en el año gravable con relación al inmediatamente anterior, siempre que los dos "patrimonios que se comparan hayan sido ambos declarados bajo juramento por el contribuyente y cuando de las respectivas declaraciones no aparecieren, o el contribuyente no diere explicaciones satisfactorias sobre la diferencia encontrada". De modo que, como en el caso en estudio, los dos patrimonios tomados como base por la oficina liquidadora para hacer la comparación fueron ambos declarados bajo juramento por el señor Antonio Rodríguez Mora, el sistema empleado para determinar la renta líquida gravable se justifica plenamente.

"El procedimiento de liquidación del impuesto sobre la renta mediante la comparación de patrimonios es excepcional y de él únicamente puede hacerse uso cuando en las declaraciones presentadas bajo juramento aparece inexplicable un aumento patrimonial, sin que la renta denunciada permita concluír que se trata de una sencilla y lógica capitalización de utilidades. En el presente asunto la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca liquidó el impuesto al señor Rodríguez Mora empleando para ello las mismas cifras sobre patrimonio que fueron presentadas por él bajo juramento y dicha liquidación fue aprobada por las Resoluciones de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales objeto de esta controversia.

"En el caso en estudio es incuestionable que la Administración procedió correctamente al determinar la renta gravable del señor Rodríguez Mora con base en el aumento patrimonial observado, no solo porque de las respectivas declaraciones aparece que tal aumento proviene de la capitalización obtenida en el año de 1950, sino porque el interesado no dio oportunamente explicaciones satisfactorias sobre este hecho, ni justificó en ninguna forma la valorización sufrida por los bienes que integran su patrimonio.

"Respecto de la solicitud que se hace en la demanda para que se declare que no está obligado a pagar intereses moratorios, la Fiscalía comparte integralmente las claras y terminantes razones jurídicas expuestas por el Tribunal de primera instancia porque ellas interpretan fielmente los preceptos legales que reglamentan la materia".

Por su parte, el señor apoderado del actor no formuló alegato escrito, al corrérsele el respectivo traslado del juicio, pero alegó oralmente en la audiencia pública que, a solicitud suya celebró la Sala el 16 de septiem-

bre de 1957. De sus alegaciones hizo un resumen escrito que aparece presentado el 4 de octubre siguiente, es decir fuera del término de los tres días siguientes a la audiencia que es el que señala el artículo 90 del C. C. A. para dicha presentación. Por esta consideración, la Sala no puede tener en cuenta sino lo que consta en el acta de la audiencia respecto a dichas alegaciones orales.

Para fallar considera la Sala:

El señor Antonio Rodríguez Mora declaró en 31 de diciembre de 1949 un patrimonio líquido por valor de $ 253.814.00, del cual $ 89.120.00 correspondían a ganados en existencia, según inventario y $ 154.340.00 por su derecho en la comunidad con Ricardo Murcia sobre el Hato "El Viento". En el inventario solo figuraron 15 vacas de cría a $ 90.00 y 6 novillas a $ 65.00, pues todo el ganado restante se componía de novillos. En el inventario de la comunidad con Ricardo Murcia figuraron "3.350 cabezas de 1 día a 12 años a $ 80 y 120 novillos de 3 a 4 años a $ 200.00".

El mismo contribuyente declaró en 31 de diciembre de 1950, un patrimonio líquido por valor de $ 307.055.08, del cual $ 24.580.00 correspondió a ganados en existencia, según inventario y $ 154.340.00 a los derechos en la comunidad con Ricardo Murcia. En el inventario de ganados solo figuran "25 novillas blanco orejinegras a $ 240.00 y 20 vacas de cría criollas a $ 90.00", o sea un valor total, por este concepto, de $ 7.800.00, correspondiendo el resto de las existencias a novillos de ceba. Con la declaración no se presentó el inventario de ganados de la comunidad con Ricardo Murcia.

Por el mismo año de 1950, el contribuyente denunció como ganado comprado durante el año, 610 cabezas por un valor de $ 129.173.00, de las cuales 122 fueron hembras. Y relacionó ventas por valor de $ 239.714.68, correspondientes a 918 cabezas, de las cuales 117 fueron hembras.

Si se compara el movimiento de inventarios entre los dos años de 1949 y 1950 y se tiene en cuenta el movimiento de compras y ventas de este último año, es fácil deducir que el señor Rodríguez Mora no es un ganadero dedicado al negocio de cría, de manera exclusiva o preferente, pues su actividad comprende la cría, compra, venta y ceba de ganado, lo que quiere decir que debe catalogársele como negociante ganadero mixto y que su renta gravable debe determinarse de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 23 de 1945 y no conforme a lo que dispone el artículo 1º de la Ley 64 de 1948.

Mas, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca no le determinó la renta, por el año gravable de 1950, según el sistema consagrado en la Ley 23 de 1945, sino mediante el sistema de comparación de patrimonios, porque encontró que entre el patrimonio líquido declarado en el año de 1949 y el declarado en 1950, había un aumento de $ 53.241.08 y de las respectivas declaraciones no aparecía satisfactoriamente explicada la diferencia y, además, el contribuyente no dio respuesta a la solicitud que previamente a la liquidación, se le hizo para que diera las explicaciones del caso.

Con el argumento de que el señor Rodríguez Mora no recibió el oficio en que se le pedía la explicación y que "por esta razón no se conoce cómo

estableció tal diferencia de patrimonios la oficina liquidadora", el doctor Policarpo Castillo Dávila, como apoderado del contribuyente, reclamó ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales contra la liquidación practicada, pero esta oficina la confirmó mediante la Resolución número R-2110-H fechada el 15 de julio de 1954, fundándose en las consideraciones siguientes:

"La diferencia patrimonial hallada y gravada es la misma que el contribuyente encontró al hacer la reconciliación de patrimonios; hecho que da a entender a la Jefatura que este sí tenía conocimiento de ella, así como de los motivos que la determinaron.

"En uno de los anexos a la declaración, el declarante manifiesta que la diferencia patrimonial se explica suficientemente con el saldo de $ 68.005.33 que pudo haber capitalizado durante el año; mas, como la renta líquida declarada por tal ejercicio tan solo ascendió a $ 1.505.33, necesariamente es de concluír que si se capitalizó una suma superior a esta, el contribuyente infló el costo de los ganados vendidos o se abstuvo de denunciar la totalidad de las rentas.

"Como precisamente el procedimiento de comparación patrimonial se basa en la presunción de que no se declararon (sic) la totalidad de las rentas y el contribuyente tácitamente afirmó esta circunstancia cuando dijo que la diferencia patrimonial se justificaba con el saldo que pudo haber capitalizado y que seguramente en parte capitalizó, salta a la vista la razón que asistió a la oficina liquidadora para determinar la renta en la forma en que lo hizo.

"Ahora bien, como del estudio de las declaraciones no se deduce que el saldo capitalizado provenga de valorización de ganados ni de bienes omitidos en años anteriores, y unido esto al hecho de que el apoderado ni el contribuyente han fundamentado el reclamo para así, y ante ello, ver si es el caso de modificar la liquidación" (sic).

Al pedir reposición de esta Resolución, el señor apoderado alegó que como los ganaderos dedicados a la cría de ganados determinan la renta líquida gravable, conforme a la Ley 64 de 1948, deduciendo del total de ventas, el costo de los ganados vendidos por el precio de inventario en 31 de diciembre del año anterior, hay una parte de la utilidad real o económica obtenida por el ganadero criador que está exenta del impuesto sobre la renta, y que "entonces, para analizar el caso de los contribuyentes dedicados a la cría de ganados en los aumentos de patrimonio de un año para otro, es necesario ver si el contribuyente ha tenido utilidades reales que podía capitalizar" pues, si se aplica el sistema de comparación patrimonial desconociendo esta explicación se viola "flagrantemente la ley fiscal que ha establecido un régimen especial de protección a la industria ganadera y haciendo más ligero o leve el impuesto sobre la renta y patrimonio que debe liquidarse en esta actividad económica". Fundado en estas argumentaciones sostuvo que el anexo que obra en la declaración del señor Rodríguez Mora "tiene pleno fundamento porque él vendió en el año ganados por la suma de $ 239.714.68. Lo que equivale a decir que tuvo ingresos en efectivo durante el año de 1950 por esta cantidad. De la cual invirtió $ 129.173.60 en compras de ganados y

$ 42.535.75 en gastos del negocio. Es decir la cantidad total de $ 171.709.35, y que quedaron eu sus bolsillos, en capacidad de invertir en otros bienes, la suma (sic) de $ 68.005.33. Pero, por razón de la forma como la ley ordena establecer las utilidades gravables en ganadería, Antonio Rodríguez Mora solamente obtuvo una utilidad bruta fiscal de $ 41.891.08 y deducida de esta los gastos relacionados, una utilidad de $ 1.505.33".

La Jefatura no accedió a la reposición por medio de la Resolución número R-3301-H de 6 de noviembre de 1954, fundándose en las razones siguientes:

"Si hubo, como en realidad lo hubo, un aumento patrimonial real o nominal en virtud del *valor ficticio* del ganado vendido, según dice el apoderado, el contribuyente debió demostrar en cualquiera de las instancias que parte del ganado vendido provenía de terneros destestos que poseía el 31 de diciembre de 1949, pues en esa forma sí hubiera podido acreditar que el mayor valor de su patrimonio en 1950 obedecía al aumento de ganado por cría en el año anterior, lo que implicaría un aumento patrimonial no computable para efectos de la renta. Pero este fenómeno debió reflejarse necesariamente en el inventario del 31 de diciembre de 1949 (artículo 2º de la Ley 64 de 1948). Pero, ocurre, asimismo, que en los inventarios finales del año últimamente citado no figuran terneros destetos, no habiendo por lo tanto, el *valor ficticio* del ganado vendido a que se refiere el señor apoderado. Y, entonces, el contribuyente infló los gastos o dejó de relacionar ventas que naturalmente produjeron utilidades, que en uno y otro caso reflejaron el aumento patrimonial que le determinó la oficina de primera instancia. En resumen: no está demostrado que este aumento patrimonial, que se ha tomado como renta capitalizada, obedezca al valor ficticio del ganado vendido, por ser este de cría. Y aquí cabe observar, también, que de los factores que obran en las declaraciones de renta y patrimonio por los años de 1949 y 1950 no puede deducirse que el declarante señor Rodríguez Mora debe catalogarse como ganadero de cría, es decir que pertenezca a la segunda categoría (Dto. 345/46), pero ni siquiera como ganadero mixto en cuya actividad predominara en escaso porcentaje la cría de ganados. Una razón más para que este Despacho no pueda aceptar la tesis del valor ficticio del ganado vendido, que solo se cumple cuando el contribuyente ha relacionado en el inventario de principio de año los terneros destetos que posea".

"Se comprueba más todavía que la capitalización gravada inicialmente como renta se ajusta en un todo a la realidad económica y fiscal, con el hecho cierto de que en el expediente no hay indicio siquiera que permita presumir que el aumento patrimonial en el presente caso obedezca a valorización de ganados, y ya es bien sabido que la única utilidad que no afecta la renta gravable es la proveniente de valorización, o sea en este caso, la diferencia entre el valor de los ganados en 1º de enero y 31 de diciembre, o el que se registra entre el costo unitario respecto del adquirido dentro del año y el valor que se le fija en el inventario final. Caso en el cual no se encuentra el contribuyente, según puede verse del análisis de los inventarios en 31 de diciembre de 1949 y 1950, que demuestra que no pudo haber valorización del ganado no computable a

renta. En tales inventarios no hay especificación alguna de edad, clase, etc., que permita saber si el ganado vendido pertenecía al inventario inicial o al comprado, y por lo tanto, si hubo o no valorización de aquel".

Para que se revise la operación administrativa de liquidación del impuesto, confirmada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales mediante las resoluciones citadas, el doctor Castillo Dávila formuló la correspondiente demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca alegando que con dicha operación y las resoluciones que la dejaron en firme, se violaron "las Leyes 23 de 1945 y 64 de 1948 que señalan el procedimiento para la determinación de la renta gravable de los contribuyentes dedicados a la cría de ganados y los artículos 7º del Decreto 2745 de 1945, 9º numeral 2º de la Ley 78 de 1935 y 1768 del Código Civil relativos a la presunción judicial de capitalización de utilidades".

Fundándose en que "en virtud de la Ley el ganadero criador puede presentar un estado de rendimientos gravables fiscalemente que no coincide con la relación económica" y que "para analizar un aumento de patrimonio en tratándose de contribuyentes dedicados a la cría de ganados, debe tenerse en cuenta, no la utilidad fiscal sino la económica o comercial que siempre será superior a aquella que es la única que sirve de índice, de medida o de límite a una posible capitalización gravable", afirma la demanda que "debe reconocerse y respetarse este hecho siempre que se trate de apreciar la utilidad que el contribuyente puede llevar a capitalización incremento (sic) de su patrimonio en cualquier forma", pues de otra manera, se violan abiertamente las leyes sobre protección a la industria ganadera.

A esto observa la Sala que si se estudian las Leyes 23 de 1945 y 64 de 1948, se ve claramente que con ellas se ha querido fomentar la industria ganadera y especialmente la dedicada a la cría de ganados, al establecer que "las ganancias obtenidas por nacimiento, crecimiento o valorización de ganado durante el año gravable, constituyen aumento de patrimonio, y no renta imponible" (inciso final, artículo 7º, Ley 23 de 1945), y respecto de los contribuyentes dedicados exclusiva o preferentemente a la cría de ganados que "los terneros destetos, aunque sean menores de un año, serán incluídos en el inventario, con un valor igual al que tengan los animales de la misma edad de la región" y que "el valor de los terneros vendidos por el criador en el mismo año de su producción no se computará para la determinación de la renta gravable del contribuyente" (artículo 2º, Ley 64 de 1948).

El legislador para hacer operante en la realidad, su voluntad de fomentar el crecimiento de dicha industria con la aplicación de las reglas citadas anteriormente, estableció en los artículos 1º a 5º de la Ley 23 de 1945, el sistema que debe emplearse para determinar la renta gravable en el negocio de ganadería, distinto del de cría y en el artículo 1º de la Ley 64 de 1948, la manera o procedimiento para liquidar la renta gravable de los contribuyentes dedicados exclusiva o preferentemente a la cría de ganados.

Así, de acuerdo con la primera de las leyes citadas, la renta bruta

para los ganaderos no criadores, se determina "restando del total de los ingresos obtenidos durante el año por ventas o enajenaciones de ganados a cualquier título, *el costo de los ganados vendidos o enajenados*", entendiéndose por costo "el de compra o adquisición, si el ganado vendido se compró durante el año gravable; o el que tengan los ganados en el inventario de existencias practicado por el ganadero el 31 de diciembre del año anterior, si el ganado vendido había sido adquirido en años anteriores a aquel en que se verifique la venta", debiéndose en este último caso incorporar "en los inventarios que deben confeccionarse cada año, el precio que el ganado tenga en 31 de diciembre, *al por menor y al contado, de acuerdo con la edad, raza y estado de los animales*, en la localidad donde esté ubicada la finca ganadera", precios que se acreditan con certificados "de las Asociaciones o Comités de Ganaderos, sucursales o agencias de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y a falta de estas instituciones, con certificados de las Sociedades de Agricultores o del Alcalde del Municipio a que pertenezca la finca del contribuyente".

Y para determinar la renta líquida, se deducen de la renta bruta constituída como se deja dicho, "los gastos ordinarios ocasionados durante el año gravable *por las reses vendidas o enajenadas*, y los extraordinarios que ocasione la venta, tales como seguros, fletes, comisiones, movilizaciones, etc.", gastos que se fijan diviendo el total de los hechos en el manejo del negocio, por el número de reses existentes el primero de enero más el número de reses compradas durante el año, y multiplicando el cuociente por el número de reses vendidas. Los terneros nacidos durante el año gravable no se incluyen en el inventario de ese año y si son vendidos, su precio constituye renta líquida, pues "no hay lugar a deducir de la renta suma alguna por concepto de gastos ocasionados por dichos terneros". En el inventario del 31 de diciembre de cada año, se incluyen los terneros "que en el curso del año gravable hubieren cumplido un año de nacidos, asignándoles un precio de entrada" que se fija en la misma forma que la de los demás ganados en existencia en tal fecha, "precio que constituirá exclusivamente aumento de patrimonio".

La aplicación de este procedimiento hace que sean aumento de patrimonio y no renta:

1º—La valorización resultante de la diferencia entre el valor de los ganados inventariados el 31 de diciembre del año gravable *y el de los mismos ganados* en el inventario del 31 de diciembre del año anterior;

2º—La valorización resultante de la diferencia entre el precio de compra o adquisición del ganado adquirido durante el año y el que se fija *a ese mismo ganado*, por encontrarse en existencia, en el inventario del 31 de diciembre del mismo año; y

3º—El valor de los terneros que durante el año gravable hubieren cumplido un año de edad y que entran en el inventario del mismo año, por no haberse vendido.

Respecto de los ganaderos dedicados exclusiva o preferentemente a la cría de ganados, la renta bruta se determina deduciendo del "total de las ventas efectuadas durante el año gravable", "el valor que los anima-

les vendidos tienen en el inventario del año inmediatamente anterior", si el ganado vendido corresponde al adquirido en años anteriores, o el precio de compra o adquisición si el ganado vendido corresponde al adquirido en el año gravable. Y la renta líquida, deduciendo de la renta bruta así establecida, el total "de los gastos que la explotación de la hacienda ha ocasionado durante el año gravable, tales como el valor de los granos, pastajes y forrajes empleados para la alimentación de los animales; medicinas, herramientas e implementos necesarios a la industria, seguros, fletes, comisiones, movilizaciones; las expensas pertinentes autorizadas por los numerales 1º a 11 del art. 78 del Decreto 818 de 1936 y las demás deducciones legales". "Los terneros destetos, aunque sean menores de un año, serán incluídos en el inventario, con un valor igual al que tengan los animales de la misma edad de la región, y este valor ocasionará exclusivamente aumento de patrimonio. El valor de los terneros vendidos por el criador en el mismo año de su producción no se computará para la determinación de la renta gravable del contribuyente".

La aplicación de estas reglas hace que para los contribuyentes que se dedican preferentemente a la cría de ganados, no constituyan renta sino aumento de patrimonio:

1º—El mayor valor resultante de la diferencia entre el precio de los ganados que figuran en los inventarios del año gravable y del año inmediatamente anterior;

2º—La valorización resultante de la diferencia entre el precio de compra del ganado adquirido durante el año gravable y el que tiene ese mismo ganado en el inventario del 31 de diciembre del mismo año;

3º—El valor de los terneros destetos, aunque sean menores de un año, que figura en el inventario del año gravable; y,

4º—El valor de los terneros vendidos por el contribuyente en el mismo año de su producción.

Como fácilmente se comprende, bien sea que se trate de un ganadero no criador o de un ganadero dedicado preferentemente a la cría, los factores que para el uno o el otro constituyen aumento de patrimonio y no renta, deben reflejarse en los respectivos inventarios. Mas, cuando estos no permiten determinar si el aumento patrimonial que se registra de un año al inmediatamente siguiente, obedece a la concurrencia de uno o varios de dichos factores y el contribuyente además, no da explicaciones satisfactorias sobre las causas de dicho aumento, la liquidación del impuesto tiene que hacerse por el sistema de comparación de patrimonios, porque aparecen utilidades capitalizadas que son gravables como renta y no como aumento patrimonial.

Así tuvo que proceder la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca en el caso del señor Rodríguez Mora, para liquidarle el impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1950, porque de su declaración no resulta que el mayor valor de su patrimonio en dicho año, se debiera al aumento de ganado de crías, o por la di-

ferencia entre el valor de los ganados en 31 de diciembre de 1949 y el 31 de diciembre de 1950, o por la diferencia entre el precio de compra del ganado adquirido durante el año y el valor del mismo en el inventario del 31 de diciembre de 1950.

El contribuyente pretendió explicar la mayor diferencia de patrimonios de un año a otro, en el anexo denominado "reconciliación de patrimonios", por la diferencia entre el total de ingresos por ventas de ganados y lo invertido en compras y gastos en el año, explicación que no es satisfactoria legalmente, porque no es esta utilidad la que, conforme a las leyes fiscales, se tiene en cuenta como aumento de patrimonio, sino la proveniente de los factores que se han dejado expuestos anteriormente, los que, como se ha dicho, no aparecen en los inventarios de los años de 1949 y 1950, para que pueda deducirse que el aumento patrimonial registrado se debiera a ellos.

Como puede observarse, la Sala no ha analizado la cuestión sub-judice catalogando al demandante como si fuera ganadero de cría preferentemente, o ganadero distinto al de cría. Ha estudiado el negocio por los dos aspectos aunque, como ya lo dejó dicho, el señor Rodríguez-Mora no puede clasificarse como contribuyente dedicado preferentemente a la cría de ganados y menos aún en forma exclusiva a esta actividad.

En la demanda se alega también que al liquidarse el impuesto del actor, por el procedimiento de comparación de patrimonios, se violaron los artículos 7º del Decreto 2745 de 1945 y 9º, numeral 2º de la Ley 78 de 1935, porque "el señor Rodríguez Mora no declaró bajo juramento el patrimonio poseído por él en 31 de diciembre de 1949 y en 31 de diciembre de 1950" y la primera de las disposiciones mencionadas exige como requisito para que haya lugar a determinar la renta por el sistema de comparación, que ambos patrimonios hayan sido declarados bajo juramento. El argumento se funda en que, aunque en las declaraciones "aparece la afirmación categórica hecha y firmada por él, de que tales declaraciones son juramentadas, falta la constancia de la presentación personal, autorizada por el empleado que las recibió", constancia que para estos casos exige el parágrafo b) del ordinal 2º del artículo 9º de la Ley 78 de 1935, para que el juramento se entienda dado y surta sus efectos legales.

Como puede advertirse, la parte actora no niega que las declaraciones fueran presentadas personalmente por el contribuyente, sino que no se dejó constancia de la presentación personal por parte del empleado que recibió las declaraciones ,lo que es cierto. Pero del hecho de que no aparezcan tales constancias, no puede deducirse que las declaraciones no fueran juradas, porque sí se presentaron personalmente y el actor no lo ha negado.

Por otra parte, es pertinente hacer notar que el señor apoderado del actor sí reconoce efectos legales a las declaraciones, para que el impuesto correspondiente al año gravable de 1950, se liquide de acuerdo con la explicación que del aumento de patrimonio, da el contribuyente en su declaración de dicho año, pero les niega que hubieran sido rendidas bajo

juramento para el efecto de determinar la renta por comparación de patrimonios.

De las consideraciones anteriores, concluye la Sala que la sentencia apelada es fundada en cuanto no accedió a revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto, practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, al señor Rodríguez Mora, por el año gravable de 1950.

La Sala se abstiene de estudiar la sentencia de primera instancia en cuanto revisa la liquidación de los intereses de mora y ordena que se devuelva al demandante la suma de $ 1.417.98 que pagó de más por dicho concepto, porque la apelación se entiende interpuesta solo en lo desfavorable al apelante y la sentencia en este punto, no era ni es consultable (artículo 28 Decreto Legislativo 0270 de 1953 y artículo 7º Decreto Legislativo 1.722 de 1956).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de fecha veintiseis de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, dictada en el presente juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

Alejandro Domínguez Molina — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

IMPUESTO DE MINAS

Interpretación jurídica del Decreto Ley 223 de 1932.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ M.)

REF. Expediente número 532. Impuestos. — Actor: "Cultivos Limitada". Revisión de las Resoluciones de 8 de junio de 1954 de la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia y número 163 de agosto 19 del mismo año de la Jefatura de Rentas.

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia de 2 de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, resolvió no acceder, en su integridad, a las peticiones de la demanda que ante él había presentado el

señor doctor Luis Isaza Gaviria, abogado titulado vecino de Medellín, en nombre y representación de la sociedad "Cultivos, Limitada", domiciliada en Medellín, ejercitando la acción contenciosa de impuestos de que trata el artículo 271 del C. C. A.

La mencionada acción tiene por base la siguiente demanda que, dada la magnífica forma en que está redactada se transcribe de modo total, adquiriéndose así un completo conocimiento del problema sub-judice. Dice:

"...propongo la acción sobre revisión de una liquidación del impuesto predial nacional sobre minas redimidas a perpetuidad, practicada a cargo de dicha compañía por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia el día 8 de junio del presente año y confirmada sustancialmente por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales mediante la Resolución número 163, de 19 de agosto último. Para el efecto, expongo los hechos y las razones de derecho que justifican la acción y formulo las súplicas pertinentes, así:

"— I —

"HECHOS FUNDAMENTALES

"*Primero.*—El 20 de mayo de 1931, la Gobernación de Antioquia expidió a favor del doctor Pedro Nel Ospina Vásquez, títulos de adjudicación de ocho minas de oro en aluvión, situadas en el municipio de Cáceres de este Departamento y denominadas 'Cruces Primera', 'Cruces Segunda', 'Cruces Tercera', 'Cruces Cuarta', 'Cruces Quinta', 'Cruces Sexta', 'Cruces Séptima' y 'Cruces Octava'.

"*Segundo.*—Las minas mencionadas en el ordinal anterior son colindantes entre sí y forman, por lo mismo, una extensión continua de territorio minero.

"*Tercero.*—El 2 de junio de 1931, el doctor Ospina Vásquez, propietario entonces de esas mimas, pagó por cada una de ellas el doble del impuesto correspondiente a 20 anualidades, para redimirlas a perpetuidad de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 59 de 1909.

"*Cuarto.*—En la extensión continua de subsuelo aurífero descrita en el hecho primero de esta demanda se han efectuado desde el año de 1936 hasta hoy, primero trabajos de exploración, luego de montaje y finalmente de explotación, en intensidad y cuantía muy superiores a las que el artículo 11 del ecreto 223 de 1932 exige. Esas labores se han efectuado con la sola interrupción de dos meses, en el año de 1952, ocurrida por un ataque de los bandoleros, que obligó al abandono temporal del laboreo durante el lapso indicado.

"*Quinto.*—Por medio de la escritura número 4400, de 31 de diciembre de 1949, de la Notaría 2ª de Medellín, el doctor Pedro Nel Ospina y los señores Eduardo, Ignacio y Pedro Nel Ospina constituyeron una socie-

dad mercantil de responsabilidad limitada con la denominación de *Cultivos, Limitada* y aportaron a ella la propiedad de las ocho minas mencionadas en el hecho *primero* de esta demanda.

"*Sexto.*—No obstante que esas minas han estado y están en explotación, la Administración de Hacienda Nacional efectuó la liquidación de 8 de junio de 1954 mediante la cual declaró que *Cultivos, Limitada* debía al Tesoro Nacional la suma de $ 3.400.00 m./l. por concepto de impuesto predial nacional por cada una de las ocho minas a que se refiere el hecho *primero*, desde el año de 1940 hasta el año de 1949, a razón de $ 50.00 anuales hasta 1946, inclusive, y de $ 25.00 anuales de 1947 a 1949, inclusive, y los intereses de esa suma al tipo del 1.5% por cada mes o fracción de mes de demora, "los cuales se liquidarán y harán exigibles desde la fecha en que las respectivas disposiciones legales sobre minas redimidas a perpetuidad, autoricen el cobro de tales recargos, hasta el día del pago".

"*Séptimo.*—Notificado el Gerente de *Cultivos, Limitada* de esa liquidación, interpuso contra ella el recurso de reposición y, subsidiariamente el de apelación. La Administración de Hacienda negó el primero y concedió el segundo. Y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en Resolución número 163, de 19 de agosto del presente año, notificada al representante de la sociedad el 8 de octubre siguiente, decidió el recurso así:

" 'Por lo expuesto, la Jefatura de Rentas, en uso de sus atribuciones legales,

" '*Resuelve*: Confirmar la providencia a que se refiere la parte motiva de esta resolución, modificando la tasación de intereses en el sentido de indicar que la tasa debe ser del 1% mensual y no la del 1.5% como lo expresa la oficina de primera instancia'.

"*Octavo.*—A la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales se le presentó, para sustentar la apelación, el certificado de laboreo formal de las minas, expedido por el Gobernador de Antioquia el 16 de julio último de acuerdo con lo que dispone el artículo 13 del Decreto Legislativo número 223 de 1932.

"*Noveno.*—Por no existir contra la decisión de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales recurso gubernativo alguno y para poder proponer la acción sobre revisión de esos impuestos, que no debe, Cultivos, Limitada consignó en la Administración de Hacienda Nacional la suma de $ 6.340.00 el día 3 de septimbre del presente año, así: $ 3.400.00 por impuestos y $ 2.940.00 por intereses. Se le expidió al efecto el recibo número 27.287 de la misma fecha.

"— II —

"DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

"La operación administrativa de liquidación de impuestos, a que se refiere esta demanda, viola los artículos 7º y 13 del Decreto Legislativo número 223 de 1932 y 2º de la Ley 81 de 1946.

"Para expresar el concepto de la violación de esas normas legales, conviene precisar antes el origen y los alcances de la obligación del laboreo como requisito para conservar la propiedad de las minas.

"En las Ordenanzas de Minería de Nueva España, que tuvieron aplicación en Colombia por ministerio del Decreto expedido por el Libertador en Quito el 24 de octubre de 1829, el adjudicatario de minas que deseara conservar la propiedad de ellas debía cumplir dos condiciones: a) Pagar la regalía correspondiente, que entonces era la quinta parte de los metales extraídos; y, b) Mantener la mina en laboreo.

"El legislador antioqueño consideró que lo oneroso de esos requisitos acababa con la iniciativa particular para la búsqueda y laboreo de los minerales. Por ello se limitó a establecer un módico impuesto anual y prescindió de la obligación de trabajar las minas. El artículo 164 del Código dispuso, en consecuencia: 'El pago del impuesto de que habla este capítulo es *lo único* que se necesita para conservar el derecho a una mina que se ha adquirido legalmente, y de la cual se tiene el título correspondiente'.

"La Ley 38 de 1887, que adoptó para la Nación el Código de Minas del extinguido Estado Soberano de Antioquia, siguió un criterio distinto y en su artículo 11 dijo: 'El adjudicatario o cesionario de minas que, pasados cinco años desde la fecha de la adjudicación no hubiere establecido trabajos formales de explotación, perderá el derecho adquirido aun cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario o cesionario que, después de establecidos los trabajos dichos los suspenda por más de un año, salvo fuerza mayor o caso fortuito'.

"Parece que el Congreso de 1887 se convenció, antes de clausurarse, de que el término de cinco años era insuficiente para que los dueños de minas hicieran las gestiones tendientes a ponerlas en explotación. Por ello intercaló en la famosa Ley 153 del mismo año los artículos 315 y 316, que dicen:

" 'Artículo 315.—El adjudicatario de minas que pasados ocho años desde la fecha de la adjudicación no hubiere establecido trabajos de explotación, perderá el derecho adquirido, aun cuando pague el respectivo impuesto'.

" 'Artículo 316.—Igual pena sufrirá el adjudicatario que, después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por más de ocho años'.

"Bien pronto se vio que esas disposiciones solo servían para alejar de la industria extractiva de metales preciosos a las personas interesadas en vincular a ella su capital y su trabajo. Es un hecho cierto, en efecto, que nadie que tenga medios para trabajar una mina deja de hacerlo si la prospección de ella, el precio de los minerales y las condiciones de la industria le prometen alguna utilidad. Y si el dueño no la explota directamente, es el más interesado en obtener quien lo haga por él en calidad de arrendatario o en virtud de un contrato similar. Quiere esto decir que la obligación del laboreo ha sido y es un estorbo para el progreso de la industria extractiva de metales preciosos. Por tal razón, el artículo único de la Ley 58 de 1896 derogó los artículos 11 de la Ley 38 y 315 y 316 de

la Ley 153, ambas de 1887. Dichas normas no llegaron a tener vigencia.

"Bajo un régimen de absoluta libertad para explotar las minas cuando los dueños pudieron financiar, directamente o con capital de otras personas, las respectivas empresas, y con los altibajos propios de la índole misma de esta industria, progresó la minería en Colombia hasta llegar a un verdadero auge en el decenio de 1930 a 1940.

"En 1930 sufrió Colombia las terribles consecuencias de una crisis universal. Como resultados de la anómala situación económica, vinieron forzosamente el desempleo y la valorización de la moneda. El precio del oro, pues, resultaba ampliamente remunerador para los empresarios de minas. Y todas las personas carentes de trabajo, ante la necesidad de procurarse una ocupación, se dedicaron a la minería. Hubo, así, una extraordinaria actividad en esta materia.

"Y el Ejecutivo, investido por el Congreso de amplias facultades extraordinarias para dictar las medidas que estimara convenientes con el fin de salvar al país del caos económico y fiscal en que se hallaba, pensó equivocadamente que la mejor manera de estimular la industria consistía en obligar a los dueños de minas a explotarlas. Después de algunos tanteos, se regresó al sistema que no pudo tener vigencia en 1887, y fue dictado el famoso Decreto Legislativo número 223 de 1932, que modificó los requisitos necesarios para conservar la posesión regular de las minas así: a) Aumentando el impuesto anual; y b) Obligando a los dueños de minas a explotarlas, so pena de abandono, dentro de los plazos allí establecidos.

"Y con objeto de respetar los derechos adquiridos por los dueños de minas redimidas a perpetuidad al amparo de los artículos 45 de la Ley 292 de 1875 y 3º de la Ley 59 de 1909, el Decreto declaró que estas minas no caerían en abandono por falta de laboreo formal pero sí deberían pagar un impuesto predial a la Nación durante el tiempo en que no fueran explotadas.

"De modo que para estudiar el Decreto 223 de 1932, hay que distinguir entre minas por las cuales se paga el impuesto anual para poder conservar su propiedad y minas redimidas a perpetuidad. Veámoslo:

"I.—Para las primeras —*minas que pagan impuesto anual*—, el Decreto estableció las normas consignadas en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 12 y 13. Esas normas establecieron, en síntesis: 1) Que por concepto de *impuesto anual*, las minas de veta pagarían $ 5.00 por cada pertenencia y las de aluvión $ 20.00 por la extensión señalada por el artículo 313 de la Ley 153 de 1887, es decir, por un cuadrado de tres kilómetros de lado o un rectángulo de dos kilómetros de base por cinco de altura. Para las minas de cobre se estableció un impuesto anual de $ 2.50 por cada pertenencia. 2) Que, pasados tres años desde la publicación del Decreto en el Diario Oficial (se publicó el 13 de febrero de 1932), las minas por las cuales venía pagándose el impuesto anual que no fueran explotadas o trabajadas formalmente deberían pagar impuesto doble; y que si, vencidos otros dos años, no se habían inicado en ellas los trabajos formales de explotación, se reputarían **abandonadas** aun cuando se hubiesen pagado los impuestos. 3) Que para pagar el impuesto anual,

el interesado debería presentar al Gobernador, Intendente o Comisario, las pruebas suficientes para demostrar que en el año anterior se efectuaron trabajos de exploración, instalación o explotación, por los valores o en la intensidad establecidos por el mismo Decreto. El Gobernador, Intendente o Comisario, con base en esas pruebas, debía expedir un certificado sobre la comprobación del laboreo. Ese certificado servía de base para pagar el impuesto anual en la Administración de Hacienda. Si se presentaba, la Administración cobraba impuestos sencillos. Si no se presentaba, debía cobrar impuestos dobles.

"II.—Para las *minas redimidas a perpetuidad* se estableció, según he dicho, un régimen distinto. Ese régimen lo consagra el artículo 7º del Decreto, que dice:

" 'Establécese un impuesto predial nacional sobre las minas redimidas a perpetuidad que no se exploten o trabajen formalmente, de acuerdo con las disposiciones siguientes:

" 'a) Toda mina redimida a perpetuidad que pasados cinco años a contar de la fecha de la publicación de este Decreto en el Diario Oficial, no fuere explotada o trabajada formalmente quedará gravada en favor del Fisco Nacional con un impuesto anual de cincuenta pesos ($ 50.00) si la mina es de aluvión, y de treinta pesos ($ 30.00) si la mina es de veta. Si se trata de minas de cobre el impuesto será de quince pesos ($ 15.00) anuales.

" 'b) Las minas redimidas a perpetuidad que se hallen actualmente en elaboración o que se empiecen a elaborar dentro del término de cinco años de que trata el ordinal anterior, pagarán también el impuesto predial nacional allí establecido, siempre que en ellas deje de verificarse, por más de tres años, la explotación o los trabajos formales a que se refiere el artículo 10 del presente decreto.

" 'c) Las minas redimidas a perpetuidad quedarán libres del impuesto predial anual que se establece en el presente artículo, desde el año en que entren en explotación o trabajos formales, sin perjuicio de volver a sufrir el gravamen siempre que ocurra el caso previsto en el ordinal anterior.

"'Parágrafo 1º — El impuesto predial nacional de que trata este artículo podrá cobrarse, en caso necesario, por medio de jurisdicción coactiva, de acuerdo con las reglas generales.

" 'Parágrafo 2º—Es entendido que la propiedad de las minas redimidas a perpetuidad queda expresamente reconocida por este Decreto, a favor de quienes las hayan amparado o de sus sucesores'.

"Según lo anterior, el laboreo formal de las minas se hace necesario: repecto a las redimidas a perpetuidad, para evitar el pago del impuesto establecido por el artículo 7º y respecto a las demás, para conservar la propiedad de ellas.

"El Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 223 de 1932, pecó por optimismo pues consideró que las buenas perspectivas que entonces ofrecía la industria minera serían indefinidas. Pero esas condiciones se modificaron sustancialmente y entonces volvió a ocurrir lo sucedido en 1887: que la obligación de trabajar las minas, en lugar de animar a los due-

ños y empresarios, resultó un estorbo para ellos. Por eso *ninguna* mina ha caído en abandono por falta de laboreo. La obligación de explotarlas se ha venido prorrogando sucesivamente. Basta leer las disposiciones pertinentes, a saber: el Decreto 1898, de 4 de agosto de 1936 que prorrogó por un año el término de cinco concedido por el Decreto Legislativo número 223 de 1932; el artículo 7º de la Ley 13 de 1937 que concedió nueva prórroga hasta el 31 de marzo de 1939. Hubo nueva prórroga en 1942, en virtud del Decreto 686 de dicho año. Luego la Ley 54 de 1944 amplió el plazo hasta el 31 de marzo de 1947. Nuevo aplazamiento por tres años, más, otorgado por la Ley 81 de 1946. Luego, el aplazamiento indefinido que concedió el artículo 16 del Decreto 10, de 14 de enero de 1950 y, por último, la prórroga otorgada por el artículo 16 de la Ley 18 de 1952 hasta el 31 de diciembre de 1955. Y vale la pena observar que varias de estas prórrogas las concedió el legislador en épocas en que la industria no se hallaba en el deplorable estado de decadencia en que hoy se encuentra.

"Al aplazar la obligación de trabajar las minas establecida por el Decreto 223 de 1932, dijo el artículo 2º de la Ley 81 de 1946:

" 'Artículo 2º—Durante el término de prórroga a que se refiere el artículo anterior para la explotación formal de las minas, aquellas que hubieren sido redimidas a perpetuidad pagarán solamente el cincuenta por ciento del impuesto predial que les corresponde'.

"Esta rebaja fue consagrada también por las disposiciones ya citadas del Decreto número 10 de 1950 y de la Ley 18 de 1952. En consecuencia, las minas redimidas a perpetuidad no trabajadas formalmente pagaron hasta 1946, inclusive, por concepto de impuesto predial, $ 50.00 las de aluvión y $ 30.00 las de veta. De 1947 en adelante se debe pagar por ellas la suma de $ 25.00 si son de la primera de dichas clases y de $ 15.00 si son de la segunda.

"De lo expuesto hasta aquí se deduce:

"a) Que para pagar *impuesto anual* por las minas no redimidas a perpetuidad, debía obtenerse previamente un certificado sobre laboreo formal de ellas en el año anterior, expedido por el Gobernador, Intendente o Comisario respectivo con base en las pruebas aportadas por el interesado o en las que el funcionario ordenara practicar;

" 'b) Que el impuesto predial nacional que grava a los propietarios de minas redimidas a perpetuidad, rige solo para aquellas que no se exploten formalmente, pero el artículo 7º del Decreto 223 de 1932, único que reglamenta ese gravamen especial, no exige que el interesado, para eximirse del impuesto, compruebe año por año el laboreo. En otros términos: no le impone plazo preciso y fatal para ello.

"Con base en la exposición anterior, es fácil precisar por qué concepto la liquidación de que se trata y la Resolución número 163, de 1954, dictada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, que son objeto de la presente acción, violan las normas legales citadas al principio de este capítulo. En efecto:

"A)—Tal operación administrativa es violatoria de los artículos 7º del Decreto 223 de 1932 y 2º de la Ley 81 de 1946, en cuanto estas normas crearon 'un impuesto predial nacional *sobre las minas redimidas a perpetuidad que no se exploten o trabajen formalmente*'. A la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales se le presentó un certificado del señor Gobernador con el cual se acreditó el laboreo formal de las ocho minas que componen el grupo denominado 'Cruces de Cáceres', desde 1938 hasta 1954, inclusive. Por haber rechazado esa prueba, la Resolución de la Jefatura viola las disposiciones citadas, pues, en forma contraria a dichas normas, cobra impuesto por razón de una mina redimida a perpetuidad que se ha explotado formalmente. Esta violación equivale a una infracción directa de los citados artículos;

"B)—En su Resolución, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales aplica indebidamente a las minas redimidas a perpetuidad el artículo 13 del Decreto 223 de 1932. Esta disposición exige a los interesados la presentación, *cada año*, de la atestación expedida por el Gobernador, Intendente o Comisario sobre laboreo formal de la mina en el año anterior, para el solo efecto de que el Administrador de Hacienda Nacional determine si se paga impuesto anual doble o sencillo por las minas *no redimidas a perpetuidad*. Es una norma que no tiene aplicación al caso del impuesto predial sobre las minas redimidas a perpetuidad reglamentado exclusivamente por el artículo 7º del mismo Decreto. La Resolución de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales viola, pues, el artículo 13 del Decreto, por aplicación indebida;

"C)—Según el mismo artículo 13 del Decreto 223 de 1932, la atestación del Gobernador sobre el laboreo formal de las minas es prueba que los funcionarios fiscales no pueden rechazar. La Resolución de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales viola, pues, esa norma por no haber aceptado el certificado del Gobernador de Antioquia sobre laboreo de las minas de que se trata desde el año de 1938, inclusive, hasta el de 1954;

"D)—La aplicación del artículo 13 del Decreto 223 de 1932 a las minas *redimidas a perpetuidad* es violatoria también del artículo 7º del mismo porque este, para exonerar a los dueños de esas minas del impuesto predial nacional, no les exige que comprueben *anualmente* el laboreo. Solo les impone la obligación de trabajar las minas. Ni siquiera les echa la carga de la prueba. Por lo tanto, esos propietarios *pueden acreditar* en cualquier momento el laboreo formal y, acreditándolo, tienen derecho a que se les exima del gravamen.

"E) — La liquidación de impuestos hecha por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia y confirmada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, a que me refiero, exigió a Cultivos, Limitada el pago de impuesto predial nacional por las minas que componen el grupo de Cruces de Cáceres y por años anteriores a aquel en que dicha sociedad adquirió la propiedad de esos minerales. Pero el impuesto no es un gravamen *real* que, como la hipoteca o la prenda, sea exigible

a las personas que adquieren las minas. Solo se puede cobrar a los *propietarios* de ellas en el respectivo año. Y por no haberlo entendido así los funcionarios fiscales, la operación administrativa cuya revisión solicito viola el artículo 7º del Decreto 223 de 1932 y el artículo 2º de la Ley 81 de 1946 que establecen el impuesto sobre las minas amparadas a perpetuidad pero no con carácter real, transmisible a los adquirentes de ella, sino a cargo de los propietarios de las mismas en el año en que dejó de efectuarse el laboreo.

"— III —

"PETICIONES

"Por lo expuesto, obrando en mi condición de apoderado especial de 'Cultivos, Limitada', sociedad mercantil de este domicilio, os solicito que, previos los trámites establecidos por la ley, y con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, os sirvais:

"1º—Revisar la operación administrativa de liquidación de impuestos a que se refiere esta demanda.

"2º—Declarar que Cultivos, Limitada no adeuda al Tesoro Nacional el impuesto predial nacional por las minas 'Cruces Primera', 'Cruces Segunda', 'Cruces Tercera', 'Cruces Cuarta', 'Cruces Quinta', 'Cruces Sexta', 'Cruces Séptima' y 'Cruces Octava', redimidas a perpetuidad, correspondiente a los años de 1938 a 1949 ni los recargos que se le cobraron, por haber estado en laboreo formal durante todo ese tiempo.

"3º—En *subsidio* de la anterior, declarar que *Cultivos, Limitada* no debe el impuesto predial nacional por todos los años por los cuales se hizo el cobro, ni los respectivos intereses, y declarar, en consecuencia cuál es la suma que debe pagar por tal concepto.

"4º—Ordenar que se devuelva a Cultivos, Limitada la suma que ha pagado indebidamente o que haya pagado en exceso, con sus intereses legales desde la fecha en que hizo el pago hasta que la devolución se efectúe".

El señor doctor Isaza Gaviria apeló de la sentencia atrás referida, recurso que concedido en el efectivo suspensivo, hizo que los autos vinieran al Consejo de Estado.

Aquí —sucedidos varios incidentes que no es del caso entrar a detallar ahora—, vino a cumplirse finalmente según los trámites de ley, la segunda instancia que ,agotada, y no observándose por tanto causal alguna nueva de nulidad, debe finalizarse mediante la correspondiente sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El acto administrativo demandado como inicial, proveniente de la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, es del siguiente tenor:

"Medellín, junio ocho de mil novecientos cincuenta y cuatro.

"Las minas redimidas a perpetuidad y que en seguida se expresan ubicadas en este Departamento, adeudan al Tesoro Nacional el impuesto predial nacional, de acuerdo con los registros que reposan en esta Administración y porque así lo determina el Decreto 223 de 1932. Por tanto, como por escritura pública número 4.400 de la Notaría Segunda de esta ciudad, de diciembre 31 de 1950, el señor Pedro Nel Ospina Vásquez, aportó a la sociedad denominada CULTIVOS, LIMITADA las siguientes minas, es claro que es esta la entidad que debe responder por el valor de los aludidos impuestos que resultan de la siguiente liquidación:

"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	$ 350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	$ 425.00
"Mina 'Cruces Segunda', en el Municipio de Cáceres:		
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	425.00
"Mina "Cruces Tercera", en el Municipio de Cáceres:		
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	425.00
"Mina 'Cruces Cuarta', en el Municipio de Cáceres:		
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	425.00
"Mina 'Cruces Quinta', en el Municipio de Cáceres:		
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	425.00
"Mina 'Cruces Quinta', en el Municipio de Cáceres:		
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	425.00
"Mina 'Cruces Sexta', en el Municipio de Cáceres:		
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	425.00
"Mina 'Cruces Séptima', en el Municipio de Cáceres:		
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	425.00

"Mina 'Cruces Octava', en el Municipio de Cáceres:		
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1940 a 1946 a $ 50.00 cada año	350.00	
"Impuesto Predial Nacional de los años de 1947 a 1949 a $ 25.00 cada año	75.00	425.00
"TOTAL.....$		3.400.00

"SON: TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS DE MONEDA CORRIENTE.

"Debe, además, los recargos al uno y medio por ciento por cada mes o fracción de mes de demora sobre los impuestos correspondientes a cada período, los cuales se liquidarán y harán exigibles desde la fecha en que las respectivas disposiciones legales sobre minas redimidas a perpetuidad autorizan el cobro de tales recargos, hasta el día del pago.

"Para notificar esta liquidación a la entidad deudora, alléguese de la Cámara de Comercio, certificación, sobre quién es su representante legal; copia del extracto de constitución de la sociedad y copia del acta de la última reunión de la Asamblea General.

"Hágase saber al notificado que contra esta providencia administrativa, procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación ante el Superior, dentro de los diez días útiles a partir de la notificación personal de esta liquidación.

"Se faculta al Juzgado de Rentas Nacionales de esta Administración para practicar las demás diligencias subsiguientes, es decir, para que notifique esta providencia y adelante el cobro hasta agotar el procedimiento gubernativo".

La Jefatura de Rentas al confirmar lo decidido por la Administración de Hacienda en la Resolución número R-163-E de 1954, también acusada, luego de transcribir un conjunto de disposiciones legales que han tenido o tienen que ver con la materia sub-lite, expresa:

"De estas normas surgen claramente las siguientes conclusiones:

1ª La comprobación de la explotación o trabajos formales consiste en una certificación expedida por el Gobernador, Intendente o Comisario Especial en la cual conste que se ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 10 del Decreto-Ley 223 de 1932.

2ª De dos maneras se satisface el impuesto predial nacional: o presentando la certificación del laboreo de las minas, o cubriendo en dinero los gravámenes establecidos en el artículo 7º del Decreto-Ley nombrado.

"3ª El tiempo hábil para presentar la certificación vence el 31 de marzo del año siguiente a aquel en que se realizaron los trabajos formales.

"4ª Si el interesado no presenta la certificación mencionada, el funcionario recaudador del impuesto predial nacional deberá liquidarlo, 'en vista de las disposiciones del presente Decreto y de los antecedentes de sus libros", es decir: si los trabajos formales han dejado de realizarse

por más de tres años, circunstancia que puede apreciar con base en las certificaciones presentadas y en las dejadas de presentar".

"..... ....

"RAZONES DEL RECURSO

"Con base en las conclusiones que se sacaron, anteriormente, del estudio de las disposiciones pertinentes, cabe analizar las razones que expone el apoderado de "Cultivos, Limitada".

"Las razones del recurso se pueden sintetizar así:

"1ª—Que el impuesto predial nacional de minas es condicional y se causa solamente cuando las minas redimidas a perpetuidad no se explotan o trabajan formalmente.

"2ª—Que el cobro de este impuesto exige la comprobación de que tales minas no han sido explotadas o trabajadas formalmente, y que la providencia recurrida nada dice al respecto.

"3ª—Que la comprobación que el artículo 13 del Decreto 223 de 1932 exige a los interesados no se refiere o las minas redimidas a perpetuidad, sino a las minas amparadas y que en el año anterior hayan sido explotadas y trabajadas con las condiciones establecidas por el artículo 10 de la norma citada.

"4ª—Que el Decreto 223 no establece en qué forma debe ser comprobada la explotación formal de las minas redimidas a perpetuidad, ni en qué período debe hacerse, y que ante este vacío la Jefatura debe pronunciarse para que los interesados sepan qué conducta deben observar y cuáles son sus obligaciones.

"5ª — Que las minas de 'Cultivos, Ltda.' se explotaron formalmente con los requisitos exigidos por el artículo 10 del Decreto 223 de 1932. Para el efecto acompaña un certificado expedido por el señor Gobernador de Antioquia.

"6ª—Que se pretende cobrar impuestos a la sociedad 'Cultivos, Ltda.' durante un tiempo en que las propiedades mineras no pertenecían a ella. A este respecto acompaña la escritura de constitución de la sociedad.

"7ª—Que la providencia recurrida contiene una condensación de intereses de mora a la tasa del 1½% cuando en realidad debe ser a la tasa del 1%.

"La Jefatura está de acuerdo con el recurrente en cuanto a que el Impuesto Predial Nacional de Minas es condicional y se causa solamente cuando las minas redimidas a perpetuidad no se explotan o trabajan formalmente.

"También comparte la tesis del recurso en lo referente a los intereses de mora. En cambio se aparta del criterio del abogado recurrente en los siguientes puntos:

"No es exacto que, para verificar el cobro del impuesto en mención, deba el funcionario recaudador comprobar que las minas no fueron explotadas o trabajadas formalmente. Tampoco es cierto que el Decreto 223 de 1932 no establezca la forma y el término para comprobar la ex-

plotación formal de las minas redimidas a perpetuidad, ni que el artículo 13 de esa disposición se refiera solamente a las minas amparadas.

"En efecto, en el análisis que se hizo arriba de los artículos 13 y 14 del Decreto 223, aparece que la comprobación de los trabajos formales consiste en una certificación del Gobernador, Intendente o Comisario Especial en que conste tal explotación, la cual debe presentarse a más tardar el 31 de marzo del año siguiente a aquel en que se realizaron los trabajos. La no presentación de ese comprobante, trae como consecuencia el que, el funcionario encargado del recaudo, tenga a la mina de que se trate, como no explotada y proceda a determinar el valor del impuesto predial nacional que corre a su cargo.

"Los interesados en este negocio aseveran que las minas a que se refiere esta providencia fueron explotadas durante todo el tiempo comprendido entre los años de 1938 a 1953. Acompañan, para respaldar su dicho, un certificado, expedido por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia con fecha 16 de julio del presente año.

"La Jefatura no puede tener en cuenta este certificado puesto que, como ya queda dicho, la comprobación del laboreo tiene un término para ser presentada, que es el que fija el artículo 14 del Decreto 223 de 1932.

"En cuanto al argumento de que no debe dejarse a cargo de 'Cultivos, Ltda.' sumas correspondientes al Impuesto Predial Nacional, causado con anterioridad a la fecha de constitución de dicha sociedad, la Jefatura considera que tal impuesto se hace exigible a los actuales dueños de las minas redimidas a perpetuidad. En efecto, los adquirentes de tales minas han debido hacér las averiguaciones tendientes a obtener que el dominio que adquirían estaba libre de gravámenes. La falta de esta diligencia los hace incurrir en una culpa de la que no es responsable el Fisco Nacional, sin que esto quiera decir que los adquirentes o actuales dueños de las minas pierdan el derecho de repetir lo pagado contra quienes transfirieron el dominio con una deuda que lo afectaba a favor del Tesoro Nacional.

"Con base en lo que se deja expuesto, la Jefatura de Rentas encuentra que la providencia recurrida está ajustada a las disposiciones legales en cuanto a la aplicación del Impuesto Predial Nacional sobre las minas del grupo 'Cruces' que no comprobó a su debido tiempo la explotación o laboreo formal. En cuanto a la condenación de intereses se debe modificar la tasa del 1½% mensual por la del 1% que es la aplicable en el caso de que se trata".

El Tribunal Administrativo de Antioquia para fallar como lo hizo, partió de los siguientes razonamientos:

"La Ley número 292 de 1875 en su artículo 45 permitió asegurar y obtener a perpetuidad el dominio de las minas, pagando de una vez el impuesto correspondiente a veinte anualidades, el que posteriormente se duplicó por el artículo 3º de la Ley 59 de 1909, habiéndose luego abolido tal disposición, pero quedando amparados los derechos adquridos de quienes habían redimido minas a perpetuidad. La disposición en referencia consagra un verdadero privilegio en favor de los propietarios de las minas, pues ninguna persona podrá una vez cubierto el impuesto, avisar

o denunciar esta clase de minas, cuyos propietarios quedaron librados del impuesto anual.

"En vista de la no explotación de las minas fue necesario expedir en el año de 1932 el Decreto-Ley número 223, estableciendo un Impuesto Predial Nacional para las minas que no se exploten, el cual se haría efectivo dentro de un plazo de cinco años para las minas redimidas a perpetuidad, plazo que posteriormente se prorrogó por medio de leyes y decretos especificados con exactitud en la demanda.

"El decreto en referencia en su artículo 13, reglamentó la forma como debía comprobarse la explotación para eximir a los adjudicatrios del impuesto, advirtiendo expresamente que cuando no se presentare la certificación del Gobernador, Intendente, demostrando la explotación en el tiempo previsto (hasta el 31 de marzo del año siguiente) debía entenderse que la mina no se trabaja y por consiguiente debía hacerse efectivo el impuesto. En idéntico sentido se reafirma el artículo 14 al preceptuar que es tiempo hábil para pagar el impuesto hasta el 31 de marzo del año siguiente de aquel por el cual se paga. Los preceptos en referencia no especifican, si la mina es o no redimida a perpetuidad, tienen por el contrario un contenido genérico aplicable a cualquier clase de minas, pues no existe motivo de orden fiscal ni se encuentra razonable, que las unas deban demostrar la explotación o pagar dentro del año siguiente, y las otras, cuando lo deseen los propietarios, desconociéndose en esa forma los fines buscados por el Decreto, cuyo principal objeto fue el de obligar a los adjudicatarios a explotar las minas, con miras a que la industria extractiva del oro prosperara en el país. Ante el problema de que las minas redimidas a perpetuidad no se explotaban, quiso el Gobierno obligar a sus propietarios a realizar esta, e ingeniose en un sistema que, sin desconocerles el derecho de propiedad, los obligaba a utilizarlas en provecho de la economía del país, precaria a la fecha en que se expidió el Decreto, debido a la crisis existente en ese entonces.

"La interpretación contraria, o sea la de que la explotación de las minas redimidas a perpetuidad puede demostrarse en cualquier época sin dar lugar al impuesto, llevaría al absurdo de que los propietarios de estas minas podrían pasar un siglo o dos sin demostrar la explotación, haciendo inoperante el Decreto e ilusorio en sus efectos, pues al pretender hacer efectivo el impuesto por el fisco podrían los adjudicatarios aducir la improcedencia del tributo, por estarles permitido en cualquier época demostrar la explotación, así fuera esta la más remota del calendario.

"Además, el artículo 7º del Decreto número 223 de 1932 hace recaer la carga de la prueba de la explotación en quien posee la mina al preceptuar en su literal c) lo siguiente: Las minas redimidas a perpetuidad quedarán libres del impuesto predial anual establecido en el presente artículo, desde el año en que entran en explotación o trabajos formales, sin perjuicio de volver a sufrir el gravamen siempre que no se exploten.

"No corresponde al Estado comprobar la explotación, sino cerciorarse de esta cuando se le demuestra y de no hacerlo en el tiempo previsto, el impuesto se hace efectivo háyase trabajado o no la mina, puse la falta de tal comprobación en el tiempo indicado conlleva el gravamen, debido

a que quien goza de una exención deberá demostrarla en la oportunidad que la ley le da.

"La distinción entre minas redimidas a perpetuidad y las simplemente adjudicadas en nada varía la exigibilidad del impuesto anual, pues unas y otras deben pagarlo cuando no demuestren su explotación. Lo que ocurre es que la falta de pago acarrea consecuencias diferentes, mientras las no redimidas caen en abandono por falta de explotación aun-cuando paguen, las redimidas no caen en este, debiéndose limitar los adjudicatarios (sic) a pagar el impuesto, pues de no hacerlo, se les exigirá por jurisdicción coactiva, llegando si fuere necesario al remate de la mina. La diferenciación de las minas para el pago del impuesto no tiene razón de ser, y dársela implicaría una creación jurisprudencial, ajena al texto y finalidad prevista en el precepto.

"El doctor Gerardo Arias Mejía en sus 'Lecciones sobre Derecho Minero Colombiano' participa del anterior criterio, al comentar el impuesto en la siguiente forma: 'El interesado debe establecer que su mina está en elaboración, y el artículo 13 de aquel decreto provee a esta necesidad, pues señala reglas para la adquisición del certificado de explotación que debe expedir la Gobernación o la Intendencia o la Comisaría, certificado que el interesado debe presentar ante la Administración de Hacienda a tiempo de hacer el pago del impuesto, para definir este. Y si ese certificado no se presenta, es porque la mina no está en explotación y entonces ya sabrá el administrador lo que debe ser pagado por esa mina, en lo cual este empleado debe poner sumo cuidado, pues la ley lo hace responsable de los errores que se cometan al hacer la liquidación del impuesto, reforma muy importante en nuestra legislación'. Pág. 229.

"En lo concerniente a la exigencia del impuesto a la sociedad, por los años anteriores a su constitución, el Tribunal encuentra aceptable la tesis de la Jefatura y la comparte. El Decreto grava directamente a las minas y no a sus adjudicatarios, para ello parte de una base objetiva, la explotación, lo que constituye un impuesto real, que trae como consecuencia la de poder exigirse solidariamente a quien actualmente es titular de la mina, solidaridad que surge de la naturaleza jurídica del tributo .Lo que hace que el silencio de la ley a este respecto no signifique ausencia de la responsabilidad solidaria".

En esta segunda instancia ha venido representando a la compañía actora, el señor doctor José Luis Aramburo quien en memorial de octubre 6 de 1959 reproduce éxpresamente la alegación que había presentado el 26 de septiembre de 1957, pieza en la que en forma por demás lúcida y clara, complementando la demanda, expresa:

"Dentro de la oportunidad legal fundamento el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante contra la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Medellín en el juicio de la referencia.

"Me parece que están debidamente establecidos los presupuestos de la acción y los hechos fundamentales de la demanda y que la contro-

versia se limita de modo exclusivo a una cuestión jurídica relativamente simple. Me propongo en este escrito plantear objetivamente, primero, la diferencia surgida entre el fisco y el contribuyente y, luego, expresar las razones que este tiene en su favor para considerarse desligado de la carga que se le quiere imponer y del derecho que le asiste para qu se le libere de ella.

"— I —

"Heredamos de la corona española los principios esenciales de nuestro derecho minero y los sistemas según los cuales permite el Estado a los particulares la explotación del subsuelo, de modo particular el de la adjudicación, que entre nosotros se ha aplicado tradicionalmente a los metales preciosos. Por la adjudicación el Estado se desprende del dominio de la mina que transfiere al adjudicatario, aunque no en forma absoluta sino condicional. Las dos condiciones resolutorias de la adjudicación han sido: la explotación y el pago regular por parte del dueño de una suma de dinero. Si el propietario de la mina no la trabaja o no paga la estaca, de manera automática, es decir sin necesidad de declaración o providencia resolutoria, la mina vuelve al patrimonio de la Nación, queda 'desierta' o 'abandonada' y puede ser, por tanto, objeto de una nueva adjudicación.

"El requisito de la explotación, que rigió en la legislación española, no ha tenido aplicación práctica en la legislación nacional posterior a la independencia. Establecido en 1887 hubo de ser derogado sin que hubiera tenido lugar el fenómeno del abandono por esta causa. Restablecido en 1932, las disposiciones que la reglamentan fueron objeto de sucesivos aplazamientos, el último de los cuales venció el 31 de diciembre de 1956.

"En cuanto al pago anual de una suma de dinero como condición necesaria para la conservación del dominio minero, ha sido institución que desde el 'quinto real' se mantiene a través de las diversas legislaciones, sin interrupción, hasta nuestros días. El Código de Minas vigente lo denomina impuesto y se conoce con las denominaciones de 'ordinario', 'anual', o 'de estaca'. Esta última denonimación viene desde las antiguas leyes peninsulares que hacían exigible el pago desde que se 'estacaba' la mina, es decir, desde cuando, por diligencia administrativa dentro del proceso de la adjudicación, se determinaban los linderos de la mina, que solían hacerse patentes por medio de estacas de madera clavadas sobre lal ínea divisoria.

"No es propio llamar 'impuesto' al pago regular que el minero debe hacer al Estado como condición de conservación del dominio porque no corresponde a la naturaleza de aquella noción sino que, por una parte, tiene como función el determinar si el adjudicatario mantiene un interés real sobre la mina adjudicada y está en su ánimo conservarla en su patrimonio; y, por otra parte, implica para la Nación un provecho económico cuya causa es la adjudicación. No tiene nada de 'impuesto', en la acepción que corresponde a esta institución en la ciencia de la Hacienda Pública, y ni siquiera se asemeja a las 'tasas' o 'derechos' que cobra el Estado por los servicios que suele prestar al público.

"El decreto-ley 223 de 1932 aumentó la cuantía de los 'impuestos' de estaca, según la clase y naturaleza de los yacimientos y determinó la fecha hasta la cual podía válidamente hacerse el pago de ellos.

"Restableció asimismo la obligación de trabajar las minas como condición para mantener la propiedad de ellas, reglamentándola por medio de preceptos que establecen: a) El térimino dentro del cual ha de procederse a la explotación, a partir de la expedición del estatuto, en relación con las minas ya tituladas o de la expedición del título para las que en lo futuro fueren adjudicadas, a efecto de computar un período de tres años de gracia y dos años más dentro de los cuales no se pierde la propiedad y es de rigor pagar el impuesto doblado; b) La disposición de que, transcurridos cinco años, sin proceder a la explotación formal, la mina queda desierta o abandonada aunque se pague efectivamente el impuesto; c) La intensidad, continuidad de los trabajos y costo de las labores, para determinar qué ha de entenderse por explotación formal, tanto si se trata de una sola mina como de una extensión continua de territorio minero; d) La manera como puede probarse válidamente la explotación formal de las minas que pagan impuesto anual para liberarse del pago del doble impuesto ordinario o de la resolución del título de adjudicación.

"Teniendo en cuenta el legislador —en este caso el Gobierno con atribuciones emanadas del Congreso— que había minas exoneradas del pago del impuesto anual, es decir minas redimidas a perpetuidad, estableció en relación con ellas un régimen distinto en caso de que no fuesen trabajadas o explotadas formalmnete.

"El artículo 7º, y *solo él,* se refiere al caso de las minas amparadas a perpetuidad. Los puntos de vista que sostiene en este pleito el demandante parten del hecho indudable de que el gravamen denominado 'impuesto predial nacional' establecido en el artículo 7º del estatuto de 1932 para las minas redimidas es distinto, esencialmente distinto, del 'impuesto' ordinario, anual o de estaca que grava a las minas no redimidas; y que la reglamentación que se refiere a la comprobación de la explotación formal, al menos en cuanto exige que la prueba de dicha explotación se presente en el momento de verificar el pago del impuesto de estaca, no puede aplicarse a las minas redimidas para el efecto del no pago del impuesto predial.

'Es bueno precisar en qué consistía la redención de las minas, institución a que puso término el artículo 8º del Decreto 223. Según se ha dicho, la adjudicación está sometida a la condición de pagar al Estado una determinada suma anual, y la falta del pago resuelve el dominio del adjudicatario, sin necesidad de declaración expresa, aunque el pago tardío, con los recargos legales, revalida los derechos del titular si entre tanto otra persona no ha adquirido derecho a la adjudicación. Por urgencias fiscales la legislación del Estado Soberano de Antioquia permitió que el dueño de la mina pudiera liberarla de esta condición, pagando por anticipado una suma equivalente a cierto número de anualidades del impuesto de estaca. No existiendo entonces ninguna otra condición cuyo evento pudiera resolver el dominio del adjudicatrio, la mina así redimida pasaba a ser propiedad incondicional, pura y simple del titu-

lar; quedaba *redimida* del gravamen único, de la condición que la afectaba. La institución se mantuvo durante la vigencia del estatuto antioqueño como código de la Nación hasta 1932, aunque considerablemente se aumentó la cuantía del pago redentor. La redención, por tanto, liberaba la mina del pago del impuesto ordinario, a perpetuidad. Los términos en que fue establecida por la ley fueron los siguientes: 'Los dueños de minas tituladas, que hayan pagado el impuesto establecido y que no estén en litigio, pueden asegurar permanentemente la propiedad de ellas, y quedan libres del impuesto en lo sucesivo, si pagaren de una vez...' (a. 45 L. 292 de 1875). En igual forma se expresa el artículo 3º de la Ley 59 de 1909.

"Cultivos Limitada venía trabajando sus minas 'Cruces Primera' y siete continuaciones de ella, aluviones auríferos situados en el Municipio de Cáceres, con la intensidad requerida para que debieran considerarse estas minas como en explotación o trabajos formales, no obstante lo cual le fue exigido por la Administración de Hacienda Nacional el pago del impuesto predial nacional como si tales minas no hubieran sido trabajadas. La Jefatura de Rentas, en providencia que fue objeto de la demanda confirma los puntos de vista de la Administración.

— II —

"El artículo 13 del Decreto número 223 de 1932 dice: 'El interesado que *pretenda pagar el impuesto* correspondiente a las minas que se hallen en explotación o trabajadas formalmente deberá presentar una atestación del Gobernador, Intendente o Comisario Especial respectivo, para comprobar que en el año anterior se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 10 del presente Decreto'. El inciso tercero del mismo artículo expresa: 'Si el interesado no presenta la certificación del Gobernador, Intendente o Comisario Especial se entenderá que la mina no se encuentra en explotación o trabajos formales, y el funcionario que reciba el pago, en vista de las dispsoiciones del presente Decreto y de los antecedentes de sus libros, determinará el impuesto que le corresponde pagar en el año de que se trate'.

"El demandante ha sostenido que el artículo 13 se refiere de modo exclusivo a las minas que pagan impuesto anual. Esta afirmación se deduce del contexto de la disposición. Las minas en explotación o trabajadas formalmente *no pagan impuesto* si están redimidas a perpetuidad y el dueño de ellas no puede pretender el pago porque la mina está exonerada del impuesto ordinario por la redención.

"El inciso tercero del artículo 13 también se refiere, de modo evidente, a la misma clase de minas que pagan anualmente el impuesto ordinario, porque hace mención de los diferentes casos en que minas que han de pagar impuestos ordinarios, deben pagar los sencillos o doblados, según lo dispuesto por el artículo 5º.

"Pero podría decirse que siendo el impuesto predial nacional un gravamen condicional, y causándose año por año a partir del quinquenio inicial concedido por el estatuto o cumplido un trienio de suspensión de las explotaciones, la comprobación de los trabajos formales como hecho

exonerador del impuesto debería también hacerse anualmente. Esto es lógico; sin embargo, el Decreto no lo dice y en materia de impuestos no es lícito imponer al contribuyente una obligación por el camino de la simple analogía. Es decir: el artículo 13 impone al minero que debe pagar el impuesto de estaca, la obligación de comprobar la explotación ante los funcionarios de hacienda, con ocasión del pago del impuesto de estaca, bajo pena de, si no lo hacen, considerarse la mina como no trabajada formalmente; pero al dueño de una mina amparada a perpetuidad el estatuto no le impone esta misma obligación. El error de la Jefatura, la violación por patre de esta dependencia de los textos citados en la demanda, se deriva de aplicar extensivamente y por analogía al dueño de minas redimidas un texto que según el claro tenor literal y la clara intención del legislador se estableció considerando solamente el caso común, que es el de los yacimientos que pagan impuesto ordinario, y no el caso excepcional, que es el de las minas liberadas del impuesto ordinario.

"O el error consistió en considerar que el texto del artículo 13 comprende todas las minas, las que pagan estaca y las redimidas, error cuya evidencia hemos hecho resaltar. En este caso la violación del artículo 13, al cual se dio una interpretación que desborda su contenido, y la del artículo 7º que estableció el impuesto predial nacional para las minas no redimidas y no trabajadas, son aún más patentes. *'El interesado que pretenda pagar el impuesto correspondiente a las minas que se hallen en explotación o trabajadas formalmente...'*, no puede ser, en ningún caso, el dueño de una mina redimida; porque el sujeto a quien la disposición se refiere, *pretende pagar un impuesto*: el dueño de la mina redimida que se explota formalmente lo que pretende es *no pagar un impuesto*. La ley contempla el caso de una persona que se presenta ante las autoridades fiscales a pagar un impuesto; pero ese caso es diametralmente distinto al caso del dueño de la mina amparada a perpetuidad y trabajada formalmente, que no debe ningún impuesto y, por tanto, no tiene que presentarse a pagarlo: la ley no le ha dicho que se presente año por año a demostrar el cumplimiento del hecho exonerativo de la explotación formal.

"Hemos dicho que es lógico y razonable que se oblige al dueño de las minas redimidas a que compruebe año por año la explotación formal, pero el estatuto, tal como está en vigencia, *no lo obliga*. Este vacío de la ley no es, ni mucho menos, irremediable, y la potestad reglamentaria que corresponde a la rama ejecutiva del poder, por disposición constitucional, tiene por objeto dar estructura funcional a las normas que no contienen los detalles de ejecución necesarios para su perfecta eficacia. El Presidente de la República pudo haber reglamentado la oportunidad legal en que los dueños de minas redimidas debían comprobar la explotación, que bien pudo ser la misma señalada a los mineros obligados al pago del impuesto anual por disposición expresa del Decreto, y puede hacerlo en cualquier tiempo: *pero no lo ha hecho*.

"La conducta de la Administración de Hacienda de Antioquia y de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, al imponer a una persona una obligación que no se funda en texto claro y expreso de la ley, es ar-

bitraria. En este caso equivale, si se mira al fondo del asunto, a imponer a una persona una contribución o impuesto del cual está exonerada por disposición legal expresa.

"Esta conclución es clara:

"Si expresamente no ha dispuesto el estatuto que el dueño de minas amparadas a perpetuidad está obligado, año tras año, a comprobar la explotación formal de sus minas para el efecto de que no se le imponga el gravamen predial nacional; si Cultivos, Ltda. en este caso ha comprobado, en la forma prescrita, que durante los años por los cuales se le cobra el impuesto predial por sus minas, estas han estado en explotación formal, hecho liberador de tal gravamen, no resulta probado que se pretende hacer efectivo un impuesto que, por definición de la ley, *no se debe*?

"O más claro:

"¿Es verdad que las minas redimidas a perpetuidad que están en expoltación formal no pagan el impuesto predial nacional?

"¿Y es verdad que Cultivos, Limitada tuvieron en explotación formal las minas de 'Cruces Primera' y continuaciones durante todos los años por los cuales se pretende cobrar impuestos prediales?

"¿Es verdad asimismo, que la ley no impone a los dueños de minas redimidas la obligación de hacer comprobación anual de la explotación, porque esta obligación solo se impone por el artículo 13 a los mineros 'que pretenden pagar el impuesto', es decir a los dueños de minas no redimidas?

"Para concluír, H. Magistrado, considero que hay un vacío en el Decreto 223, que la Administración y la Jefatura han pretendido llenar haciendo uso de la interpretación analógica, cuando el sistema previsto por la ley no autoriza este medio arbitrario de imponer obligaciones, porque el sistma obvio, constitucional, indicado y equitativo es la reglamentación de la ley.

"Por tanto os pido, con todo respeto, que os digneis acoger las peticiones de la demanda, revisando la operación de liquidación de los impuestos impugnados, para decidir que, por hallarse demostrada en debida forma la explotación de las minas de Cultivos, Limitada, la sociedad no debe impuestos prediales por las minas 'Cruces Primera' y continuaciones".

En la oportunidad legal el señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, doctor Uladislao Domínguez, rindió su concepto de fondo en el sentido de pedir la *confirmación* de la sentencia apelada, para lo cual y en parte pertinente expresa:

"De conformidad con los textos antes citados y en relación con el problema controvertido, el régimen legal de las minas redimidas a perpetuidad, es el siguiente:

"a) Estas minas deben pagar el impuesto predial nacional a razón de $ 50.00 anuales por cada mina de aluvión, $ 30.00 por cada mina de veta y $ 10.00 por cada mina de cobre; b) Este impuesto deben pagarlo estas minas cuando no se exploten o trabajen formalmente; c) Las minas de esta clase que no fueron explotadas o trabajadas formalmente a partir

del 13 de febrero de 1937, deben pagar el impuesto predial nacional hasta el año en que entraron en explotación; d) Las minas que emplezaron (sic) a explotarse antes de esta fecha y que después dejaron de trabajarse por más de tres años, también deben pagar el impuesto predial nacional por todo el tiempo que permanecieron inactivas a partir del cuarto año de haber sido suspendida la explotación o trabajos; y e) El impuesto predial nacional se causa por las minas redimidas a perpetuidad siempre que después de iniciada la explotación se suspenda esta por más de tres años y el gravamen comprende todos los años de no explotación excepto los tres primeros.

"El Decreto 223 de 1932 dispone en su artículo 13 que 'El interesado que pretenda pagar el impuesto correspondiente a las minas que se hallen en explotación o trabajadas formalmente deberá presentar una atestación del Gobernador, Intendente o Comisario Especial respectivo, *para comprobar que en el año anterior se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo* 10 *del presente Decreto*'. (Subraya la Fiscalía).

"El citado Decreto-Ley rige desde su publicación en el Diario Oficial, la cual tuvo lugar el 13 de febrero de 1932. Desde esa fecha los poseedores de las minas redimidas a perpetuidad quedaron notificados de la obligación que existía para ellos, *de presentar anualmente ante los Administradores de Hacienda respectivos las atestaciones de trabajo del año inmediatamente anterior, antes del* 31 *de marzo de cada año* (artículo 14 del mismo Decreto).

"Así, pues, el citado Decreto 223 de 1932 establece la manera de satisfacer el pago del impuesto predial nacional de minas: Pagando en dinero efectivo el valor correspondiente a la mina no explotada, de acuerdo con el artículo 7º, pues explotando o trabajando formalmente la mina este gravamen no se causa. En este último caso, forzosamente debe seguirse el procedimiento señalado en el artículo 13 y 14 del citado estatuto. En todo caso este impuesto solo puede satisfacerse pagando su importe en dinero efectivo, presentando, en tiempo oportuno, las atestaciones de los trabajos formales realizados en la mina, es decir, acreditando el hecho de la explotación antes del 31 de marzo del año siguiente a aquel por el cual se paga.

"En el caso de autos, las atestaciones o certificaciones que aduce la sociedad demandante no fueron presentadas en tiempo oportuno ante el funcionario de Hacienda respectivo, o sea anualmente, antes del 31 de marzo del año siguiente al de los trabajos que se pretenden acreditar. Además, aquellos documentos no reúnen otras condiciones necesarias para considerarlos legales, como son las de ser provenientes de testigos técnicos en la materia, puesto que no se trata de una mina sino de un grupo de ocho minas (artículo 11 del Decreto 223).

"A este rsepecto, al reglamentar el procedimiento que deberá seguirse por los señores Gobernadores y sus subalternos, en relación con los certificados sobre trabajos formales de explotación de minas, el Jefe de la Sección de Minas y Baldíos de la Gobernación de Antioquia, con la aprobación expresa del señor Gobernador estableció el procedimiento siguiente:

'Cuando la mina no puede trabajarse independientemente por falta, escasez y deficiencias de aguas o de tongas, la explotación o trabajos exigidos se aplican al grupo de minas que obligatoriamente tengan que beneficiarse en combinación o común, pero cada una de las minas pagará el respectivo impuesto ordinario.

'PARAGRAFO.—Cuando la persona o entidad posea una extensión continua de territorio minero que abarque varias minas se considerará dicha extensión como una sola mina para los efectos de la explotación o trabajos formales, siempre que tengan un establecimiento minero de importancia industrial correlativa a la extensión abarcada por los títulos correspondientes. Igualmente se considerará una extensión continua de territorio que abarque varias minas para los efectos de estimar que ha habido explotación o trabajos formales siempre que se compruebe satisfactoriamente que se han ejecutado labores de explotación, exploración o instalación, para el beneficio de los minerales que representen una inversión anual no menor de $ 1.800.00 y que se pruebe, además, que estas labores conducen a la explotación técnicamente adecuada al conjunto'.

'Para la prueba del laboreo formal en estos casos se procederá en lo pertinente y semejante de acuerdo con lo indicado en las instrucciones y modelos anteriores, con la diferencia de que las circunstancias especiales, o sean por no poderse trabajar las minas por falta, escasez o deficiencia de aguas, o de tongas, tener establecimientos mineros de importancia industrial correlativa a la extensión minera, y que la inversión no menor de $ 1.800.00 que representan las labores conducen a la explotación técnica adecuada del conjunto, DEBEN ACREDITARSE CON DICTAMENES JURAMENTADOS DE DOS INGENIEROS, O TECNICOS EN LA MINERIA, DEBIDAMENTE EXPLICADOS Y FUNDADOS EN HECHOS CLAROS. Por los grupos de minas, en caso de establecer la prueba del laboreo formal (sic), según lo dicho, debe pagarse el impuesto ordinario de cada mina, en la misma forma en los años anteriores. (Subraya la Fiscalía).

"Si a tan expresas disposiciones que fijan la forma como debe atenderse a la comprobación de los trabajos, se agrega la no presentación oportuna de los certificados, necesariamente deberán desecharse aquellos documentos obtenidos a última hora y sin el lleno de los requisitos exigidos en el Decreto 223 de 1932 y los reglamentos de la Gobernación, con los cuales se pretende acreditar trabajos de explotación ocurridos hace más de diez años, lo que es ilegal por extemporáneo y falta de seriedad".

'Así, pues, con fundamento en las anteriores consideraciones, conceptúo se CONFIRME la sentencia apelada".

La Sala como antes lo dijo, se ha propuesto con las extensas transcripciones que se han hecho, poner de presente de modo completo la totalidad del problema para su íntegro y cabal conocimiento.

Sucedido ello bien podría ya dar por definido el asunto, prohijando en plenitud, como lo hace, las tesis centrales de la demanda presentada por el señor doctor Isaza Gaviria y de la alegación expuesta por el se-

ñor doctor Aramburo, para fallar de conformidad con ellas, contrariando por tanto las de la sentencia apelada y las del concepto del señor Agente del Ministerio Público, y por ende, ordenando la revisión de las operaciones administrativas demandadas y la devolución de las cantidades pagadas como impuestos y por intereses de estos, pero sin embargo, para dejar más nítidamente establecida su posición frente a este caso, como a similares del futuro a título de jurisprudencia, se permite las siguientes consideraciones:

El acto administrativo producido por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia es incompleto y por lo mismo imperfecto, circunstancias estas que podrían conducir a su intrínseca invalidez legal.

Basta leerlo simplemente, para comprender por la forma de su redacción, que el señor Administrador de Hacienda parece que liquidara y cobrara por él un impuesto puro y simple como el fijado para las minas no redimidas. Y ya se ha visto que el llamado: "impuesto predial nacional" sobre las minas redimidas a perpetuidad por el artículo 7º del Decreto-Ley 223 de 1932, más que impuesto, atendidas las modalidades esenciales de este vocablo dentro de la ciencia fiscal, es una especie de sanción por el no laboreo de las minas redimidas.

Por tanto, el Consejo de Estado considera que cuando una Administración de Hacienda Nacional tenga conocimiento de que minas redimidas a perpetuidad situadas dentro de su jurisdicción no están siendo explotadas conforme al artículo 10º del referido Decreto-Ley número 223 de 1932, le sea obligante para expedir el correspondiente actos administrativo de liquidación y fijación del "impuesto predial nacional", si no dar la comprobación del no laboreo, por lo menos expresamente hacer la imputación del caso para por consecuencia de ella, efectuar la pertinente liquidación del impuesto. Y nada de lo anterior consta en el acto de la operación administrativa realizada por la Administración de Hacienda de Antioquia que en parte anterior se transcribió.

La Sala al revocar, como lo hará, la sentencia del a-quo, no puede menos de dejar consignada su impresión de que dicha pieza jurisdiccional si bien no acertada en la interpretación jurídica del Decreto-Ley 223 de 1932 —hecha la compaginación ya tratada entre las tesis de la parte actora y las del proveído apelado— sí está inspirada en propósitos encomiables desde el punto de vista del incremento de la producción minera, de modo de evitar su paralización por un mal entendido "derecho de no hacer" de los propietarios de minas redimidas a perpetuidad.

El Consejo de Estado considera que el artículo 13 del Decreto-Ley 223 de 1932 no hace referencia en cuanto a fijación de impuestos sino exclusivamente a los artículos 2º, 3º y 4º de él, y de ninguna manera al artículo 7º que fue el que estableció el "impuesto predial nacional" sobre las minas redimidas a perpetuidad, como puede comprenderse por su literal redacción y de un examen interpretativo de él en referencia a las demás disposiciones del citado Decreto-Ley. Y con mayor razón se puede afirmar lo mismo respecto del artículo 14 que no está enlazado en verdad sino con el 13 que lo antecede.

Por tanto, la Sala puede conceptuar, aceptando la tesis al respecto de

la parte actora, que en el Decreto-Ley 223 de 1932 no se contiene precepto alguno que obligue al propietario de una mina redimida a presentar año por año el certificado sobre su explotación como sí lo consideran la Jefatura de Rentas Nacionales, el Tribunal a-quo y el señor Fiscal Segundo del Consejo, pues tal obligación solo está consignada para los adjudicatarios de minas no redimidas.

Consecuentemente, cuando una Administración Nacional de Hacienda produce un acto de liquidación como el primeramente demandado en este juicio, el propietario de la mina redimida a perpetuidad que sí ha laborado su mina, en legítimo derecho de defensa bien puede ocurrir ante el pertinente Gobernador, presentar la prueba de explotación de que trata el artículo 10 del Decreto Ley, obtener la certificación que él puede y debe otorgar —a que sí para este evento se refiere el artículo 13 ya citado—, y a su vez presentarla ante la vía gubernativa para que se le releve del pago del impuesto que se le pretende cobrar, o notificado el mandamiento de pago en ejercicio de la jurisdicción coactiva consagrada por el parágrafo 1º del artículo 7º del Decreto Ley, excepcionar dentro del término expresamente señalado por la Ley Procesal con base en la patente de laboreo formal que expida la Gobernación, Intendencia o Comisaría para demostrar la inexistencia de la obligación sin subordinación al término señalado en el artículo 14 ibidem.

La Sala sí considera que sería conveniente para la prosperidad de la industria minera, la expedición de una norma positiva, bien de origen legal, ora de orden reglamentario, que viniera a suplir el vacío encontrado, no obstante que se da perfecta cuenta de la diferencia fundamental que existe tanto en derecho como en legislación, entre las minas no redimidas y las redimidas a perpetuidad, ya que respecto de las primeras no se tiene sino un derecho de propiedad en extremo precario, sometido al acaecimiento de una condición resolutoria que puede llegar hasta la extinción de la adjudicación de la mina, quedando libre para ser de nuevo adjudicada, y en cambio, sobre las segundas sí se disfruta de un derecho de propiedad pleno, que, es claro, en orden a la función social que debe desarrollar, puede ser intervenido por el Estado para mejor beneficio de los fines que debe cumplir. Pero no existiendo, como no la hay hasta el presente tal ordenación positiva, mal pueden aplicarse analógica y extensivamente para quienes están incluídos dentro del artículo 7º del Decreto-Ley 223 de 1932 únicamente, las disposiciones coercitivas y limitativas de los artículos 13 y 14 del mismo.

El señor doctor Domínguez, Fiscal Segundo del Consejo, además de no aceptar —por extemporánea— la prueba de explotación de las minas que tanto en el proceso gubernativo como en el contencioso administrativo presentó la firma "Cultivos, Limitada", la estima también ineficaz por no reunir ciertos requisitos que dice —no están legalmente probados en el expediente— emanan de una reglamentación expedida por el Jefe de Minas de Antioquia —aprobada por el Gobernador— agrega, pero el Consejo de Estado nada tiene que ver con ello, con mayor razón cuando el Gobernador de Antioquia al presentársele las pruebas de explotación de las minas que ante él se allegaron, no las encontró deficientes

frente a la mencionada y reproducida "reglamentación", puesto que expidió la *certificación* por la cual la Sala acepta que las minas de aluvión de que es propietaria "Cultivos, Limitada", sí fueron explotadas durante los años a que se contrae la liquidación practicada por la Administración Nacional de Antioquia, base de este juicio.

Como las peticiones principales de la parte actora van a ser resueltas favorablemente por la Sala, no hay necesidad de entrar a estudiar en lo más mínimo las que conforman las de carácter subsidiario que fueron reproducidas también al hacer las transcripciones iniciales de esta sentencia.

La petición cuarta respecto a que se ordene contra el fisco nacional y a favor de "Cultivos, Limitada", el pago de intereses del tipo legal sobre las sumas que se ordene devolver, no prosperará.

El Consejo en numerosos fallos ha negado esta clase de solicitudes puesto que no hay precepto legal alguno que las respalde, no encontrándose sino el contenido en el artículo 8º de la Ley 81 de 1931 referente a intereses moratorios y eso cuando por parte de la Administración Pública se ha producido la *mora* que allí se contempla.

No se le da término a esta sentencia sin que el Consejo de Estado de nuevo, puesto que lo es repetido, manifieste su inconformidad con la acactuación del señor doctor Luis Sierra H., Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Medellín, quien, como puede verse al folio 120, incumpliendo elementales deberes que le corresponden, no estudia los negocios que para concepto de fondo se le pasan por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y se limita a devolverlos en la forma siguiente:

"Señores Magistrados: Atentamente os manifiesto que devuelvo el traslado", lo que es a todas luces inaceptable.

Por todo lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, en desacuerdo con su colaborador fiscal,

FALLA:

1º—REVOCASE la sentencia de fecha 2 de febrero de 1959 proferida en este asunto por el Tribunal Administrativo de Antioquia;

2º—REVISASE la operación administrativa de liquidación del impuesto predial nacional por las minas que componen el grupo de Cruces, redimidas a perpetuidad, practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia el 8 de junio de 1954, confirmada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales mediante Resolución número 163, de 19 de agosto del mismo año;

3º—DECLARASE que la sociedad "Cultivos, Limitada" no está obligada a pagar el "impuesto predial nacional" que por los años de 1940 a 1949, se le exigió sobre las minas de su propiedad, denominadas "Cruces Primera", "Cruces Segunda", "Cruces Tercera", "Cruces Cuarta", "Cruces Quinta", "Cruces Sexta", "Cruces Séptima" y "Cruces Octava",

situadas en el Municipio de Cáceres del Departamento de Antioquia, por haber estado en explotación durante el antes mencionado lapso:

4º—Por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia y dentro del término a que se refiere el artículo 121 del C. C. A., se le DEVOLVERAN a "Cultivos, Limitada", las sumas de $ 3.400.00 que pagó por concepto del referido "impuesto predial nacional", y la cantidad de $ 2.940.00 que pagó como intereses, según consta del recibo Nº 27287 de fecha 30 de septiembre de 1954 expedido por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, folio 13 del cuaderno principal; y

5º—NIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

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

Alejandro Domínguez M. — Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

IMPUESTOS

La renta de trabajo radica en el esfuerzo, la actividad y la capacidad técnica.— La regla general para determinar en un caso concreto si existe renta de trabajo, renta de capital o renta mixta, es en realidad la operación económica que produce el rendimiento.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ M.)

REF.: Expediente Nº 390. — Impuestos.—Demandante: Norman Moffat Ireland. — Revisión de la liquidación practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca por el año de 1951, confirmada en las Resoluciones números R-1586-H y R-3528-H de abril y julio 13/56 de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

Conoce la Sala de este negocio por consulta, y por apelación concedida al apoderado del demandante contra la sentencia de 11 de julio de 1958, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que en su parte resolutiva es del tenor siguiente:

"1º—REVISASE la liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales, practicada bajo el número 46.928 por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca a cargo del señor Norman Moffat Ireland, por el año gravable de 1951, liquidación confirmada por las Resoluciones números R-1586-H de 13 de abril de 1956, y R-3528-H del 13 de julio del mismo año, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, para considerar, como en efecto, así se dispone, las participaciones obtenidas por el contribuyente como socio de la firma "Price, Waterhouse & Co.", en el año de 1951, como honorarios profesionales o simple renta de trabajo.

"2º—FIJASE EN NUEVE MIL OCHOCIENTOS DOS PESOS CON DIEZ Y NUEVE CENTAVOS ($ 9.802.19) m. c., la cantidad que el contribuyente Norman Moffat Ireland debe pagar por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1951; y en MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 1.360.79) m. c., la que debe invertir tanto en acciones de ACERIAS PAZ DEL RIO, S. A., como en Bonos del Instituto de Crédito Territorial, o sea, un total por estos conceptos, de $ 2.721.58, según la liquidación que obra en la parte motiva de este fallo.

"3º—El contribuyente señor Norman Moffat Ireland debe invertir, o pagar como impuesto, tanto en acciones de Acerías Paz del Río, S. A. como en Bonos de Crédito Territorial, la cantidad de TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS ($ 333.93) m. c., para completar con las cantidades ya suscritas, los montos totales por esos conceptos, según la liquidación.

"4º—Por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, previo el procedimiento de rigor, y dentro del término que señala el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, debe devolverse al contribuyente demandante señor NORMAN MOFFAT IRELAND o a quien sea su representante, la cantidad de ONCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS CON DIEZ Y SIETE CENTAVOS ($ 11.680.17) m. c., que le fue cobrada de más, junto con los intereses que se hayan causado, conforme al artículo 14 de la Ley 81 de 1931.

"5º—Las devoluciones ordenadas efectan las diferentes subcuentas, como se expresa en la parte motiva.

"6º—Queda así reformada la liquidación contenida en los actos acusados".

Esa decisión recayó a las súplicas de la demanda que oportunamente presentó al Tribunal el señor doctor Antonio Gutiérrez J. como apoderado del señor Norman Moffat Ireland, para que mediante los trámites legales le fuera revisada la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios, adicionales e inversión por el año de 1951, practicada a cargo de este último y confirmada por la Jefatura de Rentas en resoluciones que más luego se transcribirán.

Las peticiones del libelo rezan:

"a) Que son nulas, por violación directa de la ley y de sus reglamentos, las Resoluciones números *R*-1586-*H* de 1956 (abril 13) y *R*-3528-*H* de 1956 (julio 13), originarias de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de las cuales esta entidad confirmó la liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios, adicionales e inversión en acciones de Acerías Paz del Río, correspondientes al año gravable de mil novecientos cincuenta y uno (1951) y practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca a cargo del señor NORMAN MOFFAT IRELAND, en cuanto que en la detreminación del sobre impuesto de exceso de utilidades, solamente se le asignó como renta de trabajo la cantidad de $ 15.000.00 de su participación social, a pesar de provenir la totalidad de esta del esfuerzo personal del contribuyente.

"b) Que, en consecuencia, debe revisarse la liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios, adicionales e inversión por el año de 1951, practicada a cargo del señor NORMAN MOFFAT IRELAND y confirmada por la Jefatura de Rentas, considerando, para la determinación del exceso de utilidades, como renta exclusiva de trabajo la totalidad de la participación social obtenida, revisión esta que ese H. Tribunal se servirá practicar para el efecto indicado.

"c) Subsidiariamente, y previa declaración de nulidad de las referidas providencias, por violación directa de la ley y de sus reglamentos, debe revisarse la mencionada liquidación confirmada por las Resoluciones R-1586-H de 1956 y R-3528-H de 1956, en el sentido de que se asigne como renta de trabajo a mi poderdante en la determinación de exceso de utilidades el 50% de su participación social, revisión que, en forma subsidiaria, el H. Tribunal hará para el efecto indicado.

"d) Que, por consiguiente, el Tesoro Nacional debe reintegrar, dentro del plazo que ese H. Tribunal habrá de señalar —y con los intereses del 8% anual a partir de las respectivas fechas de pago hasta cuando se verifique la devolución correspondiente—, la diferencia entre el impuesto total pagado por mi poderdante de acuerdo con la liquidación revisada, y lo que debe pagar conforme a la liquidación que ese H. Tribunal practicará según las peticiones que anteceden".

De la relación de "HECHOS" fundamento de la acción, se transcriben los directamente relacionados con los puntos controvertidos en el juicio. Estos son:

"3) En la declaración, el señor Ireland declaró como renta su participación de utilidades de la firma Price Waterhouse & Co., de la que es socio, y al respecto hizo constar lo siguiente:

'La firma Price Waterhouse & Co. se dedica a trabajos de auditoría y contabilidad y sus ingresos representan honorarios profesionales por trabajos personales de los socios y sus empleados. La participación de utilidades que arriba se declara constituye, por consiguiente, renta de trabajo y no renta de capital".

"4) La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca prac-

ticó la respectiva liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios por 1951 en la forma como sigue:

	BASES..		IMPUESTOS
"PATRIMONIO — Gravable		$ 97.396.43	$ 163.49
"RENTA — Gravable		72.283.76	5.678.71
"EXCESO DE UTILIDADES:			
"Renta base...		$ 72.283.76	
"12% s|. $ 95.681.44	$ 11.481.77		
"Impuestos.	5.842.20		
"35% s|. impuestos.	2.044.77		
"Renta de trabajo	15.000.02	34.368.74	
"Exceso gravable.		37.915.02	8.617.72
"Suma..			14.459.92
"35% s|. $ 14.359.92			5.025.97
"20% s|. $ 8.617.72			1.723.54
"Suma			21.209.43
"GRANDES RENTAS...		$ 39.082.73	940.79
"2½% s|. $ 41.074.33—Para Inscredial.			1.026.86
"2½% s|. $ 41.074.33—Para Paz del Río			1.026.86
"Total a cargo del señor Ireland por 1951... ...			$ 24.203.94

"5) Como se ve, en la liquidación así practicada, para efectos del exceso de utilidades, únicamente se asignó como renta de trabajo al señor Ireland la cantidad de $ 15.000.00 de la participación proveniente de Price Waterhouse & Co.

"..... ...."

"7) Dentro de la oportunidad legal y en mi carácter de apoderado del señor Ireland, interpuse el recurso de reclamación contra la liquidación. ...En tal recurso se sostuvo y solicitó: En cuanto a la renta de trabajo, se llamó la atención con sobra de razones, sobre la naturaleza y las características de la participación social de Price Waterhouse & Co. obtenida por el señor Ireland, y constitutiva prácticamente de la totalidad de su renta. Esto es, que por razón del objeto social de la sociedad Price Waterhouse & Co., consistente exclusivamente en la prestación de servicios profesionales de contabilidad pública, auditoría y revisoría, y la na-

turaleza de las actividades a que efectivamente se dedica; la calidad de sus socios, todos profesionales en el ramo y la nula intervención de su capital en la producción de sus utilidades, la totalidad de estas constituyen honorarios profesionales por servicios prestados por los socios. En consecuencia, desde el punto de vista tributario, las participaciones provenientes de la sociedad representan para los socios renta de trabajo, exenta, por tanto, del sobre impuesto del exceso de utilidades, conforme al ordinal b) del artículo 14 de la Ley 78 de 1935.

"Con el fin de demostar que el Sr. Ireland personalmente se ocupa de los trabajos referidos, se acompañaron las certificaciones de algunas entidades de las cuales mi poderdante, en ejercicio de su profesión, es revisor fiscal por lo que devenga honorarios, que recibe a través de Price Waterhouse & Co. por razón de la asociación.

"Subsidiariamente se solicitó que, de acuerdo con una muy reiterada doctrina de la propia Jefatura de Rentas, se asignara como renta de trabajo el 50% de la participación".

"..... ...."

"8) Esta reclamación fue fallada por la Jefatura de Rentas en forma adversa a las prtensiones de mi mandante, confirmando la liquidación impugnada por medio de la Resolución R-1586-H de 1956, en la cual se adujeron las siguientes razones:

'Es cierto que de conformidad con la circular número R-1-A de 1949, aparte número 61, la Jefatura amplió su criterio en cuanto a las rentas de trabajo en las llamadas *Sociedades de Profesionales* en consideración a que en tales compañías es más importante que el capital, el aporte de una especialización, inteligencia o dinamismo para el trabajo que cada uno de los socios realiza. Y lo estimó así este Despacho en atención a dos cosas: a) Que la mayor parte de estas sociedades son realmente de capital reducido, y b) que la sociedad marcha en virtud de la actividad personal de sus socios, siendo de suponer que ellos pueden tener algunas personas auxiliares al desarrollo de sus funciones, pero en manera alguna un tren de empleados que desplace totalmente su actividad personal'.

"..... ...."

"9) Oportunamente, en escrito presentado en mayo 22 de 1956, interpuse el recurso de reposición contra la Resolución R-1586-H de 1956. Redargüí entonces los razonamientos de la Jefatura de Rentas, en síntesis así:

'Aparte de la improcedencia de hacer derivar la producción de la renta del capital tangible cuando aquella proviene de labores exculsivamente intelectuales, es todavía más desacertado estimar la influencia del capital a base del valor del activo bruto, ya que este por sí solo, sin tener en cuenta el pasivo, no representa la situación financiera ni guarda relación alguna con las actividades de la empresa. Mucho menos puede existir tal influencia en el presente caso, cuando el activo bruto se compone tan solo de los muebles y útiles de escritorio, el saldo bancario (proveniente de los honorarios recibidos) y los créditos por concepto de honorarios devengados y por recibir (de los "clientes", como muy claramente se dice en la declaración) y adelantos o préstamos a los socios y em-

pleados. Fuera de los muebles y útiles de escritorio, cuya significación no pasa de consistir en simples instrumentos de trabajo, no se ve cómo los otros valores pudieron influír en la producción de la renta; desde luego los préstamos a los socios o los honorarios por recibir no fueron los factores determinantes de los estudios y trabajos contables por los cuales se devengaron los honorarios. Ni es cierto que estos honorarios provengan de "créditos que la casa matriz hace a la filial", por la razón potísima de que un crédito no puede producir honorarios, ni existen en este caso tales créditos, como lo demuestra la misma declaración.

'Respecto de la influencia del trabajo de los empleados, la Jefatura se limita a considerar la cuantía global de la nómina, pero pasa por alto circunstancias tan importantes como la del carácter de simples subalternos de tales empleados, y que, por razón de la cuantía de los sueldos, la mayor parte de la renta del señor Ireland consiste en el valor rechazado como deducción a la sociedad. Además, si bien suele ser necesaria la colaboración subalterna, no por ello el trabajo pierde su carácter de tal o desaparece el esfuerzo personal, principal y responsable del autor. En el caso del revisor fiscal, como lo es el señor Ireland, lo que vale y por lo que realmente se devengan los honorarios, es por el estudio de las cuentas, la vigilancia de la empresa, su concepto y su responsabilidad al autorizar un balance o rendir un informe, etc., y no simplemente la labor secundaria de selección de comprobantes, transcripción de asientos o copias de informe'.

"10) La Jefatura de Rentas, por medio de la Resolución R-3528-H de 1956 no accedió a reponer la R-1586-H del mismo año. En tal oportunidad, y sin mayores argumentaciones, insistió en la influencia del capital, y agrega:

'El memorialista manifiesta que para obtener la renta declarada por la sociedad, se hizo indispensable la colaboración personal de los socios, es decir su trabajo y conocimientos personales, especialmente la de su poderdante. Este despacho no niega este hecho y por tal motivo, las participaciones obtenidas por cada uno de los socios, caben dentro de las rentas que las leyes tributarias califican como rentas mixtas, para determinar el impuesto complementario del exceso de utilidades...'.

Como disposiciones violadas con las Resoluciones acusadas, se citan las de los ordinales a) y b) del artículo 14 de la Ley 78 de 1935. Y en síntesis se enuncia así el concepto de la violación:

"...Tal participación (se refiere el actor a su renta de trabajo derivada de la de la sociedad 'Price Waterhouse & Co.' de que es socio), como renta de trabajo que representa, está colocada dentro de lo previsto por el ordinal b) del artículo 14 de la Ley 78 de 1935, o sea que proviniendo la renta o participación de 'emolumentos y honorarios profesionales', está exenta del impuesto adicional del exceso de utilidades. Por tanto, resulta ostensible la violación de que fue objeto esta norma por parte de la Jefatura de Rentas en las providencias cuya nulidad estoy demandando".

Y en cuanto al ordinal a), expresa:

"...En el presente caso, aún asumiendo que la participación social no significara solamente honorarios profesionales, sino que proviniera del capital, es lo cierto que el productor de las utilidades sería de $ 10.000.00, o sea el valor del aporte de mi poderdante, por modo que tal participación estaría amparada por la exención, con lo que bajo este aspecto resultaría asimismo violada la norma del artículo 14".

El apoderado del demandante interpuso apelación contra la sentencia del Tribunal, para que se corrijan los errores numéricos en que —dice— incurrió al practicar la liquidación, comoquiera que está en un todo de acuerdo con la cuestión de fondo decidida en esa providencia, por lo cual pide la Consejo de Estado que la confirme una vez hecha la corrección.

En el escrito por medio del cual sustenta el recurso de alzada ante la Sala, puntualiza esos errores así:

"a) En el ordinal 2º de la parte resolutiva de la sentencia, el H. Tribunal fija y ordena 'invertir' en 'Bonos del Instituo de Crédito Territorial' la cantidad de $ 1.360.79. Sin embargo, ello no es procedente, porque a partir del Decreto 4051 de 1949 quedó sustituída la antigua inversión forzosa en bonos del Instituto de Crédito Territorial por el *impuesto* del 2½%, que, si bien tenía por destinación el mismo Instituto, desde entonces constituyó un verdadero impuesto. Rigurosamente hablando, pues, el referido valor de $ 1.360.79 no significa una 'inversión en bonos', sino el 'impuesto' que corresponde a mi poderdante por tal concepto, y así debe fijarse.

"b) En el ordinal 3º de la parte resolutiva de la sentencia, el H. Tribunal ordena hacer una mayor 'inversión' en Bonos del Instituto de Crédito Territorial, por valor de $ 333.93. De conformidad con lo anotado en el punto anterior, aquí también es improcedente hablar de una mayor 'inversión', comoquiera que a raíz del Decreto 4051 de 1949, y, por tanto, respecto del año gravable de 1951 al que se contrae el debate, el mayor valor de tal impuesto afecta la devolución de los impuestos en conjunto, pero no implica una mayor inversión en bonos Inscredial, como sí ocurre en relación con el mayor impuseto o eventual inversión de Paz del Río. Así, por ejemplo, si al revisar una liquidación resulta un menor impuesto de renta de $ 1.000.00, y un mayor impuesto del 2½% para Inscredial de $ 100.00 y una mayor inversión de Paz del Río de $ 100.00, la devolución en efectivo sería de $ 900.00, previa una mayor inversión en acciones de Paz del Río de $ 100.00.

"c) Debido a los errores anotados, en el ordinal 4º de la parte resolutiva de la sentencia el H. Tribunal ordena devolver en efectivo la cantidad de $ 11.680..17, no obstante que el valor correcto de la devolución que debe ordenarse es de $ 12.014.10, previa, naturalmente, la mayor inversión en acciones de Paz del Río por $ 333.93".

Tramitado el recurso sin que se observe causal alguna de nulidad, corresponde decidir el negocio en definitiva, a lo cual se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el orden natural de los grados de jurisdicción enunciados al comienzo de esta providencia, la Sala estudiará en primer lugar la consul-

ta, por su finalidad, de radio más amplio en este caso particular, que el recurso de apelación, porque a virtud de aquella se revisará toda la sentencia del Tribunal para establecer si fue o no correctamente deducida a cargo de la Nación lo ordenado en ella devolver. De tal modo que si llegare a infirmarse por la consulta, no habría lugar a considerar la alzada que para su viabilidad y éxito requiere el mantenimiento del fallo, ya que el motivo del recurso del apoderado del demandante no es el fondo de la decisión en el cual está de acuerdo con el Tribunal sino una simple reforma accesoria.

El Fiscal 2º del Consejo, señor doctor Uladislao Domínguez, refiriéndose a la consulta, pide la confirmación del fallo de primera instancia con fundamento en las razones que a continuación se transcriben, pero olvidó conceptuar sobre la modificación que con base en los hechos que motivaron la apelación, solicitó el nombrado apoderado.

Dice así la vista del señor Agente del Ministerio Público:

"Según los términos de la demanda, el problema debatido en este juicio se reduce a establecer si la renta obtenida por una sociedad de personas compuesta exclusivamente por profesionales, debe considerarse simplemente renta de trabajo, a pesar de haber tenido vinculado a sus actividades un capital representado en los muebles de la oficina y útiles de escritorio y de haber conseguido las utilidades con la colaboración de empleados subalternos, o si debe considerarse tales utilidades como renta mixta generada por el capital y el trabajo, y si las participaciones que reciben los socios deben calificarse como rentas de trabajo, o como rentas mixtas.

"La sociedad de profesionales denominada 'Price Waterhouse & Co.' está compuesta por cuatro socios, entre ellos el señor Norman Moffat Ireland. De conformidad con lo estipulado en la cláusula segunda de la escritura de constitución número 4102 de septiembre 10 de 1947 de la Notaría Cuarta de Bogotá, 'el objeto de la sociedad es el de prestar servicios profesionales de contabilidad pública, Auditoría y Revisoría'.

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134 del Código de Comercio y en las normas vigentes sobre Auditores Fiscales, las funciones de auditoría fiscal y revisoría de cuentas de las Compañías solo pueden ser ejercidas por personas naturales.

"Está demostrado en los autos que los trabajos de auditoría y revisoría de cuentas encomendadas a la sociedad 'Price Waterhouse & Co.' fueron ejecutados durante el año de 1951 por los cuatro profesionales asociados. De consiguiente, la participación que les correspondió a los socios en los honorarios que le fueron pagados a la compañía por los trabajos ejecutados solo tuvo por objeto remunerarles los servicios personales efectivamente prestados.

"En el expediente se halla comprobado con los certificados expedidos por las Cámaras de Comercio de Bogotá y Medellín que el señor Norman Moffat Ireland fue designado revisor fiscal para actuar durante el año de 1951 en las compañías 'Tracey & Compañía S. A.', 'Máquinas Industriales S. A., 'Concesionaria de Petróleos Shell Cóndor', 'Compañía de Petróleos Shell de Colombia' y 'Pato Consolidated Dredging Limited'.

"Durante la instancia ante el Tribunal se recibieron las declaraciones de los señores Arthur Bett Jr., James Francis Bell y Charles Lee Nichols, en su calidad de altos funcionarios de las firmas sociales antes citadas, según las cuales el señor Norman Moffat Ireland, ejerció personalmente las funciones de revisor fiscal de dichas compañías durante el año de 1951, revisando las cuentas y autorizando los balances bajo su responsabilidad.

"En esta forma queda demostrado que la renta de la sociedad, que es la misma de los cuatro socios, fue producida durante el año de 1951 única y exclusivamente por el trabajo y esfuerzo personal de cada uno de ellos.

"Según la escritura de constitución de la sociedad el capital aportado inicialmente por cada uno de los socios fue de $ 10.000.00. Esta inversión de los socios no ha jugado ningún papel en la producción de la renta, pues el capital suscrito y pagado está representado en los muebles de la oficina, útiles de escritorio, enseres y libros como puede observarse en la declaración de la sociedad que obra en el expediente administrativo.

"Sobre el punto materia de esta controversia ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Negocios Generales del H. Consejo de Estado, según se deduce del fallo de 11 de diciembre de 1957, dictado en el juicio seguido por John S. C. Goold, socio de la misma compañía 'Price Waterhouse & Co.' en el cual expresa los siguientes conceptos:

'Estos hechos indican que es el esfuerzo personal de trabajo el productor de la renta obtenida en la sociedad de profesionales a que pertenece el demandante señor Goold. Que el capital social, aunque superior a $ 25.000.00 no puede considerarse como productor directo de la renta objeto de la participación, ya que está representado en los enseres y muebles necesarios para el trabajo de los socios. Que la sociedad tiene como único objeto social la prestación de servicios de carácter profesional, y, que el socio contribuyente John S. C. Goold prestó servicios personales, de acuerdo con el objeto social, en el año gravable de 1951, por lo cual recibió una participación que tiene porcentaje fijo, de conformidad con la escritura social'. (Copiado en el tomo 39, folio 379 —Sala de Negocios Generales)—.

"Así, pues, con fundamento en las razones que se dejan expuestas conceptúo se CONFIRME la providencia recurrida".

El impuesto de exceso de utilidades liquidado al demandante por la Administración de Hacienda, confirmado por las Resoluciones de la Jefatura, objeto de la revisión, fue la suma de $ 8.617.72 sobre un exceso gravable de $ 37.915.02, luego de haberse determinado entre las partidas que es de rigor descontar para buscar el importe de este gravamen, la cantidad de $ 15.000.00 como renta de trabajo, únicamente; debiendo haberse descontado también —según el actor—, el monto completo de las participaciones que recibió de la sociedad 'Price Waterhouse & Co.' en el año de 1951, que constituyen el verdadero valor de sus rentas de trabajo, con lo cual no hubiera habido lugar a imponérsele esa carga adicional.

Para demostrar el origen de tales participaciones, es decir, que provinieron de los beneficios obtenidos por "Price Waterhouse y Co." durante ese año, el actor desde un principio invocó y pidió que se tuviera **la respectiva declaración de renta de la compañía, los antecedentes y** liquidación que le fue practicada, no solo como actuación administrativa previa, sino además como prueba, habiendo reafirmado varias veces esa solicitud en el curso del juicio.

Lo propio hizo el señor Fiscal del Tribunal antes de conceptuar de fondo, pero la Corporación de primera instancia la negó argumentando que tal documento lo mismo que la actuación seguida ante la Administración y la Jefatura, no era el "expediente administrativo que se formó con motivo de la liquidación de la renta del contribuyente demandante y sus reclamos ante la vía gubernativa, sino del expediente correspondiente a otro contribuyente".

El Consejo sentenciador a petición del señor apoderado del actor, en dos oportunidades dentro del trámite de esta segunda instancia, ordenó que se allegaran la declaración, liquidación y antecedentes de la Compañía, o que por la Administración de Hacienda se certificara que buscados no se encontraron en esa oficina, porque estimó que siendo la materia del juicio la calificación como renta de trabajo que se da en la demanda a la totalidad de los honorarios que recibió el actor durante el año gravable de 1951 de la Compañía "Price Waterhouse & Co." como socio de ella, debía confrontarse ese hecho con lo que apareciera al respecto en la declaración, antecedentes y liquidación que debió practicarse a la nombrada sociedad por el mismo año.

Auncuando es bien sabido, no sobra recordar que el objeto principal de las liquidaciones que se practican a las sociedades de personas —colectivas, en comandita simple, limitadas, etc.—, es el de distribuír la renta obtenida por ellas entre los socios que las forman, en proporción a sus aportes o en la forma pactada en la escritura de constitución, a fin de que estos paguen el respectivo impuesto sobre sus participaciones. En 1951 tales sociedades no eran sujetos de gravamen distinto al del 1% del Decreto 4071 de 1942.

De suerte que siendo la liquidación de renta y complementarios de la sociedad "Price Waterhouse & Co." correspondiente a 1951, la base misma o fuente de las posteriores liquidaciones a los socios entre los cuales se contaba el demandante Norman Moffat Ireland, es apenas de elemental lógica deducir la conducencia de la petición de este y del señor Fiscal del Tribunal para que fuera allegada esa pieza y sus pertinentes antecedentes a este juicio, a fin de que pudieran ser estimados en la sentencia, por lo cual no fue acertada la decisión del a-quo que la denegó, no obstante que a la liquidación y antecedentes de la compañía se atuvo por las referencias que aparecen en varias piezas del expediente; y falló de acuerdo con lo que de ellas resultó, en todo caso en sentido contradictorio con su primitivo criterio de no apreciación de tales elementos.

Ahora bien, la intervención de la Sala en esta segunda instancia para conseguir los nombrados antecedentes de la sociedad, como se dijo antes, no tuvo éxito, porque después de haber obrado en juicio de otro de

los socios, el señor John S. C. Goold, se extraviaron de los archivos de la Administración, como aparece de la respectiva constancia de esa oficina allegada a los autos.

Conocidos principios de derecho probatorio autorizan en casos similares al presente, la estimación de la prueba supletoria o indirecta cuando el interesado sin culpa suya no puede hacer uso de la principal, por destrucción o desaparición en la oficina pública en donde debía reposar, en consideración a que no es justo ni equitativo que aquel sufra las consecuencias del descuido de la Administración.

De ahí que en ausencia de la declaración original de Renta y Complementarios de la Compañía "Price Waterhouse & Co.", y en defecto de la liquidación que sin duda le fue practicada por el año de 1951, deban apreciarse los datos de que dan cuenta las demás piezas del expediente cuyo contenido incida directamente en la declaración y liquidación del actor como socio de la sociedad, en lo relativo a participaciones que recibió por el nombrado año.

La constitución de la sociedad colombiana y los socios que a tiempo del reclamo la componían se comprueba con las copias de las escrituras números 4102 de 10 de septiembre de 1947 y 3290 de 1º de julio de 1949, ambas de la Notaría 4ª de Bogotá que debidamente registradas se acompañaron a la demanda.

Con la primera de ellas se demuestra que se constituyó una sociedad colectiva con capital de $ 40.000.00 que aportaron los cuatro socios por partes iguales, es decir, $ 10.000.00 cada uno; y que el objeto de la asociación fue el de "prestar servicios profesionales de contabilidad pública, Auditoría y Revisión".

El socio Norman Moffat Ireland en su declaración de Renta y Complementarios por 1951 denunció los $ 59.308.08 que le fueron asignados en la declaración de la sociedad como utilidad o participaciones; y en la liquidación que le practicó la Administración se la computó como renta dentro de la partida total por ese concepto fijada, de $ 80.688.07. Y entre las deducciones aceptadas le incluyó el valor de "sueld. rechazados" por $ 15.000.00.

En el cómputo del impuesto de exceso de utilidades de la misma liquidación aparece que la Administración le dedujo entre otras partidas, únicamente la de $ 15.000.00 por concepto de "Rentas de trabajo".

En las Reslouciones demandadas, toda la argumentación esgrimida por la Jefatura para considerar como renta común gravable con el impuesto de renta y el de exceso de utilidades, las sumas denunciadas por el demandante como honorarios profesionales, parte de la base de que tales honorarios lo mismo que los de los demás socios, fueron obtenidos por la sociedad Price Waterhouse & Co. durante el ejercicio fiscal de 1951. No se objeta su cuantía ni la condición de asociación de profesionales de la nombrada compañía. Hay estrecha relación en esa argumentación entre la sociedad y las personas de sus socios en cuanto a los estatutos especiales que los rigen.

De consiguiente, a falta de la prueba principal de la liquidación de la sociedad, deben aceptarse todos los factores relacionados con ella ad-

mitidos por la Jefatura en las Resoluciones demandadas, y la cuantía de las participaciones en las utilidades sociales denunciadas por el actor.

Con esta necesaria explicación de los motivos por los cuales en las circunstancias especiales de este juicio, se deberán apreciar los hechos enunciados antes relativos a la sociedad, la Sala entra en el estudio de aquello en que consiste el punto de discrepancia entre la Jefatura y el demandante, a saber, si los honorarios denunciados por este como provenientes de la distribución practicada en la liquidación de "Price Waterhouse & Co." por el citado año de 1951, constituyen o no renta de trabajo exenta del impuesto adicional de exceso de utilidades.

Para la Sala no hay duda de que la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca y la Jefatura de Rentas, al fijar en $ 15.000.00 la renta de trabajo del señor Norman Moffat Ireland en la liquidación que le practicaron por el año de 1951, prescindieron de partidas que tienen ese carácter, tales como la participación de los honorarios profesionales en la sociedad "Price Waterhouse & Co." que denunció en su declaración por ese año, por la índole y naturaleza de la sociedad de que forma parte, ya que esta es una simple agrupación de profesionales en la técnica contable que se dedican en esa forma a prestar servicios de auditoría y revisoría de cuentas, para lo cual, fuera del equipo necesario de oficinas adecuadas, no necesitaron capital alguno, porque fue el esfuerzo personal estrictamente intelectual de los socios especializados en esa rama del saber, lo que produjo los rendimientos de la sociedad.

En la escritura de constitución se hizo figurar esa actividad como única finalidad de la asociación, y no se habló de ninguna otra que requiera inversión de capital o que permita pensar en un rendimiento mixto.

Con toda propiedad es aplicable a esta sociedad, lo que dijo la Jefatura en la primera de las resoluciones demandadas, acerca de las *Sociedades Colectivas de Profesionales* en las cuales "es más importante que el capital, el aporte de una especialización, inteligencia o dinamismo para el trabajo que cada uno de los socios realiza"; siéndole también de incumbencia las razones que la misma Jefatura dio como fundamento de su doctrina:

"a) Que la mayor parte de estas sociedades son realmente de capital reducido, y

"b) Que la sociedad marcha en virtud de la actividad personal de sus socios, siendo de suponer que ellos pueden tener algunas personas auxiliares al desarrollo de sus funciones...".

Contra este claro y justo criterio acerca de las rentas de trabajo en las nombradas sociedades, para tratar de hacerlo inaplicable en este caso particular, es a todas luces forzado e inaceptable el razonamiento expuesto por la Jefatura con base en la expresión cuantiativa de los empleados que prestaron durante 1951 sus servicios a la sociedad; y la afirmación no comprobada de que estos desplazaron totalmente la actividad de los socios.

Lo primero porque el mayor o menor número de empleados no es razón por sí sola suficiente, ya que es ilógico deducir que porque fueron

numerosos los empleados relacionados por la Compañía, estos no tuvieron el carácter de auxiliadores en el desarrollo de las funciones principales de los socios, como sí lo hubieran tenido, si hubieran sido pocos. Simplemente lo que está indicando ese hecho es que debido al crecido número de empresas a quienes se prestó servicios, lo mismo que por la magnitud e importancia de ellas, hubo de valerse de numerosos empleados. Para confirmarlo basta citar las empresas en donde el actor a nombre de la compañía desempeñó, entre otras labores, las correspondientes a la de revisor fiscal, examinó cuentas y autorizó balances. Tales fueron: Tracey & Compañía S. A.; Máquinas Industriales S. A.; Concesionaria de Petróleo Shell Cóndor y Compañía de Petróleo Shell de Colombia; Compañía Pato Consolidated Gold Dredging Ltda.; Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. y Compañía Minera de Nariño.

Además, por las citas que en este juicio se hacen de otro de igual naturaleza que adelantó el señor John S. C. Goold, socio también de "Price Waterhouse & Co.", para reclamar de la liquidación que le practicaron las mismas oficinas liquidadoras también por el año de 1951, la Sala confrontó que este señor ejerció en las mismas condiciones y a nombre de la sociedad, idénticas funciones que el señor Moffat Ireland, para las no menos importantes firmas: All American Cables and Radio, Inc.; Mc Cann-Erickson Corporation; Kodak Colombiana, Ltda. y The Sidney Ross Co. of Colombia. Todo esto sin contar la labor desarrollada en el mismo sentido por los otros dos socios.

Así se explica que la compañía hubiera tenido que valerse de los servicios de bastantes empleados subalternos que colaboraron con los socios, pero en su categoría de simples ayudantes, ejecutores de labores secundarias bajo la dirección de aquellos y sin responsabilidad alguna, ya que esta pesó únicamente sobre los socios contratantes con las empresas que les confiaron la dirección, fiscalización y revisión de la contabilidad de todas sus operaciones comerciales, con fundamento sin duda en el título de idoneidad que los acreditaba como expertos en esas disciplinas o especialidades, con facultad para firmar balances y todos los demás documentos pertinentes a demostrar la verdadera situación económica y financiera de tales empresas en un momento dado. De modo que mal puede afirmarse como lo expresó la Jefatura sin la menor demostración, que los empleados subalternos desplazaron totalmente la actividad personal de los socios. Ninguno de esos empleados figura autorizando balances, conceptos o estados de índole comercial de las nombradas firmas, de la naturaleza de los autorizados por el señor Norman Moffat Ireland para que resulte verdadera esa apreciación.

Con toda propiedad dijo el señor apoderado del demandante en su escrito de reclamo ante la Jefatura, respecto a la influencia del trabajo de los empleados, que la Jefatura consideró únicamente desde el punto de vista de la cuantía global de la nómina:

"...Si bien es cierto, la colaboración de los empleados existe, como suele ocurrir en los trabajos de profesionales, que generalmente requieren la colaboración subalterna para llevarlos a la práctica, no por ello el trabajo pierde su carácter de tal o desaparece el esfuerzo personal

de su autor. Es el caso del ingeniero que estudia y esboza un plano y luego utiliza a un dibujante, o el del jurista cuyo concepto lo transcribe una dactilógrafa; es obvio que en tales trabajos no cuenta la colaboración secundaria sino su contenido intelectual. Así como en el caso del revisor fiscal (como es el señor Ireland), lo que vale y por lo que en verdad devenga sus honorarios, es por el estudio de las cuentas, la vigilancia de la empresa, su concepto y responsabilidad al autorizar un balance o rendir un informe, y no simplemente la labor secundaria de selección de comprobantes, transcripción de asientos o copias de informes".

También considera la Sala punto importante de este fallo, dejar perfectamente establecido que auncuando aparentemente los socios en general, obraron por cuenta propia y bajo su personal responsabilidad en la gestión de los actos contables que se obligaron a realizar para las firmas arriba particularizadas —y no directamente la sociedad—, se debió, por una parte, a la especialización como expertos en ciencias contables respaldada en títulos académicos que personalmente ostentan; y de otra, a la necesidad de situarse dentro de las condiciones especiales exigidas por disposiciones legales vigentes, como la del artículo 134 del Decreto número 2521 de 1950 que requiere que el Revisor Fiscal de sociedades anónimas debe ser elegido por la Asamblea General de Accionistas para determinado período, y que tal nombramiento no puede recaer sino en una persona natural. Pero en realidad esa gestión se llevó a cabo a través de la sociedad y fue ella quien obtuvo los beneficios de esos trabajos y en su oportunidad los distribuyó entre los socios, como se convino en la escritura de constitución. El trabajo de los socios produjo la renta o fondo común, y ese trabajo no podía ser otro que el ejercicio de la especialidad que distingue a los asociados, por lo cual no fueron llamados a formar parte de la sociedad, personas que tuvieran profesión distinta. Esta fue la intención de los fundadores de la compañía consignada en las cláusulas de la citada escritura que no ha sufrido reforma alguna sobre el particular.

Ahora bien, si la renta provino directamente del trabajo personal de los socios, necesariamente ella constituyó renta de trabajo, porque lo que se remuneró con ella fue el esfuerzo, la actividad, y la capacidad técnica de estos, no inversión alguna de capital.

La regla general para determinar en un caso concreto si existe renta de trabajo, renta de capital o renta mixta, es la realidad de la operación económica que produce el rendimiento. Aquí, como ha quedado demostrado, esa realidad es clara, en cuanto a que el valor de las participaciones de honorarios que el demandante recibió por 1951 de Price Waterhouse & Co., constituyen exclusivamente renta de trabajo.

Corolario de lo anterior son las siguientes conclusiones que trae la demanda cuando expresa:

".....Si la índole de los trabajos no varía por la circunstancia de la asociación, no se ve cómo por esta misma circunstancia pueda modificarse la clase de remuneración que esos mismos trabajos generan. En consecuencia, tal participación, como renta de trabajo que representa,

está colocada dentro de lo previsto por el ordinal b) del artículo 14 de la Ley 78 de 1935, o sea que proviniendo la renta o participación de "emolumentos y honorarios profesionales", está exenta del impuesto adicional del exceso de utilidades. Por tanto, resulta ostensible la violación de que fue objeto esta norma por parte de la Jefatura de Rentas en las providencias cuya nulidad estoy demandando".

Tampoco es valedero el argumento de la Jefatura sobre la influencia en la producción de la Renta de algunos elementos del patrimonio de la sociedad, tales como: el saldo en Bancos en 31 de diciembre de 1951 de $ 38.157.00; el valor de muebles y enseres apreciados en $ 28.267.37; y créditos activos por un total de $ 188.934.64 que se descompone en créditos a cargo de clientes por razón de honorarios, adelantos a socios y préstamos a empleados.

En primer lugar, porque como se destaca en el formulario, de toda declaración de un contribuyente, la Renta y el Patrimonio difieren no solo en el concepto sino en los componentes de lo que debe entenderse por tales; y aunque la primera tiene su origen en el segundo, no deben tomarse fragmentariamente elementos del uno para aplicarlos al otro o confundirlos.

Es verdad que los citados activos brutos del patrimonio de la sociedad ascienden a un valor considerable, pero esa circunstancia por sí sola no indica que tuviera ingerencia en la producción de la renta, porque no se tuvieron en cuenta para esa apreciación las deudas que afectaron el patrimonio, y sin este balance necesario, ese dato no es criterio cierto para determinar la situación económica de la sociedad en 1951.

Pero aún no considerando esta circunstancia, a simple vista se observa que ninguna influencia pudieron ejercer en el trabajo de dirección, fiscalización y asesoría de carácter contable que adelantaron los socios para la obtención de los correspondientes honorarios, los saldos bancarios, créditos-adelantos y préstamos aludidos; o para qué necesitaron los expertos de tales valores para cumplir su labor de índole netamente intelectual.

En estricto derecho, el único valor de capital que hubiera podido influír en la producción de la renta, sería el correspondiente a muebles y enseres o útiles de escritorio, que es poco más o menos el equivalente al patrimonio gravable denunciado por la Compañía. Pero fuera de que tales útiles no pasn de ser simples instrumentos de trabajo, se tendría que al tenor del ordinal a) del artículo 14 de la Ley 78 de 1935, vigente para 1951 —por lo cual es igualmente errónea la aplicación que dio la Jefatura al numeral 2º del artículo 6º del Decreto 270 de 1953—, tampoco estarían sujetas al impuesto adicional de exceso de utilidades, las participaciones del actor en los honorarios de la Compañía, porque su aporte en el capital social en 31 de diciembre de 1951 de $ 30.303.93 estuvo representado por la cantidad de $ 7.575.98 inferior al límite de $ 25.000.00 fijado por tal disposición para que las utilidades de capitales en esas condiciones, no estén sujetas al nombrado impuesto adicional.

Por las anteriores razones debe confirmarse el fallo de primera ins-

tancia en cuanto al fondo de la controversia en él decidida, materia de la consulta.

En cuanto a los motivos de la alzada contra la sentencia de primera instancia, la Sala anota que en realidad el Tribunal incurrió en los errores "de orden numérico y de simple denominación" que el señor apoderado del demandante puntualizó en el escrito por medio del cual sustenta el recurso en esta segunda instancia.

En efecto, el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia fija "en MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 1.360.79) m. c., la que (se refiere a cantidad, anota la Sala) debe invertir tanto en acciones de....., como en Bonos del Instituto de Crédito Territorial...".

Sin embargo, como expresa el señor apoderado doctor Antonio Gutiérez J., "ello no es procedente, porque a partir del Decreto 4051 de 1949 quedó sustituída la antigua inversión forzosa de bonos del Instituto de Crédito Territorial por el *impuesto* del 2½%, que, si bien tenía por destinación el mismo Instituto, desde entonces constituyó un verdadero impuesto".

En consecuencia, como impuesto y no como inversión en bonos del Instituto de Crédito Territorial, se fijará y se incluirá en la liquidación la suma correspondiente de $ 1.360.79, para corregir y aclarar el citado numeral 2º de la parte resolutiva del fallo apelado, con los consiguientes efectos que tal corrección y aclaración impongan.

La mayor inversión en Bonos del Instituto de Crédito Territorial por $ 333.93 que ordena el numeral 3º resolutivo del fallo, es igualmente equivocado y debe corregirse, porque, como se alega,

"De conformidad con lo anotado en el punto anterior, aquí también es improcedente hablar de una mayor 'inversión', comoquiera que a raíz del Decreto 4051 de 1949, y, por tanto, respecto del año gravable de 1951 al que se contrae el debate, el mayor valor de tal impuesto afecta la devolución de los impuestos en conjunto, pero no implica una mayor inversión en bonos inscredial, como sí ocurre en relación con el mayor impuesto o eventual inversión de Paz del Río".

Debe en consecuencia, mantenerse la orden de inversión adicional del nombrado numeral 3º, pero únicamente en cuanto se refiere a acciones de Acerías Paz del Río S. A.

Finalmente, se impone igualmente la modificación del punto 4º resolutivo, por lo que hace a la devolución en efectivo que debe hacerse al demandante, como resultante de las modificaciones de los numerales 2º y 3º, según puede verse de la liquidación que a continuación se practica con fundamento en lo anteriormente expuesto.

LIQUIDACION (AÑO 1951) NORMAN MOFFAT IRELAND

	BASES	IMPUESTOS
PATRIMONIO		
El gravado inicialmente (sin modificación) .... $	97.396.43	163.49

RENTA:			
La gravada inicialmente (sin modificación)		72.283.76	5.678.71
No hay lugar a exceso de utilidades			—0—
Suma			5.842.20
Recargo del 35% sobre $ 5.742.20...			2.009.77
Suma			$ 7.851.97
GRANDES RENTAS:			
Renta gravable		72.283.76	
Más dividendos		8.40	
Base..		72.292.16	
Impuestos	7.851.97		
Renta de trabajo (máximo autorizado para este efecto)..	12.000.00	$ 19.851.97	
Gravable		52.440.19	1.950.22
IMPUESTO del 2½% de Inscredial sobre	54.431.79		1.360.79
Suman los *impuestos*			11.162.98
Inversión de Paz del Río: 2½% sobre	54.431.79		1.360.79
Total a cargo del contribuyente			$ 12.523.77
Como el contribuyente pagó por impuestos ...$		23.177.08	
E invirtió en acciones de Paz del Río...		1.026.86	
Total pagado e invertido según liquidación inicial revisada ... ...$		24.203.94	
El contribuyente debe invertir adicionalmente en acciones de Paz del Río:			
V|r. de la inversión según la sentencia	1.360.97		
Valor invertido	1.026.86	333.93	
Y debe ordenarse la devolución en efectivo a favor del contribuyente por mayor impuesto pagado:			
Valor pagado como impuesto	23.177.08		
Valor del verdadero impuesto según la presente sentencia.	11.162.98		12.014.10
SUMAS IGUALES ... ...$		24.537.87	$ 24.537.87

En consecuencia, debe ordenarse una inversión adicional en acciones de Acerías Paz del Río S. A. por valor de $ 333.93 y una devolución en efectivo al demandante de $ 12.014.10.

La devolución afecta así las siguientes subcuentas:			
Valor impuesto exceso de utilidades, no causado			$ 8.617.72
Valor recargo del 20%, no causado..			1.723.54
Menor valor recargo del 35%		$ 5.025.97	
Según la sentencia		2.009.77	3.016.20
Suma			$ 13.357.46
MENOS:			
Mayor valor impuesto grandes rentas:			
Según la sentencia.	1.950.22		
Según la liquidación revisada	940.79	1.009.43	
Mayor valor impuesto 2½% Inscredial:			
Impuesto según la presente sentencia.	1.360.79		
Impuesto según la liquidación revisada	1.026.86	333.93	1.343.36
Valor de la devolución en efectivo...			$ 12.014.10

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

FALLA:

PRIMERO.—REFORMANSE los puntos resolutivos 2º, 3º y 4º de la sentencia de fecha 11 de julio de 1958 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente juicio, en el sentido: a) De excluír de la partida de $ 2.721.58 fijada como inversiones forzosas, la de $ 1.360.79 correspondiente al 2½% sobre $ 54.431.79 en bonos del Instituto de Crédito Territorial, para incluírla en la liquidación general de los impuestos: b) De ordenar que la única mayor inversión que el demandante verificará, será la cantidad de $ 333.93 por razón de acciones de Paz del Río S. A.; y c) De disponer que la devolución en efectivo que se hará al demandante será la suma de $ 12.014.10 m. cte., todo de acuerdo con los considerandos y liquidación practicada por la Sala en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO.—En consecuencia, fíjase el monto de lo que el contribuyente señor Norman Moffat Ireland debe pagar definitivamente por los impuestos de patrimonio, renta, 35%, grandes rentas, IMPUESTO del 2½% de Inscredial e Inversión de Paz del Río S. A., por el citado año de 1951 en la cantidad de DOCE MIL QUINIENTOS VEINTITRES PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS ($ 12.523.77) MONEDA

CORRIENTE, de acuerdo con la liquidación que antecede.

TERCERO.—Por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, devuélvase al señor Norman Moffat Ireland o a su apoderado, la diferencia entre lo pagado por él en virtud de las liquidaciones anteriores y lo que debe pagar de acuerdo con la liquidación practicada por la Sala, o sea, la suma de DOCE MIL CATORCE PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($ 12.014.10) MONEDA CORRIENTE. La devolución se verificará previa inversión adicional en acciones de Paz del Río S. A. por la suma de $ 333.93.

CUARTO.—En lo demás se confirma el fallo consultado y apelado.

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

Alejandro Domínguez M. — *Andrés Augusto Fernández M.* — *Carlos Gustavo Arrieta* — *Francisco Eladio Gómez G.* — *Pedro Gómez Valderrama* — *Gabriel Rojas Arbeláez* — *Luis Fernando Sánchez.* Secretario.

IMPUESTOS

Desde el año de 1953 inclusive, es renta gravable lo percibido por concepto de dividendos y participaciones para los socios de toda clase de sociedades. — El objeto de la expedición del decreto legislativo 2615 de 1953 fue hacer menos dura la carga impositiva para las sociedades o compañías anónimas o en comandita por acciones

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, primero de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Consejero Ponente: Dr .ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ M.)

REF.: Expediente número 396.—Impuestos nacionales. Demanda de revisión contra la Resolución número 4267 H de 29 de noviembre de 1957 de la Jefatura de Rentas Nacionales y de la Resolución número 523 de 30 de noviembre de la Administración de Hacienda del Atlántico.

Conoce el Consejo de Estado en grado de apelación, de la sentencia de fecha 20 de septiembre de 1958 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

El recurso fue interpuesto por el apoderado de lo sociedad "AMERICAN AND FOREIGN POWER COMPANY INC.", domiciliada en los EE. UU. de Norte América, por cuanto la referida sentencia no accedió "...a la revisión de la Resolución número R-4267-H de 29 de noviembre de 1957, dictada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y por la cual se confirmó la Resolución número 523 de noviembre 30 de 1955, originaria de la Administración de Hacienda Nacional de esta ciudad, por la cual se colacionó el valor de los dividendos para los efectos de la liquidación del 2½% con destino a la inversión forzosa para la Siderúrgica de Paz del Río S. A., a cargo de la Sociedad "AMERICAN AND FOREIGN POWER COMPANY INC.", correspondiente al año gravable de 1953".

La acción contenciosa de impuestos había sido instaurada en Barranquilla por el señor doctor Andrés Heilbron Merlano como "apoderado especial" de la citada firma norteamericana, en cuya demanda solicitó:

"Promuevo juicio de Revisión contra la Resolución número 4267-H de 29 de noviembre de 1957, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales que confirma el gravamen adicional de 2½% en acciones de Paz de Río liquidado por Resolución número 523 de 30 de noviembre de 1955, de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, tomando como base los dividendos obtenidos por American & Foreign Power Company Inc. en el ejercicio de 1953 de la Compañía Colombiana de Electricidad. Solicito por tanto se declare que no cabe imponer a American & Foreign

Power Company Inc. el gravamen expresado y que consiguientemente se practique una nueva liquidación para que se devuelva a la sociedad que represento, por conducto de su apoderado judicial la cantidad de $ 22.629.38 invertida en tales acciones, mediante la cancelación del título respectivo, expedido en Bogotá en 31 de diciembre de 1955 bajo el número 123075 por Acerías Paz del Río S. A. y por 2262 acciones. Esta revisión envuelve obviamente la misma acción contra la Resolución número 523 antes citada, por contener la liquidación del gravamen que aquí se acusa".

Como "Hechos de la demanda" expuso:

"American & Foreign Power Company Inc. es una sociedad anónima extranjera, sin domicilio ni representante legal en Colombia. Ella posee acciones en la Compañía Colombiana de Electricidad, sociedad anónima organizada y existente según las leyes del Estado de Florida, Estados Unidos de América, legalizada en el país y que se dedica a la prestación de los servicios públicos y privados de energía eléctrica en varias ciudades y poblaciones colombianas, teniendo su oficina principal de negocios en esta ciudad de Barranquilla.

"La American & Foreign Power Company Inc., como sociedad anónima extranjera alejada del país en cuanto a domicilio y representación pagó el impuesto del 5% sobre los dividendos del año de 1953 ejerciendo la opción brindada por el Decreto 2615 de 1953.

"No obstante la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico revisó el aforo de 1953 de la sociedad que represento, en forma oficiosa y por delegación de la Jefatura de Rentas e Iimpuestos Nacionales, según Resolución número 55-A de 1953, exigiendo como ya se ha dicho la suscripción adicional de 2½% para las acciones de Paz del Río. Contra esa Resolución promoví reclamo ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales como agente de la sociedad gravada. Tal reclamo ha sido denegado por Resolución número R-4267-H de 29 de noviembre de 1957 de la Jefatura de Rentas, que agotó la vía gubernativa y a la vez expedita de la acción que aquí se promueve.

"Al recibirse la notificación de la Resolución cuya revisión se demanda, a saber la número 523 de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, la Compañía Colombiana de Electricidad consignó en el Banco de la República, sucursal de esta ciudad, por cuenta de la sociedad gravada que yo represento judicialmente en esta acción la cantidad de $ 22.629.38, según comprobante de crédito de 22 de diciembre de 1955. Posteriormente y por medio de acto unilateral de Acerías Paz de Río S. A. fue expedido el título número 123075 de que he hecho anterior referencia".

Como "Fundamentos de la revisión solicitada" trae el libelo:

"La sociedad American & Foreign Power Company Inc., según lo previsto en el Decreto 2615 de 1953 ejercitó la opción para pagar exclusivamente el 5% sobre los dividendos causados en la Compañía Colombiana de Electricidad en el ejercicio de 1953. De tal manera, habiéndose acogido al sistema de ese Decreto 2615, no estaba ni está obligada a cu-

brir o pagar el gravamen adicional para la suscripción de acciones de Paz de Río.

"Un somero análisis de las disposiciones legales aplicables al caso y sus antecedentes vendrá a clarificar y confirmar en derecho la cuestión debatida.

"La Ley 85 de 1946 y el Decreto Legislativo número 4051 de 1949 se refieren a un gravamen distinto al de la renta, si bien liquidable sobre la misma en la medida que esta pueda aparejarlo, pero no aplicable a los dividendos o participaciones causadas en sociedades anónimas, porque el Decreto 2317 que grava esas participaciones es muy posterior a la ley y decreto primeramente citados. Es más, el impuesto para Paz de Río en dicho concepto es adicional al de la renta y complementarios, y no debe entenderse conjuntamente con aquellos si la ley dice que solamente es gravable la renta del contribuyente.

"El Decreto 270 de 1953 se limitó a declarar que el impuesto establecido —en la Ley 85 de 1946 y Decreto 4051 de 1949— era únicamente del 2½%, que es precisamente el gravamen exigido a la American & Foreign Power Company Inc.

"Con posterioridad al Decreto 270 fue dictado, como se dijo, el número 2317 de 1953, decreto por el cual se declaró que constituía renta gravable los dividendos o participaciones causadas o recibidas por socios en las sociedades. Allí solamente se entendía el concepto de renta gravable, con abstracción del impuesto para Paz de Río, gravamen adicional fijado en el Decreto 270.

"El siguiente Decreto 2615 del mismo año estableció que las compañías o sociedades podían optar para efectos del pago del impuesto de renta sobre dividendos o participaciones, por el sistema de los artículos 7º y 8º del Decreto 2317 de 1953, o pagar exclusivamente un impuesto proporcional del 5% sobre dividendos. El término usado para excluír impuestos, hace relación al sistema del decreto anterior número 2615, que como se dijo solamente grava la renta pues en dicho concepto no se entendía aquel impuesto adicional a la misma.

"Por lo mismo, el impuesto de Paz de Río exigido a American & Foreign Power Company Inc., por Resolución 523 de 1955, de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, no está autorizado y su aplicación corresponde a interpretaciones erradas de expresas disposiciones legales.

"De tal manera el preciso alcance de los Decretos Legislativos 2317, 2615, 3063 de 1953 y de los preceptos legales que sirven de antecedentes, se confirman por el texto del artículo 12 del Decreto Legislativo 285 de 1955, según el cual se aumenta al 4% el impuesto adicional establecido por la Ley 85 de 1946 y el artículo 34 del Decreto Extraordinario 270 de 1953. Allí continúa como sujeto del gravamen adicional el mismo de la Ley 85 de 1946, definido en último término por el artículo 34 del citado Decreto 272".

En materia de "Disposiciones violadas y conceptos de la violación", dice la demanda:

"En tal virtud, considero la Resolución número 523 de 30 de noviembre de 1955 de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, en revisión del aforo de American & Foreign Power Company Inc. para 1953, violatoria del derecho de opción que ha ejercitado mi representada de acuerdo con precisas normas de los Decretos 2317 y 2615 de 1953. En tal concepto, violados los decretos citados esa revisión oficiosa impone un gravamen adicional no establecido sobre dividendos o participaciones causados en Compañía Colombiana de Electricidad a favor de American & Foreign Power Company Inc. en el mismo año de 1953".

Antes de proferirse la sentencia apelada, el señor doctor Eduardo Fuenmayor, Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla, a la vez Fiscal del Tribunal Administrativo del Atlántico por disposición de la ley, había emitido concepto adverso a las súplicas de la demanda.

Esta segunda instancia correspondiente a la alzada interpuesta, se ha tramitado con el cumplimiento de los requisitos legales, y como no se observa motivo alguno causante de nulidad, debe por el Consejo de Estado dictarse la sentencia final, a lo que se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El acto administrativo acusado de la Jefatura de Rentas, o sea la Resolución número R-4267-H de 29 de noviembre de 1957, plantea bajo el título "FUNDAMENTOS" la sintetización de las razones expuestas ante ella por el señor doctor Heilbron, lo que hace de la manera siguiente:

"FUNDAMENTOS: No hacer exigible la contribución adicional del 2½% para Paz de Río, por haberse acogido la sociedad al sistema del 5 % sobre los dividendos o participaciones, recibidos o causados a su favor.

"Manifiesta el recurrente que posteriormente al Decreto 270 de 1953, fue dictado el Decreto 2317 y en este fue cuando por primera vez, se declaró que constituía renta gravable el dividendo o participación recibida, para hacer a la una o al otro objeto gravable con el impuesto sobre la renta. En ese Decreto 2317 no se extiende el gravamen adicional del 2½% a los dividendos, pues ese gravamen adicional o complementario debía interpretarse tal como quedó en el Decreto 270. Muy por el contrario, el Decreto 2615 estableció que las compañías o sociedades pueden escoger para los efectos del pago del impuesto de renta sobre los dividendos o participaciones, el sistema establecido en los artículos 7º y 8º del Decreto 2317 de 1953, a pagar **exclusivamente** un impuesto proporcional del 5% sobre los dividendos. En desarrollo de esa idea, manifiesta el artículo 2º del indicado Decreto 2615, que cuando la sociedad opte por el pago del impuesto proporcional del 5%, las acciones o partes de capital no se gravarán con el impuesto complementario de patrimonio y no se tendrán en cuenta para la liquidación del gravamen adicional sobre el exceso de utilidades, ni el valor de las propias acciones ni los dividendos o participaciones.

"Se dirá que el artículo 2º no menciona el cargo adicional de 2½% para Paz de Río. A esto se observa que, usándose en el artículo 1º el adverbio "exclusivamente" que indica sustracción de todo lo demás, no era

menester entrar en detalles o explicaciones. No obstante, se habla del exceso de utilidades y no del 2½%, porque el primero era un gravamen establecido y conocido y el otro un gravamen desconocido y no instituído", para en seguida dicha entidad fiscalizadora contestar:

"PARA RESOLVER SE CONSIDERA: Esta Jefatura se permite transcribir al contribuyente los apartes pertinentes del concepto emitido, sobre este punto, por el Abogado Jefe de la Sección Jurídica del Ministerio de Hacienda:

'...Posteriormente y con el objeto de aminorar la carga impositiva a las sociedades de capital, se expidió el Decreto 2615 de 1153 en cuyos artículos 1º y 2º, *sin quitarle a los dividendos el carácter de renta gravable,* se estableció en favor de esas sociedades (Anónimas y en Comandita por acciones) una opción en estos términos:

'Artículo 1º—Las sociedades o Compañías podrán opcionalmente acogerse al régimen establecido en los artículos 7º y 8º del Decreto Legislativo número 2317 de 1953, o pagar exclusivamente un impuesto proporcional del 5% sobre los dividendos o participaciones recibidos o causados a su favor'.

'Artículo 2º—Cuando la sociedad o Compañía opte por el pago del impuesto proporcional del 5% autorizado por el artículo anterior, las acciones o partes de capital no se gravarán con el impuesto complementario de patrimonio, y no se tendrán en cuenta para la liquidación del gravamen adicional sobre el exceso de utilidades ni el valor de las propias acciones ni los dividendos o participaciones'.

'Como el impuesto o eventual inversión de Paz de Río se hace efectivo *sobre la renta líquida gravable* del contribuyente (artículo 2º del Decreto Legislativo 4051 de 1949 y parágrafo 1º, artículo 1º Decreto Ejecutivo 261 de 1950) y los dividendos, aún en el caso de que se haga uso de la opción, continúan con *carácter de renta gravable,* es lógico concluír que dichos dividendos deben tenerse en cuenta para liquidar el impuesto adicional de Paz de Río.

'A esta interpretación se hace el reparo de que, como el 2½% para Paz de Río tiene el *carácter de verdadero impuesto,* al establecer el artículo 1º del Decreto 2615 de 1953 que las sociedades o Compañías pueden opcionalmente acogerse al régimen establecido en los artículos 7º y 8º del Decreto Legislativo 2317 de 1953, o pagar exclusivamente un impuesto proporcional del 5% sobre los dividendos recibidos o causados a su favor, el adverbio exclusivamente descarta cualquier otro impuesto.

'Lá conclusión no es exacta porque el espíritu que informó esa disposición y del cual da fe el propio Ministro que la propuso, no fue otro que el de aclarar los términos alternativos de la opción a saber: si se hace uso de la opción para acogerse al régimen establecido en los artículos 7º y 8º del Decreto Legislativo 2317 mencionado, los dividendos deben *incorporarse dentro de la renta total* de la sociedad, en cuyo caso el impuesto que debe pagarse sobre eso dividendos será el que resulte de la aplicación de la tarifa progresiva sobre la *renta global* así acumulada;

en cambio, si se acoge a la otra laternativa de la opción, los dividendos deben tratarse por separado, o sea, independientemente de las demás rentas de la sociedad, aplicándoles, no la tarifa progresiva mediante su incorporación a la renta global de la sociedad, sino únicamente la tarifa proporcional del 5%. De esta suerte, el término **exclusivamente** empleado en el artículo que se comenta, lo que suprime o elimina es la colación de la renta especial constituída por dividendos, a la masa global de las utilidades de la empresa y la progresión del gravamen.

'Tan cierto es esto, que para eximir, en el segundo término de la opción, de la sobretasa patrimonial (que también es impuesto de renta) que debía fectar las respectivas acciones, hubo necesidad de adoptar una disposición especial, distinta y expresa como fue el artículo 2º del varias veces mencionado Decreto 2615 de 1953, disposición que consagró para esa segunda alternativa no solo la exención de la sobretasa patrimonial, sino también la exclusión de las acciones de los dividendos *gravados*, para los efectos de la liquidación del gravamen sobre exceso de utilidades.

'Todavía menos consistencia tiene el siguiente argumento que se hace para sostener que las compañías por virtud de la opción del artículo 1º del Decreto Legislativo 2615 de 1953, no están obligadas a pagar el impuesto del 2½% con destino a Paz de Río'.

'El Decreto 2317 de 1953, se dice, gravó los dividendos y el patrimonio en acciones estableciendo que aquellos eran renta gravable, y este patrimonio gravable. Por lo tanto, al disponer el artículo 1º del Decreto 2615 la opción entre las disposiciones de los 7º y 8º del 2317, o un 5% proporcional del impuesto sobre los dividendos, claramente significó que se excluían de la renta gravable los dividendos por acciones de sociedades anónimas, y como es de la renta gravable, previas las deducciones del caso, que se deduce el impuesto para Paz de Río, si los dividendos no son renta gravable para quien paga el impuesto proporcional, no pueden serlo para los efectos de la suscripción o impuesto para la mencionada empresa'.

'No se requiere gran penetración para ver que el segundo término de la opción establecida en el artículo 1º del Decreto 2615, no excluyó los dividendos percibidos por sociedades anónimas, de la renta gravable de estas. Todo lo contrario: reafirmó para esos dividendos el carácter de renta gravable desde que dispuso gravarlos con la tarifa proporcional del 5% en un decreto destinado a legislar sobre impuesto de renta. Por lo demás, es obvio que si ese gravamen proporcional del 5% sobre los dividendos percibidos por sociedades, se hubiera establecido con otro carácter o a título distinto del gravamen a la renta, necesariamente habría tenido que expresarlo así el Decreto que se comenta.

'Se repite, lo que quiso enmendar el artículo 1º del Decerto 2615 fue el sistema de imposición a la renta constituída por dividendos percibidos por sociedades anónimas y en comandita por acciones, y en manera alguna despojarlos de su carácter de renta gravable, lo que por otra parte habría conllevado una manifiesta e inexcusable contradicción y además una discriminación inaceptable, porque es lo cierto que a las personas naturales se les liquida el impuesto de Paz de Río, teniendo en

cuenta los dividendos percibidos o ganados por ellas en el respectivo año o período gravable'.

"Este concepto se halla de acuerdo con la constante Doctrina de este Despacho al respecto.—Circular número R-003766-A de abril 20/55".

Por su parte el Tribunal a-quo en la providencia recurrida, expone las siguientes argumentaciones:

"La Administración de Hacienda Nacional de esta ciudad, procedió inicialmente a la liquidación del impuesto de Rentas y especiales, que debía pagar la entidad demandante. Posteriormente y usando de la facultad legal que le concedió la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, con base en las disposiciones anteriores, procedió a la "revisión" de esa liquidación inicial, correspondiente al año gravable de 1953. En tal virtud, dictó la Resolución número 523 de noviembre 30 de 1955, que comprende como punto revisable, el "no haber coleccionado (sic) en la liquidación del 2½% para Acerías de Paz del Río S. A., el valor de los dividendos sobre los cuales, la sociedad pagó únicamente el 5% proporcional de que trata el artículo 1º del Decreto 2615 de 1953...".

"Esta Resolución, reformó la liquidación inicial que ascendió por tal concepto a la suma de $ 181.977.68, con la suma de $ 22.629.38, fijando una liquidación total definitiva en la cantidad de $ 204.607.06.

"Inconformes los contribuyentes, ocurrieron ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y, esta entidad, por medio de la Resolución número R-4267-H de 29 de noviembre de 1957, confirmó la liquidación revisada por la Administración de Hacienda Nacional, antes aludida.

"El artículo 7º del Decreto 2317 de 1953, dispone: 'Constituyen renta gravable para los socios los dividendos o participaciones que reciban o que se causen a su favor en sociedades o asociaciones de cualquier naturaleza...'.

"El artículo 8º del mismo Decreto dice: 'Constituyen patrimonio gravable para los socios las acciones, los derechos o el interés social de que sean titulares en compañías de cualquier naturaleza...'.

"Posteriormente el artículo 1º del Decreto 2615 del mismo año de 1953, estableció: '...Las sociedades o compañías podrán opcionalmente, acogerse al régimen establecido en los artículos 7º y 8º del Decreto Legislativo número 2317 de 1953, o pagar exclusivamente un impuesto proporcional del 5% sobre los dividendos o participaciones recibidos o acusados a su favor...' (sic).

"Y el artículo 2º de este mismo Decreto es del siguiente tenor: '.... Cuando la sociedad o compañía opte por el pago del impuesto proporcional del 5% autorizado por el artículo anterior, las acciones o partes de capital no se gravarán con el impuesto complementario de patrimonio, y no se tendrán en cuenta para la liquidación del gravamen adicional sobre el exceso de utilidades ni el valor de las propias acciones ni los dividendos o participaciones...'.

"Como se ve de la lectura de este artículo 2º, acabado de transcribir, allí mismo se da la explicación al adverbio 'exclusivamente' empleado en el artículo 1º, ya que en el artículo 2º, se especifica la exclusión de todos los demás gravámenes allí enumerados y que son: Impuesto comple-

mentario de patrimonio, gravamen adicional sobre exceso de utilidades, ni el valor de las propias acciones ni los dividendos o participaciones.

"La opción a que se acojan las Compañías conforme al artículo 1º del Decreto Legislativo número 2615 de 1923 (sic) no excluye la inversión forzosa del 2½% sobre la Siderúrgica de Paz del Río, porque esa disposición y la opción, no quita a esas entidades el carácter de contribuyentes al impuesto sobre la renta, y la inversión en Paz del Río, se liquida obligatoriamente a todo contribuyente a la renta. En el artículo 1º citado, se enmienda el sistema de imposición a la renta constituída por dividendos percibidos por sociedades de capital, pero deja intacta su condición de sujeto pasivo del impuesto sobre la renta y, esta situación que no fue modificada, determina la inversión forzosa de acciones en la Siderúrgica de Paz del Río S. A.

"Por medio del artículo 7º del Decreto número 2317 de 1953, se generalizó el impuesto a los dividendos, y se extendió a todos los contribuyentes, bien sean personas naturales, sociedades de personas o sociedades de capital, sin tener en cuenta la cuantía de renta y, agregándoles la sobretasa patrimonial, por exceso de utilidades, etc., y el artículo 8º del mismo Decreto, crea como patrimonio gravable para los socios, las acciones, los derechos o el interés social de que sean titulares en compañías de cualquier naturaleza.

"Esta situación tributaria general, para toda clase de personas o sociedades, fue modificada por el artículo 1º del Decreto número 2615 de 1953, en el sentido de crear la opción y establecer que las sociedades que se acojan a esta opción, pagarán exclusivamente el 5%, proporcional, quedando como se ha dicho libres del pago de impuesto sobre la renta en forma progresiva, así como de los sobrecargos indicados en el artículo 2º del mismo Decreto.

"Todas estas disposiciones confirman el carácter de renta gravable para las utilidades o dividendos obtenidos en las sociedades anónimas y, como por otra parte la inversión del 2½% para Paz del Río se hace efectiva contra todo contribuyente al impuesto sobre la renta, aparece claro que la entidad demandante, está obligada a tal inversión forzosa".

En esta instancia ha representado a la sociedad "American and Foreign Power Co. Inc.", como apoderado sustituto, el señor doctor Ramiro Castro Duque quien al alegar de conclusión para pedir la revocatoria de la sentencia apelada, expresa en algunos apartes de su escrito:

"De acuerdo con esta hipótesis —la de que la imposición del gravamen de Paz del Río hubiera quedado incluída en las disposiciones del citado Decreto 2317 de 1953, aclara la Sala usando términos textuales del alegante—, si no se hubiera dictado con posterioridad al citado Decreto 2317 de 1953 el Decreto 2615 del mismo año, que dio el carácter de *alternativa* a la obligación sobre pago del impuesto, que era *pura y simple*, la *American & Foreign Power Co. Inc.* habría quedado forzosamente obligada al pago del gravamen de Paz de Río por concepto de dividendos devengados a su favor en compañía anónima; pero como la obligación referida sobre gravámenes de *pura y simple* que era se hizo *alternativa* en virtud de lo dispuesto por el citado Decreto 2615 de 1953, con derecho a *opción*

en favor del contribuyente, y el contribuyente en el caso referido optó por el segundo término de la alternativa, o sea, por el consistente en "*pagar exclusivamente un impuesto PROPORCIONAL del 5% sobre los dividendos o participaciones causados a su favor*", es obvio que en virtud de tal *opción* solo quedó la Compañía en la obligación, que cumplió, del pago del referido 5% de que trata el referido segundo término de la alternativa". (Las subrayas son originales).

El señor doctor Uladislao Domínguez, Fiscal Segundo del Consejo de Estado, al conceptuar de fondo manifiesta:

"La Ley 81 (sic) —debió citar la Ley 78— de 1935 en sus artículos 4º y 5º estableció el impuesto sobre la renta para las personas naturales, las sociedades anónimas y en comandita por acciones, las sociedades de hecho, las comunidades de bienes y las sucesiones ilíquidas.

"El artículo 7º del Decreto 2317 de 1953 dispuso que constituyen renta gravable para los socios los dividendos o participaciones que reciban o que se causen a su favor en sociedades o asociaciones de cualquier naturaleza.

"Posteriormente, el artículo 1º del Decreto 2615 del mismo año, estableció que las sociedades o compañías podían opcionalmente acogerse al régimen establecido en el artículo 7º del Decreto 2317 o pagar exclusivamente un impuesto proporcional del cinco por ciento (5%) sobre los dividendos o participaciones recibidas o causados a su favor.

"El anterior precepto fue reformado por el artículo 3º del Decreto 3063 de 1953 para disponer que el sistema opcional consagrado en el Decreto 2615 solo es aplicable a las sociedades anónimas y en comandita por acciones con respecto a los dividendos o participaciones provenientes exclusivamente de sociedades anónimas o en comandita por acciones.

"La suscripción forzosa de acciones de Paz del Río tiene su origen en el Decreto 4051 de 1949. Por medio de este Decreto el Gobierno Nacional reformó la Ley 85 de 1946 para disponer que la obligación adicional establecida en dicha ley para los contribuyentes del impuesto sobre la renta y sus complementarios sería exigible durante veinte años como impuesto nacional y se destinaría a aumentar el capital del Instituto de Crédito Territorial y al fomento de la industria siderúrgica nacional. Según el artículo 3º de este Decreto el cincuenta por ciento de este impuesto se destinará para el pago de las acciones que el Estado suscribió en la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río S. A.

"El Decreto 4051 de 1949 fue reglamentado por el Decreto 261 de 1950. En este Decreto se establece que están obligadas a pagar el gravamen adicional creado en tal estatuto las personas naturales, las sociedades anónimas y en comandita por acciones, las asociaciones de hecho o que participen de la naturaleza de aquellas y las sucesiones ilíquidas *sujetas al impuesto sobre la renta en Colombia.*

"El impuesto normal de renta establecido por la Ley 78 de 1935 y las disposiciones que la adicionan y reforman, se caracteriza por la progresividad de las tarifas que se aplican sobre tres bases diferentes: Renta, patrimonio y exceso de utilidades. Estos tres elementos se toman como fundamento para liquidar el impuesto, pero el gravamen es único e in-

divisible, sin que en este caso pueda hablarse de que se trata de tres impuestos diferentes.

"El impuesto normal de renta no gravaba los dividendos recibidos por los socios de sociedades anónimas. Estos ingresos solo fueron gravados por primera vez en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 2317 de 1953 el cual dispuso que "Constituyen renta gravable para los socios los dividendos o participaciones que reciban o que se causen a su favor en sociedades o asociaciones de cualquier naturaleza".

"Este estatuto, como antes se dijo, fue reformado por el Decreto número 2615 también de 1953.

"Al permitir este último Decreto a las sociedades o compañías acogerse opcionalmente al régimen general consagrado para todos los contribuyentes o "pagar exclusivamnete un impuesto proporcional del cinco por ciento (5%) sobre los dividendos o participaciones recibidos o causados a su favor", está indicando que con tal precepto se estableció un gravamen nuevo a los dividendos, distinto del de la renta, aunque se tome como base para determinar su cuantía el monto de tales dividendos o participaciones. Si se hubiera querido gravar los dividendos con el impuesto normal de renta, no se habría autorizado la opción para que las sociedades pudieran acogerse al régimen consagrado en el artículo 7º del Decreto 2317 de 1953 o pagar *exclusivamente* el impuesto proporcional del cinco por ciento sobre los dividendos.

"De manera que, como el impuesto proporcional sobre los dividendos o participaciones en sociedades o asociaciones es diferente del normal sobre la renta y sus complementarios, y la obligación de suscribir acciones de Paz del Río es adicional del último y no del primero, es evidente que la compañía demandante no está obligada a pagar la inversión del 2½% por razón de los dividendos recibidos en el año de 1953 de la Compañía Colombiana de Electricidad por haberse acogido a la opción consagrada en el artículo 1º del Decreto 2615 de 1953.

"En consecuencia, con fundamento en lo que se deja expuesto, esta Fiscalía conceptúa que debe revocarse la providencia apelada para que, en cambio, se ACCEDA a las súplicas de la demanda".

Se observa que a este expediente no se allegó el de los antecedentes del negocio en donde, indudablemente debe aparecer la manifestación de la compañía demandante de acogerse al extremo del pago proporcional del 5% de la opción establecida por el artículo 1º del Decreto número 2615 de 1953.

Pero la ausencia del respectivo documento no impide que la Sala pueda pronunciarse sobre lo principal de la controversia, ya que las nombradas oficinas liquidadoras aceptan que el pago proporcional del 5% fue el escogido por American and Foreign Power Company Inc., y alrededor de ello se desarrolla toda la contención.

Por lo demás, con la demanda y en el término probatorio del juicio, se acompañaron los documentos indispensables para resolver de fondo sin necesidad de tales antecedentes.

Sobre la interpretación del artículo 1º del Decreto 2615 de 1953 se enuncian dos tesis contrarias:

a) La de la demanda y el señor Fiscal Segundo del Consejo, según la cual American and Foreign Power Company Inc. no está ni estaba obligada a pagar el gravamen adicional destinado a suscribir acciones de Paz de Río, por haberse acogido al sistema del Decreto 2615 sobre pago exclusivo del 5% de los dividendos causados a favor de aquella por la Compañía Colombiana de Electricidad durante el ejercicio de 1953. Y

b) La de la Jefatura de Rentas, el Tribunal Administrativo del Atlántico y su Fiscal, por la que no es aceptable que el derecho de opción ejercitado por la Sociedad actora, en el sentido antes expresado, la hubiera libertado de la inversión forzosa en acciones de Paz de Río a que está obligado todo contribuyente al impuesto sobre la renta.

Los primeros alegan que el impuesto proporcional del 5% de que trata el Decreto 2615 es un gravamen distinto del de la renta que excluye a este último y a los demás, v. gr. Paz de Río, si el contribuyente que reúne las condiciones del citado estatuto opta por el pago de que trata el citado Decreto.

Los segundos niegan esa distinción y sostienen que los dividendos de que se trata, tienen, en todo caso, el carácter de renta gravable, por lo cual, auncuando se opte por el pago del 5%, esa obligación conlleva necesariamente la adicional del impuesto de Paz de Río.

Determinar el alcance de la reforma que en materia de legislación tributaria se introdujo con el pronunciamiento de los Decretos Legislativos números 2317 y 2615 de 1953, relacionada con dividendos o participaciones que reciben los socios de sociedades, es el objetivo del presente fallo para decidir la controversia.

Preceptúan en su orden los artículos 7º y 8º del Decreto Legislativo número 2317 de 8 de septiembre de 1953:

'*Artículo 7º*—Constituyen renta gravable para los socios los dividendos o participaciones que reciban o que se causen a su favor en sociedades o asociaciones de cualquier naturaleza'.

'..... ....

'*Artículo 8º*—Constituyen patrimonio gravable para los socios las acciones, los derechos o el interés social de que sean titulares en compañías de cualquier naturaleza'.

Y los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo número 2615 de 6 de octubre de 1953 establecen:

"*Artículo 1º*—Las sociedades o compaías podrán, opcionalmente, acogerse al régimen establecido en los artículos 7º y 8º del Decreto Legislativo número 2317 de 1953, o pagar exclusivamente un impuesto proporcional del 5% sobre los dividendos o participaciones recibidos o causados a su favor".

"*Artículo 2º*— Cuando la sociedad o compañía opte por el pago del impuesto proporcional del 5% autorizado en el artículo anterior, las acciones o partes de capital no se agravarán con el impuesto complementario de patrimonio, y no se tendrán en cuenta para la liquidación del gra-

vamen adicional sobre el exceso de utilidades ni el valor de las propias acciones ni los dividendos o participaciones".

Además, el artículo 3º del Decreto reglamentario, aclaratorio de los anteriores, número 3063 de 26 de noviembre del mismo año de 1953, dispuso:

"*Artículo 3º*—El sistema opcional establecido en los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo 2615 de 1953 es aplicable a las sociedades anónimas y en comandita por acciones respecto a los dividendos o participaciones provenientes exclusivamente de sociedades anónimas o en comandita por acciones. Las sociedades colectivas, en comandita simple, de responsabilidad limitada y cualquiera otra distinta de las anónimas y en comandita por acciones, solamente pagarán el impuesto proporcional establecido por el artículo 10 del Decreto 2615 de 1953".

Y finalmente reza el artículo 41 del Decreto reglamentario número 488 de 1954:

"La elección del sistema opcional consagrado en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 2615 de 1953, deberá hacerse por las sociedades al presentar la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1953, o bien, en la primera declaración en que se relacionen acciones, aun cuando no se denuncien dividendos".

De la lectura de las anteriores disposiciones se deduce:

En primer lugar, que la legislación preexistente en cuanto a lo que constituía renta gravable, se adicionó por el Decreto número 2317 de 1953 con un nuevo renglón, el de dividendos o participaciones de sociedades o asociaciones de cualquier naturaleza.

En segundo lugar, que el derecho de opción establecido por el Decreto número 2615, el primero de cuyos extremos comprende la adición de la renta con dividendos y participaciones para toda clase de socios, solo quedó establecido para socios que sean sociedades o compañías de capital.

Y en tercer lugar, que para que estos socios-sociedades puedan hacer uso de la opción tienen que ser sociedades anónimas o en comandita por acciones "con respecto a los dividendos o participaciones provenientes exclusivamente de sociedades anónimas o en comandita por acciones".

En una palabra, desde el año de 1953 inclusive, es renta gravable lo percibido por concepto de dividendos y participaciones para los socios de toda clase de sociedades.

Ahora, para la Sala es claro que expedido el Decreto número 2317 de 1953 que consideró el producido de dividendos y participaciones de sociedades como renta gravable, esta para ser liquidada, si quien la recibía tenía otras, tenía que confundirse con ellas para formar una masa global sobre la que recaía la tarifa progresiva, y luego de fijada, unida a la liquidación resultante del impuesto complementario sobre el patrimonio, y a la que pudiera resultar, si era el caso, del correspondiente al impuesto adicional de exceso de utilidades, formaba un todo común que exactamente venía a significar técnica y legalmente el "impuesto normal sobre la renta" contra persona determinada por el año gravable respectivo, naturalmente, hechas las deducciones y exenciones que fueren del caso.

Y calculado por tal proceso *dicho impuesto normal SOBRE la renta* de que trata el Decreto Ejecutivo número 261 de 1950, conocida así la *renta líquida*, previa las deducción de los primeros $ 5.000.00, del monto específico del propio impuesto sobre la renta, de las sobretasas de patrimonio y exceso de utilidades, etc., venir la liquidación del impuesto adicional para Paz de Río.

No son pues aceptables sobre el particular las pretensiones originales de la demanda, sobre que en ningún caso la vigencia del Decreto 2317 de 1953 hubiera implicado la aplicación de las normas sobre el impuesto adicional para Paz de Río, por cuanto estas son en mucho anteriores, de cuando los dividendos o participaciones no eran gravables, lo que, dice, impedía una aplicabilidad extensiva.

Pero ante la presión de descontento que suscitara el establecimiento del nuevo gravamen sobre la renta —concretado en los dividendos o participaciones—, especialmente por parte de las compañías o sociedades de capital socios a la vez de otras compañías o sociedades de capital, por cuanto manifestaban, se operaba por tal hecho en contra de ellas, el fenómeno económico-fiscal de la llamada "cascada" de impuestos ya que implicaba una repetida o múltiple tributación, según la cadena de que formaran parte por entrelazamiento de asociación, el Gobierno con el indudable propósito de disminuír las cargas impositivas contra las sociedades por tal motivo, expidió el Decreto Legislativo número 2615 de octubre 6 de 1953 "por el cual se "adiciona el Decreto Extraordinario número 2317 de fecha 8 de septiembre de 1953", en el que, por el artículo primero estableció la opción caracterizada por los dos extremos ya conocidos sobre que las sociedades o compañías podían acogerse al régimen establecido por los artículos 7º y 8º del Decreto 2317 para el pago del impuesto de renta sobre los dividendos o participaciones, es decir, el que ya regía, o al de *"pagar exclusivamente un impuesto* proporcional del cinco por ciento (5%) sobre los dividendos o participaciones recibidos o causados en su favor" (subraya la Sala).

Y precisamente para poner de relieve que en mucho, si no en su integridad, la intención del Gobierno —para entonces legislador de emergencia— fue despejar en parte la denominada "cascada" impositiva sobre las sociedades de capital, se dictaron los Decretos Legislativos números 2615 de 1953 y 3063 de 26 de noviembre del mismo año, por cuyo artículo 3º del último "el sistema opcional establecido en los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo 2615 de 1953 es aplicable a las sociedades anónimas y en comandita por acciones respecto de dividendos o participaciones provenientes *exclusivamente* (se subraya) de sociedades anónimas o en comandita por acciones".

Es innegable, como lo sostiene la Jefatura, que por tales medidas no se le quitó a los dividendos el carácter de renta gravable cuando se hacía uso del segundo extremo de la opción, y por consiguiente, la obligación de pagar *exclusivamente* un impuesto proporcional del 5% sobre aquellos, conservó la fisonomía de un impuesto sobre la renta que aquellos produjeran.

¿Pero fue la del *impuesto normal sobre la renta* de que trata el De-

creto Ejecutivo número 261 de 1950, o el establecimiento de ese segundo extremo de la opción, vino en verdad a crear o constituír un impuesto de renta sobre los dividendos o participaciones pero de fisonomía propia y especial?

El Ministerio de Hacienda y la Jefatura de Rentas, como pudo verse en la motivación de la demandada Resolución R-4267-H de 29 de septiembre de 1957, consideran que no se produjo ningún cambio en la naturaleza y características del impuesto proporcional del 5% y que por ende, debía —con las excepciones contenidas en el artículo 2º del Decreto 2615— seguir el cauce que a su final, contemplaba la imposición adicional del 2½% para Paz de Río. Y para ser lógicos, el adverbio *exclusivamente* empleado por el citado Decreto, lo entienden en el sentido de que apenas, "...los dividendos deben tratarse por separado, o sea independientemente de las demás rentas de la sociedad, aplicándoles no la tarifa progresiva mediante su incorporación a la renta global de la sociedad, sino únicamente a la tarifa proporcional del 5%. De esta manera, el término *exclusivamente* empleado en el artículo que se comenta, lo que suprime o elimina es la colación de la renta especial constituída por *dividendos*, a la masa global de las utilidades de la empresa y la progresión del gravamen".

Pero la Sala no está de acuerdo con tal criterio de interpretación.

Si ese fue el pensamiento y el propósito *in menti* del Gobierno-legislador, no lo supo expresar.

De acuerdo con el artículo 27 del Código Civil que forma parte del "Capítulo 4º", "Interpretación de la Ley",

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

"Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Y consecuentemente preceptúa el artículo 28 ibidem:

"Las palabras de la ley se entenderán en un 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 esta su significado legal".

Luego para entender y aplicar correctamente el sentido de la ley, hay que guiarse por el significado natural y obvio de los términos o palabras empleados en su tenor literal. Y entonces cabe preguntar: ¿Cuál es el significado del vocablo "exclusivamente" empleado por el artículo 1º del Decreto 2615 de 1953?

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice:

"*Exclusivamente*, adv. m. Con exclusión—2. Sola, únicamente".

Y en tal sentido se usa común y obviamente. Lo exclusivo es lo que es solo o único, de manera de no confundirse, o mezclarse o unirse, conservando por tanto individualidad propia.

Por consiguiente, cuando el tenor literal del Decreto número 2615 expresa para el segundo extremo de la opción "o pagar exclusivamente un impuesto proporcional del 5%", lo que quiere decir dentro del criterio de

hermenéutica antes visto, es que las sociedades anónimas y en comandita por acciones respecto de los dividendos provenientes exclusivamente de otras sociedades anónimas o en comandita por acciones, solo tenían que pagar un impuesto solo o único proporcional del 5%, y no más.

Tanto por la Jefatura de Rentas como por el Tribunal a-quo, se estima que por el artículo segundo del Decreto implícitamente se fijó el alcance del adverbio "exclusivamente" cuando preceptuó:

"Cuando la sociedad o compañía opte por el pago del impuesto proporcional del 5% autorizado en el artículo anterior, las acciones o partes de capital no se gravarán con el impuesto complementario de patrimonio y no se tendrán en cuenta para la liquidación del gravamen adicional sobre el exceso de utilidades ni el valor de las propias acciones ni los dividendos o participaciones", pues manifiestan que al no haber quedado mencionado el impuesto adicional en favor de Paz de Río, indica que sí debe liquidarse y pagarse.

La Sala tampoco acoge esta interpretación de interés puramente fiscal, animada por la finalidad de obtener por parte de las compañías o sociedades una mayor tributación, pero que, al así cumplirse, deja al respecto vivo el fenómeno de la "cascada" de impuestos originante de una repetida o múltiple imposición, que entre otras muchas causas, se buscó hacer menos duro.

Para la Sala, entendida la palabra "exclusivamente" en su acepción castiza y de uso corriente que se aceptó, el mencionado artículo 2º del Decreto Legislativo 2615 de 1953 sobra. Su presencia en él o su inexistencia, no varían en nada el tenor literal claro y terminante del artículo primero, que es de carácter sustantivo, y que por lo mismo domina la materia, y no ofrece ninguna ambigüedad ni oscuridad.

Bien sea que la compañía o sociedad que recibe dividendos de otra u otras sociedades anónimas o en comandita por acciones, tenga o no otras rentas, la proveniente de dividendos o participaciones no se confunde con ellas, sino que sobre el monto o valor de los dividendos o participaciones recibidos o causados en su favor, se hace la liquidación del impuesto exclusivo, y por lo mismo, solo o único, del 5%.

Además, de conformidad con el parágrafo primero del artículo primero del Decreto Ejecutivo 261 de 1950, "por el cual se reglamenta el Decreto número 4.051 de 1949, en lo referente a la liquidación y recaudo de los impuestos en él establecidos", la base para la liquidación del impuesto adicional para Paz de Río,

"será la renta líquida que se determine para la aplicación del *impuesto normal sobre la renta*, por el respectivo año o período gravable" (subrayó la Sala),

y es bien sabido que el *impuesto normal sobre la renta* se configura cuando la renta o rentas producidas por o a favor de una persona natural o jurídica forman una suma global a la que se le aplica para la liquidación del impuesto, una tarifa progresiva, teniéndose además en cuenta el impuesto complementario sobre el patrimonio y el adicional sobre exceso de utilidades, que son las bases integrantes de la concepción tripartita del citado impuesto, desde el punto de vista de su normalidad.

Pero al hacerse uso por las compañías o sociedades socios a la vez de otras sociedades anónimas o en comandita por acciones de la opción en su segundo aspecto, entonces, el monto o valor del producido por concepto de dividendos o participaciones permanece separado, y sobre él se liquida el impuesto a la tasa del 5% proporcional de que trata el Decreto 2615, sin que conjunta o coetáneamente se haga liquidación alguna sobre el impuesto patrimonial por lo que a capital-acciones pudiera hacer referencia, ni al impuesto adicional sobre exceso de utilidades, por estar de ambos exento no solo por disponerlo el artículo segundo expresamente, sino por deducirse del significado del adverbio "exclusivamente", como antes quedó fijado.

Entonces, a ojos vistas, la operación administrativa que se realiza para la liquidación en este evento, es por completo diferente de la que se opera cuando se trata del proceso común y ordinario "pra la aplicación del impuesto normal sobre la renta". Y si esto es así, la base tenida en cuenta por el transcrito parágrafo primero del artículo primero del Decreto Ejecutivo 261 de 1950, no existe en esta segunda faz de la opción, haciéndose menos ostensible que al realizarse debe ir acompañada de la liquidación y pago del impuesto adicional para Paz de Río.

Se ha expuesto antes que la Sala, al igual que la Jefatura de Rentas y el Tribunal Administrativo del Atlántico, le da al impuesto exclusivo y proporcional del 5% carácter de impuesto sobre renta, aunque de tipo y naturaleza especial en materia de dividendos o participaciones recibidos por sociedades anónimas o en comandita por acciones de otras de la misma índole, pues ello es lo más acorde con su esencia, pero sin embargo, y a manera informativa, no prescinde de transcribir aquí los siguientes conceptos de una "exposición" de quien a título de Presidente de la República había firmado, como el primero, el Decreto 2615 de 1953, hecha el 8 de octubre en Bogotá para explicar "las razones que movieron al Gobierno Nacional para introducir importantes modificaciones a la Reforma Tributaria", según aparece publicada en la revista "Legislación Económica", números 30-31, Tomo III, octubre 20 de 1953, y que dice:

"En cuanto al gravamen a los dividendos recibidos de sociedades por otras sociedades, que evitaba que aquellas buscaran su fraccionamiento para evadir el impuesto, ya que la tarifa es progresiva y no es lo mismo pagar el impuesto sobre utilidades consolidadas de un millón de pesos que sobre diez porciones de cien mil pesos cada una, el gobierno facilita la incorporación de las subsidiarias o filiales a la principal..., dejándoles la opción de pagar un impuesto proporcional del 5% sobre los dividendos recibidos, *no pagando entonces ni impuesto de patrimonio ni de renta sobre el valor de las acciones y de los dividendos*". (Subraya la Sala), de modo que para quien así exponía, el impuesto proporcional del 5% no tenía las características del impuesto sobre renta, sino las de un impuesto nuevo, distinto del de la renta, como también lo estima el señor Fiscal Segundo del Consejo.

Y en el estudio publicado en la misma revista, intitulado "Explicaciones sobre la reforma", de que es autor el doctor Leopoldo Poveda Galán, páginas 141 a 143, se dice:

"El artículo 1º del segundo Decreto sobre Reforma Tributaria trae una opción para los contribuyentes —'Sociedades y Compañías'— que es interesante analizar.

"Las Sociedaes o Compañías, pueden pedir que los dividendos o participaciones, se imputen dentro de la liquidación del impuesto para ser gravados con la tarifa correspondiente; o solicitar que se excluyan tanto los dividendos como las acciones o intereses sociales en dicha liquidación, para sufrir un gravamen del 5% directamente sobre los dividendos o participaciones. Resulta lógico, que en lo sucesivo, los contribuyentes adoptarán esta última fórmula que de todas maneras es más benigna".

Ante todo lo anterior puede preguntarse: ¿si el motivo determinante de la expedición del Decreto Legislativo número 2615 de 1953 en sus artículos primero y segundo, aún en el supuesto de no haberse empleado el vocablo 'exclusivamente', fue el de hacer menos dura la carga impositiva para las sociedades o compañías anónimas o en comandita por acciones, y aligerar en algo lo de la 'cascada' de impuestos que en contra de ellas venía a producirse, por qué entonces no interpretar la reforma efectuada con la opción establecida, de la manera más benigna y más favorable?

La respuesta tiene que ser a todas luces afirmativa, con mucha mayor razón cuando de por medio y jugando una función definitiva está el adverbio "exclusivamente" que le da al impuesto proporcional del 5% la característica de impuesto solo o único, que si bien es un impuesto a la renta constituída por los dividendos o participaciones que reciben tales sociedades o compañías, no es el impuesto normal o corriente sobre la renta de que tratan las ordinarias normas legales sobre la materia.

No parece pues insólito que la jurisprudencia contencioso-administrativa, particularmente la encargada de interpretar las leyes tributarias que tan estrecha relación tienen con el medio económico y social en que van a ser aplicadas, para interpretarlas correcta y justamente no solo atienda a los principios de hermenéutica jurídica consignados en normas positivas o de uso consuetudinario, sino que también pueda y hasta deba en ciertos casos orientarse por un criterio que atienda y consulte dicho medio social y económico cuyas actividades van a regular, en pro de asegurar los objetivos beneficiosos que tales leyes han podido tener en mira para expedirse.

Todo lo hasta aquí expuesto conduce a la Sala a REVOCAR la sentencia apelada y por consiguiente, a disponer las ordenaciones consecuenciales en referencia a la suma de $ 22.629.38 invertida hoy en acciones de Paz de Río S. A., según está comprobado en autos, pero no lo será en la forma pedida por el demandante por oponerse a esa aspiración vigentes mandatos legales como los Decretos Legislativos números 261 de 1950. y 2187 de octubre 19 de 1951.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con lo pedido por el señor Fiscal Segundo en su concepto de fondo,

FALLA:

1º—REVOCASE la sentencia de fecha 20 de septiembre de 1958 dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el presente negocio;

2º—REVISANSE las operaciones administrativas contenidas en las Resoluciones acusadas por la sociedad demandante, para declarar que la sociedad AMERICAN AND FOREIGN POWER Co. INC., domiciliada en los EE. UU. de Norte América, no está obligada a pagar el impuesto de Acerías Paz de Río S. A. que se le exigió por las Resoluciones acusadas; y

3º—"Acerías Paz de Río, S. A." podrá adquirir, a la par, las acciones que por valor de VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS ($ 22.629.38) moneda corriente, fueron suscritas por la sociedad American and Foreign Power Co. Inc. de conformidad con el título 123075 de 31 de diciembre de 1955, equivalente a 2.262 acciones de $ 10.00 cada una, sin estar obligada al cumplimiento de tal suscripción forzosa. En el caso de que aquella Empresa no quiera adquirirlas, American and Foreign Power Co. Inc. podrá cederlas a terceros para que el cesionario o cesionarios puedan hacer la suscripción, debiendo en este último caso realizarse por "Acerías Paz de Río, S. A.", el traspaso de los títulos al nuevo o nuevos propietarios, según lo ordena el artículo 5º del Decreto Legislativo número 2187 de 1951.

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

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta — Alejandro Domínguez M. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

IMPUESTOS

Las sucesiones ilíquidas para todos los efectos tributarios son legalmente consideradas como como personas naturales, con los mismos derechos y obligaciones, entre las cuales se cuenta como principal, la de ser sujeto pasivo del impuesto sobre la renta y complementarios, con todas sus consecuencias impositivas.—Las cantidades invertidas en asistencia pública o social deben deducirse para computar la renta líquida (ordinal 10 del artículo 2º de la Ley 78 de 1935), para corporaciones, asociaciones o fundaciones dedicadas a tal fin, y no para personas naturales o jurídicas en general. — No se puede dejar de aplicar una disposición legal vigente, auncuando en su contra se invoquen los más puros principios doctrinarios. El juzgador de derecho está obligado a darle aplicación rigurosa a la norma contenida en el artículo 27 del Código Civil.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, dieciseis de junio de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ M.

REF. Expediente número 925. — Impuestos nacionales. Juicio de impuestos correspondiente al año fiscal de 1954, iniciado por el señor doctor Luis Navarro Ospina como albacea de la sucesión del señor Pablo Tobón Uribe.

El señor doctor Luis Navarro Ospina, mayor y vecino de Medellín, con fecha 28 de febrero de 1955, presentó ante la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, la declaración de RENTA y PATRIMONIO pertenecientes a la sucesión del señor Pablo Tobón Uribe por el año gravable de 1954, y por ser él albacea de la sucesión, denunciando un patrimonio bruto de $ 6.232.151.19 y uno líquido de $ 6.049.985.48, así como una renta bruta de $ 557.790.70 y una líquida de $ 437.937.07, declaración que fue acompañada de la corespondiente liquidación privada, según la cual debería pagarse "por un total de impuesto y adicionales", $ 227.054.12.

Posteriormente, el día 26 de octubre de 1956, el mismo doctor Navarro Ospina se dirigió a la citada Administración, "de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto Legislativo 270 de 6 de febrero de 1953", para corregir y adicionar dicha declaración, como también la respectiva liquidación privada, quedando determinado un patrimonio bruto de $ 6.386.783.19 y uno líquido de $ 326.256.29 que únicamente debería ser gravado con $ 1.699.43, y en cuanto a la renta, al solicitar la deducción de las sumas invertidas por la mencionada sucesión en la "Fundación Pablo Tobón Uribe", manifiesta que no quedaba renta gravable, de manera que por este concepto nada debía pagar la sucesión por el año fiscal de 1954.

Las mentadas corrección y adición consistieron en agregarle al patri-

monio bruto "el valor de los legados insolutos o no pagados antes del 31 de diciembre de 1954", y solicitar "la deducción de las sumas invertidas por la sucesión en fines de asistencia social, o sea las sumas destinadas por el testador para la Fundación Hospital Pablo Tobón Uribe, institución de asistencia social supervigilada por el Gobierno, como consta en la certificación expedida por la División Nacional de Asistencia Pública del Ministerio de Salud Pública que obra en el expediente", ya que "el señor Tobón Uribe dispuso de sus bienes en su memoria testámentaria, en la siguiente forma: "Instituyó 11 legados entre varios parientes y extraños por un monto aproximado de la sexta parte de sus bienes; con el remanente instituyó una institución a título universal cuyos bienes y rentas deberían emplearse totalmente en una fundación de asistencia social denominada "Hospital Pablo Tobón Uribe".

Sin embargo, la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, al no aceptar la corrección y adición que había alcanzado a presentarse en tiempo, ni las deducciones pedidas, liquidó un gravamen a cargo de la sucesión de $ 239.571.78, que se dividen así: $ 90.430.30 por sobretasa patrimonial; $ 143.515.11 por impuesto sobre la renta, y $ 5.626.37 por inversión en acciones de Paz de Río, todo lo cual fue pagado oportunamente.

Entonces, el señor doctor Navarro Ospina en su carácter antes indicado, presentó para ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales la reclamación debida, que, luego fue adicionada por el señor doctor Alfonso Angel de la Torre, de conformidad con el poder que se le confirió, reclamación que también vino a recibir la adhesión del señor doctor Eduardo Toro Escobar obrando como Síndico de la Fundación "Hospital Pablo Tobón Uribe", quien igualmente apoderó par los mismos efectos al señor doctor Angel de la Torre.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales por Resolución número R-3939-H de septiembre 19 de 1958, al negarse a acceder al reclamo formulado, confirmó la liquidación practicada por la oficina liquidadora de primer grado, y consideró agotada la vía gubernativa por consecuencia de lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto Legislativo 0341 de 1957, lo que dio motivo a la presentación por parte del señor doctor De la Torre, de memorial contentivo de un recurso de reposición de doble finalidad, que no fue aceptado, ya que la Jefatura insistió en auto número R-251-H, de 12 de diciembre de 1958, que la vía gubernativa había quedado cerrada.

Así las cosas, el señor doctor Alfonso Angel De la Torre, nuevamente obrando como apoderado de los señores doctores Luis Navarro Ospina y Eduardo Toro Escobar, "albacea de la sucesión del señor Pablo Tobón Uribe, el primero, y Síndico de la Fundación Hospital del mismo nombre, el segundo", en jucio de impuestos y ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, presentó demanda para pedir:

"a) Que son nulas, por violación directa de la ley y de sus reglamentos, la Resolución número R-3939-H, de 19 de septiembre de 1958, y el Auto número R-251-H, de 12 de diciembre de 1958, por medio de los cuales la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, confirmó la liquida-

ción del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales e inversión en acciones de la Empresa Acerías Paz del Río, S. A., correspondiente al año gravable de 1954, y practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia a cargo de la sucesión que represento, en cuanto que en la liquidación confirmada por el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales se gravó ilegalmente con impuesto una suma sobre la cual no hay lugar a imposición de ninguna clase.

"b) Que, en consecuencia, debe revisarse la aludida liquidación del im-impuesto, para determinar el gravamen que realmente corresponde de acuerdo con la liquidación privada que fue presentada a la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia con fecha 26 de octubre de 1956, como corrección de la liquidación que erradamente se presentó a esa misma oficina de Hacienda junto con la declaración de renta y patrimonio de la sucesión.

"c) Que, por consiguiente, el Tesoro Nacional debe reintegrar dentro del plazo que ese Honorable Tribunal habrá de señalar y con los intereses legales del ocho (8%) anual que ordena reconocer y pagar el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 81 de 1931, en concordancia con el artículo 6º del Decreto 2745 de 1945, la diferencia entre el impuesto pagado por la sucesión, de conformidad con la liquidación revisada, y lo que debe pagar de acuerdo con la liquidación que ese H. Tribunal practicará según la petición anterior".

Conocidos los hechos principales, base de la acción, por la síntesis que antes se hizo, con la demanda, y luego de un denso estudio sobre "disposiciones violadas y concepto de la violación" sobre el que más adelante se irá tratando, el señor abogado demandante concluyó así:

"De todo lo dicho a lo largo de este escrito, se desprende sin lugar a dudas, que tanto la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia en su liquidación, como la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en las providencias acusadas, violaron flagrantemente y entre otros: el artículo 1º, ordinal 1º, de la Ley 78 de 1935; el artículo 2º, ordinal 10º, de la misma Ley 78 de 1935; el artículo 41 del Decreto 818 de 1936; y el artículo 8º del Decreto Legislativo 270 de 1953.

"Y el concepto de violación, según lo ya también expuesto, no es otro que el de haber sometido a gravamen bienes y rentas no gravables por pertenecer a una institución de caridad, supervigilada por el Gobierno en cuanto a las inversiones de carácter social, las cuales, como es obvio, carecen de ánimo de lucro.

"*En consecuencia, solicito de ese alto Tribunal, que al practicarse la nueva liquidación del impuesto como resultado de esta demanda, se fije el gravamen que en REALIDAD CORRESPONDE A LA SUCESION, Y QUE NO ES OTRO que el de* $ 1.699.43, *determinado en la correción de la declaración y liquidación privada, que el albacea de la sucesión llevó a cabo en su memorial presentado ante el Administrador de Hacienda Nacional de Antioquia, con fecha* 26 *de octubre de* 1956 (el subrayado es original).

"Por todo lo dicho, respetuosamente solicito de ese H. Tribunal, que al declararse la nulidad de las providencias acusadas y revisarse la li-

quidación practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, se ordene devolver la cantidad que la sucesión pagó sin causa alguna por el año gravable de 1954, y que no es otra que la diferencia entre la fijada en la corrección de la liquidación privada y la practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia".

El Tribunal Administrativo de Antioquia luego de dar cumplido trámite a la instancia, por sentencia de 18 de diciembre de 1959 accedió a las súplicas de la demanda y falló así:

"Son nulas las Resoluciones números R-39-H (sic) de 19 de septiembre de 1958, y R-251-H (sic) de 12 de diciembre del mismo año, proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en relación con los impuestos de Renta y Complementarios de la sucesión de Pablo Tobón Uribe, por el año de 1954.

"Se declara que la sucesión de Pablo Tobón Uribe no estaba ni está obligada a invertir en acciones de la Empresa Acerías Paz de Río S. A. la suma de cinco mil seiscientos veintiseis pesos con treinta y siete centavos.

"El Tesoro Nacional por conducto de la Administración de Hacienda Nacional, devolverá a la sucesión de Pablo Tobón Uribe, representada por su heredero universal la fundación 'Hospital Pablo Tobón Uribe', las siguientes cantidades:

"Ochenta y ocho mil setecientos treinta pesos con ochenta y siete centavos ($ 88.730.87) cobrados de más por concepto de impuesto de patrimonio, y

"Ciento cuarenta y tres mil quinientos quince pesos con once centavos ($ 143.515.11) pagados por el contribuyente por concepto de impuesto sobre la renta.

"Estas cantidades serán reintegradas al contribuyente con sus intereses al ocho por ciento anual, en conformidad con lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 81 de 1931, en concordancia con el artículo 6º del Decreto 2745 de 1945.

"Ofíciese a la Empresa Acerías Paz del Río S. A. para que conforme a lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Legislativo 2187 de 1951, traspase a favor de los terceros que los representantes legales de la fundación 'Hospital Pablo Tobón Uribe' indiquen, los títulos representativos de acciones adquiridas por dicha fundación 'Hospital Pablo Tobón Uribe' por un valor de cinco mil seiscientos veinticinco pesos con treinta y siete centavos ($ 5.626.37) m. l.".

Como el Tribunal solo notificara la aludida sentencia por *edicto*, a las partes, y no personalmente al señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Medellín, como ha debido hacerlo, al venir en *consulta* al Consejo de Estado, aquí por auto de 23 de febrero de 1960 se dispuso devolver el asunto al Tribunal Administrativo de Antioquia para que se notificara legalmente al señor Fiscal la sentencia en mención, para después de ello, si no se interponía apelación, que regresara entonces sí, en consulta, lo que a la postre vino a suceder pues el señor Fiscal no apeló.

Como por el Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en

el Decreto Legislativo número 1722 de 1956, deben decidirse esta clase de consultas *de plano*, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para el señor doctor Angel De la Torre toda inversión que se haga con fines de asistencia social es deducible de la renta bruta del contribuyente respectivo, bien sea este persona natural o jurídica, o específicamente corporación, asociación o fundación dedicada a tal objetivo, pues para él, ello es lo que claramente se contiene en el numeral 10 del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 que dice:

"Al computar la renta líquida se harán las siguientes deducciones de la renta bruta:

"1º—..... ....

"10.—Las cantidades invertidas por corporaciones, asociaciones o fundaciones exclusivamente en el sostenimiento de instituciones de asistencia pública o social, educación, organizaciones obreras, ligas cívicas y cámaras de comercio. Para gozar de esta deducción es preciso acompañar a la declaración de renta una atestación del Superintendente de Instituciones de Utilidad Común, que compruebe la efectividad de la suma o sumas invertidas",

ya que el adverbio "exclusivamente" no se refiere a "corporaciones, asociaciones o fundaciones", para darles carácter taxativo, sino a las "cantidades invertidas", interpretación que, dice, es no solo lógica desde el punto de vista de su tenor literal y de su sentido gramatical, sino también porque desde otro "técnico filosófico y social",

"...tendríamos que llegar necesariamente a la conclusión de que la razón de la deducción por inversiones en fines de asistencia social, educación, etc., se impone ineludiblemente porque esa destinación viene precisamente a reemplazar, generalmente con ventaja, los gastos que el Estado tiene obligación de hacer en beneficio de la comunidad, que es la única razón justificativa del cobro de tributos y de su correlativa obligación de pagarlos por parte de los miembros de la comunidad".

Además, para el señor doctor Angel De la Torre, el alcance y proyecciones de dicho numeral 10 del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, tal como él lo entiende, se encuentra al estudiar la historia fidedigna de su expedición, que, dice, es la siguiente:

"Hasta la Ley 81 de 1931, el criterio del Legislador, se inclinó hacia la exención del impuesto para determinadas instituciones que tuviesen por finalidad exclusiva, la asistencia social, etc., y así el artículo 4º de dicho estatuto, ordenaba lo siguiente: 'Este impuesto no será aplicable a las corporaciones y asociaciones que tengan fines exclusivamente religiosos, de beneficencia, científicos, sociales o de educación, ni a las organizaciones obreras, Cámaras de Comercio, juntas para el fomento del comercio o ligas cívicas, siempre que ninguna parte de la renta líquida

de tales entidades, ingrese al patrimonio de cualquier accionista, miembro o individuo de ellas'.

"Como puede observarse, en esta disposición, se concede la exención total del impuesto a las personas o entidades enumeradas, con la excepción muy importante, de que, ninguna persona natural pueda beneficiarse con la utilidad o rentas de las entidades exentas.

"En el proyecto de ley presentado a la legislatura del año de 1935, por el entonces Ministro de Hacienda, doctor Jorge Soto del Corral, proyecto que con algunas modificaciones se convirtió posteriormente en la Ley 78 de 1935, el artículo 2º que enumera las deducciones para computar la renta líquida, incluía solamente 9 numerales, dentro de los cuales no se encontraba el actual numeral 10º de la Ley 78, que consagra la deducción por las cantidades invertidas en fines exclusivos de asistencia pública o social.

El Ministro no lo incluyó dentro de este artículo, porque en su proyecto reproducía, en el inciso 2º del artículo 5º, la misma parte final del artículo 4º de la Ley 81 de 1931, anteriormente transcrita.

No obstante lo anterior, la Comisión especial designada por la Cámara para estudiar el proyecto, tuvo otro criterio mucho más acorde con la técnica tributaria, en el sentido no de exencionar del impuesto a la persona o entidad en sí misma, sino de considerar que las sumas invertidas en la asistencia pública o social constituyen un gasto deducible que deberá descontarse al computar la renta líquida.

"Por ello, la Cámara, en la sesión del 10 de octubre de 1935 (sic), dijo textualmente: 'Se adoptó el artículo 2º original, agregándole el ordinal 10º propuesto por la Comisión'. Tal ordinal es el actual numeral 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, que sustituyó al inciso 2º del artículo 5º del proyecto del Ministro, que fue suprimido por la Comisión.

"En el pliego explicativo de las modificaciones introducidas por la Comisión al proyecto del Ministro, puede leerse lo siguiente:

'Artículo 2º—El ordinal 10º que se agrega tiene la siguiente justificación: Se trata de reemplazar con él el inciso 2º del artículo 5º (sic) que la Comisión ha propuesto que se niegue. Con el nuevo ordinal 10º que agrega al artículo 2º se garantiza por medio de la vigilancia especial por el Superintendente de Instituciones de Utilidad Común, *que la suma* (subrayo) que va a ser objeto de la exención ha sido invertida efectivamente en los objetos que prevee el mismo ordinal'.

"Y más adelante agrega: 'Artículo 5º—La supresión del inciso 2º ya quedó explicada y la inclusión de las palabras corporaciones, asociaciones, y fundaciones se explica por la supresión del mismo inciso 2º, ya que dichas corporaciones, asociaciones, o fundaciones *quedan sujetas al gravamen con deducción de las SUMAS INVERTIDAS EN LOS OBJETOS PREVISTOS POR LA LEY* (subrayo), al tenor de la modificación del artículo 2º que ya quedó explicado'. (Anales de la Cámara del año de 1935, Tomo VII, página 86).

"Incluído en el artículo 2º de la Ley, el numeral 10º propuesto por la Comisión, se aprobó por el Senado, original, en su sesión del 20 de noviembre de 1935.

"Como se desprende de los antecedentes que han quedado relatados y del informe de la Comisión de la Cámara de Representantes, que constituyen 'la historia fidedigna de su establecimiento', al tenor de lo dispuesto por el artículo 27 del C. C., la diferencia entre lo establecido por el artículo 4º de la Ley 81 de 1931 y el numeral 2º del artículo 5º del proyecto del Ministro, y el numeral 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 es fundamental. En el primer caso se establece una exención del impuesto a determinadas entidades que tanto la Ley como el proyecto del Ministro determinan; en el segundo caso se establece una deducción sobre sumas invertidas en la asistencia pública o social, adelanto de la ciencia, etc., etc.; en el primer caso se otorga una gracia a determinada entidad por la entidad misma; en el segundo caso se reconoce como expresa deducible la inversión hecha con fines de asistencia social.

"Por ello, la Comisión especial de la Cámara obrando con un criterio más ajustado a la técnica del impuesto, y del principio establecido en el artículo 1º de la Ley 78 cuyo análisis se hará más adelante, rechazó el proyecto del Ministro que reproducía lo establecido en la parte final del artículo 4º de la Ley 81 de 1931, porque en él se establecía una exención y optó por incluír dentro de las deducciones, es decir dentro de las expensas admisibles fiscalmente, lo gastado en fines de asistencia social. Es decir, que para el Legislador del año 35 lo esencial no es que determinada entidad deje de pagar impuestos sino que no sean gravadas las sumas invertidas en la asistencia pública.

"Con la disposición establecida en el artículo 4º de la Ley 81 de 1931 estaban exentas de impuesto las entidades por el solo hecho de su denominación y de los fines que perseguían, aun cuando pudiese haber bienes y rentas no destinadas a objetos sociales; con la disposición del numeral 2º del artículo 10º de la Ley 78 de 1935, tales entidades son en sí mismas sujetos pasivos del impuesto, pero tienen derecho a que se deduzcan de su renta bruta las sumas invertidas en objetos de beneficencia social".

Por otra parte, sostiene el abogado demandante que,

"...el hecho de que la sucesión no hubiese sido liquidada a tiempo de la presentación de la declaración de renta y patrimonio, y que por esta causa tal declaración se hubiese presentado en nombre de la sucesión y no de la Fundación, no le quita el carácter esencial a la inversión en fines de asistencia pública, carácter que es la única razón para que dicha inversión no sea gravada. A este respecto dice juiciosamente la Jefatura al estudiar otro caso: 'parece claro que, dentro de la técnica impositiva no debe atenerse a esta o aquella denominación, sino a los lineamientos de su contextura, a los resultados de efectos que ella produzca al ser aplicada a determinado fin'. Exactamente lo mismo se puede predicar del caso que nos ocupa. No importa la denominación o el nombre de la entidad que invierta bienes en la beneficencia; llámese fundación, corporación, sucesión, club social, Cámara de Comercio, etc., etc., lo esencial es que la inversión no persiga el ánimo de lucro para que no pueda ser gravada.

"Pero podría argüírse que la sucesión es un contribuyente distinto

de la Fundación y que es esta y no aquella la que tiene derecho a la deducción al tenor literal del numeral 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935. Sin embargo, tal argumento es inválido y no cabe para el caso en estudio, por las siguientes razones: La primera, porque mientras la sucesión permanezca ilíquida, que es precisamente el caso que nos ocupa, no puede hablarse de dos contribuyentes, sino de uno solo, la sucesión, ya que para efectos fiscales, la Fundación no viene a ser sujeto pasivo de gravamen, sino con posterioridad al registro de la partición y de la sentencia que la aprueba; aprobada esta, tampoco podría hablarse de dos contribuyentes, sino de uno solo, la Fundación, que surge como sujeto pasivo al tiempo de la liquidación de la herencia. Desde este momento, a la Fundación, aplicando literalmente la disposición del citado numeral 10º, le sería reconocida la deducción por la inversión; ¿cómo pues, no reconoce la misma deducción a la inversión por el solo hecho adjetivo y transitorio de haberse iniciado dentro del proceso judicial de la liquidación de la herencia, siendo una misma la inversión y persiguiendo fines idénticos? Rechazada la deducción, temporalmente, qué otra cosa sería sino mermar un patrimonio destinado a fines sociales, contrariando manifiestamente disposiciones legales que ordenan que los bienes destinados a estos fines no se mermen a causa de ningún gravamen? La segunda, porque como ya se ha demostrado suficientemente con la explicación hecha por la Comisión de la Cámara de Representantes, lo esencial para que la deducción sea admisible es el carácter eminentemente benéfico y social de la inversión, hecha directamente y controlada por el Gobierno; la tercera, porque, aun suponiendo contra toda evidencia, e ignorando la intención del Legislador (claramente manifestada en los antecedentes de la Ley), que la inversión deducible solo puede ser hecha por corporaciones, asociaciones, y fundaciones, el principio general consagrado en el artículo 12 de la Ley 78 de 1935, elimina toda duda al respecto, puesto que, para que la renta sea gravable, se requiere como condición indispensable y esencial, que exista el ánimo de lucro, sea cualquiera la persona que la obtenga. Y en el caso que nos ocupa, la inversión hecha en un servicio de beneficencia y caridad excluye ostensiblemente el ánimo de lucro o de enriquecimiento de ninguna persona humana. Y "donde la persona humana, no puede ser objeto de aprovechamiento, ha dicho la propia Jefatura, no puede haber renta fiscal".

Una tercera fase de la posición del señor doctor Angel De la Torre frente al problema sub-judice es:

"Pero además de la demostración hecha anteriormente, la cual se apoya en razones y pruebas de valor indiscutible, los conceptos anteriores, como ya lo anuncié atrás, necesariamente hay que relacionarlos, por la estrecha conexión que entre sí guardan, con el principio universal acogido en el artículo 1º de la Ley 78 de 1935, según el cual se dispone que solamente la renta producida u obtenida con ánimo de lucro puede ser materia de gravamen, porque donde no hay ánimo de lucro no puede haber renta fiscal y donde no hay renta fiscal no puede haber gravamen.

"En efecto, el artículo 1º de la Ley 78 de 1935, expresa textualmente:

'El artículo 1º de la Ley 81 de 1931 quedará así:

'1º—La renta líquida es la renta bruta del contribuyente, menos las deducciones concedidas por esta Ley.

'La renta bruta comprende ganancias, beneficios y rentas provenientes de salarios, jornales o compensaciones por servicios personales de cualquier clase y pagados en cualquier forma, o de profesiones, oficios, ocupaciones, negocios, comercio o de ventas o transacciones sobre propiedades raíces o muebles, así como también de intereses, arrendamientos, dividendos, seguridades u operaciones de cualquier clase de negocios, *llevados a cabo con miras de lucro,* y las rentas provenientes de cualesquiera fuentes, con inclusión de ganancias, beneficios o rentas que provengan de capitales que hayan ingresado al patrimonio del contribuyente a título de donaciones, herencias, legados, fideicomisos, loterías o rifas, ya sea que se hayan recibido cuotas distribuídas o por distribuír. El monto de tales cantidades será incluído en la renta bruta correspondiente al año gravable en que sean recibidas por el contribuyente'. (Subrayo).

"Como todos los razonamientos que sobre el fundamento de la exigencia del ánimo de lucro para determinar la gravabilidad de las rentas, que yo pudiera hacer se encuentran ya expuestos con mayor autoridad en numerosas providencias de la propia Jefatura, al respecto me limito a transcribir los siguientes apartes de su Resolución número R-159-H, de 9 de abril de 1946: 'Donde la persona humana no puede ser objeto de aprovechamiento, no puede haber renta fiscal'. 'Para que las actividades, negocios u operaciones de que habla el artículo 1º de la Ley 78 de 1935 produzcan renta fiscal es indispensable que se lleven a cabo con miras de lucro, es decir, que tiendan a conseguir un enriquecimiento; pero como el enriquecimiento no puede predicarse sino de la persona humana, síguese que allí donde esta no pueda ser sujeto de aprovechamiento, no habrá renta fiscal, y, por tanto, el impuesto carecerá de base. No se opone a lo dicho la tributación que se exige, por ejemplo, a las sociedades anónimas, porque los provechos obtenidos por ellas redundan necesariamente en el enriquecimiento de cada uno de los socios individualmente considerados'. (Resolución Nº R-159-H de 1946 (abril) de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales)".

"..... ...."

Una cuarta fase es la relativa a la inaplicabilidad que el abogado Angel De la Torre considera que, para el caso en estudio, tiene el Decreto Legislativo número 2556 de 1950, "que consagró una deducción especial para las donaciones de renta", pues,

"Lo que carece de sentido y objeto es pretender aplicar a un caso determinado, disposiciones aplicables a uno diferente. Porque, son dos casos distintos. En uno es la inversión de capital en el sostenimiento de un hospital de caridad; en otro, es la donación o contribución caritativa por una porción de renta; en uno, la inversión está supervigilada por el Gobierno; en otro, la donación procede de inversiones o fuentes no supervigiladas; en uno, la inversión y las utilidades producidas por ella carecen de ánimo de lucro, que es enriquecimiento de persona humana;

en otro, la donación es parte de inversiones y rentas producidas con ánimo de lucro; en uno, el capital invertido produce utilidades destinadas exclusivamente a un fin de caridad; en otro, es parte sobrante de una utilidad lucrativa, la que se dona. De suerte, pues, que son dos casos absolutamente distintos y no se puede pretender aplicar a uno, como lo hizo la Jefatura, las normas aplicables al otro".

Sobre todo lo anterior, en el libelo expone el abogado demandante algunas conclusiones, como las siguientes, en su orden:

"La petición fundamental del presente negocio estriba en la afirmación categórica de que las rentas y bienes destinados por la sucesión del señor Pablo Tobón Uribe para la fundación y sostenimiento de un hospital de caridad que lleva su mismo nombre, no pueden ser gravados en forma alguna con el impuesto sobre la renta y sus complementarios".

"..... ....

"Lo fundamental de la reforma de 1935 es haber cambiado el concepto de EXENCION por el de DEDUCCION. El primero, se refiere a la persona; el segundo, a las sumas invertidas. Siendo ello así, la deducibilidad nada tiene que ver con las personas, sino con la suma; y se impone siempre que la inversión en fines de asistencia pública, supervigilada por el Gobierno, aparezca demostrada como ocurre en el presente caso".

"..... ....

"De manera que, puede afirmarse sin lugar a la más mínima duda, que la disposición contenida en el numeral 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, no es otra cosa que consecuencia lógica del principio establecido en el artículo 1º de la misma Ley sobre subordinación de la gravabilidad de las rentas a la condición de que en su obtención haya habido miras de enriquecimiento, o lo que es lo mismo, ánimo de lucro".

"..... ....

"Desde otro punto de vista, la Jefatura al analizar el artículo 4º del Decreto 270 de 1953 que considera sujeto pasivo del gravamen a las sucesiones ilíquidas, adopta la más extraña conclusión. En efecto, 'esta norma, dice que hace contribuyente directo en el impuesto de renta a la sucesión considerándola como persona natural, implica la ficción legal de que las rentas producidas por los bienes herenciales pertenecen a la sucesión y esta ficción supone que el ánimo de lucro *se configura por el simple hecho de que una sucesión obtenga la renta* como sucede cuando las utilidades se reciben por personas naturales'. En primer término, no es cierto que esta norma implique que los bienes herenciales pertenecen a la sucesión; ellos pertenecen a los herederos, siendo la sucesión el procedimiento que estos siguen para que los bienes relictos se radiquen en su cabeza; en segundo término, ¿cómo puede pretender la Jefatura que el ánimo de lucro se configure por el simple hecho de que una sucesión produzca renta? Afirmar esto equivale a desconocer el principio sobre el origen y naturaleza de las rentas. En una determinada renta pueden coexistir simultáneamente utilidades gravables con utilidades exentas, ya por su naturaleza intrínseca, ya por ministerio de la ley".

* * *

Para la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, hecha la trans-

cripción del referido numeral 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 para su mejor conocimiento, dice que

"Del simple texto de la precitada norma, dada la precisión de sus términos, se deduce claramente que la deducción está consagrada exclusivamente a favor de las corporaciones, asociaciones y fundaciones, puesto que se está indicando que las personas jurídicas de tal naturaleza son las que llevan a efecto la inversión y las que, por estar bajo control de la Superintendencia de Instituciones de Utilidad Común, son las únicas que están en capacidad de acreditarla, para su consiguiente reconocimiento".

Luego hace un estudio de los "antecedentes y de las razones que tuvo el legislador" para adoptar el mencionado numeral, por el que,

"...confirma su interpretación en el sentido de que solo para las personas jurídicas con el carácter de fundaciones, asociaciones y corporaciones, se consagró esta deducción", y manifiesta:

"En efecto la Ley 81 de 1931 al establecer en su artículo 4º el impuesto sobre la renta para sociedades de capital, exoneraba de dicho impuesto a las corporaciones y asociaciones creadas con fines de utilidad social, en los siguientes términos:

'Este impuesto no será aplicable a las corporaciones y asociaciones que tengan fines exclusivamente religiosos, de beneficencia, científicos, sociales y de educación, ni a las organizaciones obreras, cámaras de comercio, juntas para el fomento del comercio, o ligas cívicas, siempre que ninguna parte de la renta líquida de tales entidades ingrese al patrimonio de cualquier accionista, miembro o individuo de ella'.

"Como muy bien lo anota el señor apoderado, 'en esta disposición se concede la exención total del impuesto *a las personas o entidades taxativamente enumeradas* (subraya la Jefatura), con la excepción muy importante de que ninguna persona natural pueda beneficiarse con la utilidad o rentas de las entidades exentas'.

"Ahora bien, si en el proyecto de ley 'por el cual se reforman las disposiciones vigentes del impuesto sobre la renta, se aumenta la tarifa, se establecen unos impuestos y se suprimen otros', presentado al Congreso de 1935 por el entonces Ministro de Hacienda, no se introducía ninguna reforma al respecto, ya que en el inciso 2º del artículo 5º se reproducía textualmente la parte final del artículo 4º de la Ley 81 de 1931 atrás transcrita, ¿qué razones tuvo el legislador para haberlo suprimido en el proyecto definitivo, hoy Ley 78 de 1935?

"En verdad, no hay ninguna explicación concreta sobre el particular, en el pliego contentivo de las modificaciones, pero fácilmente se descubre en el informe rendido por la Comisión de la Cámara encargada de estudiar el proyecto del Ministro, cuando en términos generales se expresa: 'Necesario es dentro del mismo orden de ideas, modificar algunas de las disposiciones actualmente vigentes, que dan asidero al fraude, facilita la evasión del tributo, o permiten excluír legalmente de la renta líquida gravable una parte muy considerable de beneficios reales".

"Sin lugar a dudas, una de las disposiciones a que se refería la comisión era el artículo 4º de la Ley 81 de 1931, en lo que hace relación a las

corporaciones y asociaciones, pues dada la forma como estaba concebido dejaba sin control fiscal a dichas entidades, ya que en su condición de exentas ni siquiera estaban obligadas a declarar rentas y patrimonio, siendo, por tanto, imposible imponerles el respectivo gravamen sobre los bienes y rentas no invertidos en asistencia social.

"¿Cómo, pues, remediar tal situación sin mengua de los fundamentos filosóficos y sociales que animaron al legislador de 1931, para declarar a dichas entidades, en forma general, exentas del impuesto? Sencillamente, dentro de la técnica tributaria, convirtiéndolas en sujetos pasivos del impuesto, con la consiguiente obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, y al mismo tiempo reconociéndoles como renta deducible lo invertido en sus propios fines sociales.

"Esta la razón de las modificaciones introducidas en el artículo 5º del proyecto del Ministro, consistente en la supresión del inciso 2º y en el señalamiento como sujetos gravables, a más de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, a las corporaciones, asociaciones y fundaciones, y en la adopción del ordinal 10º del artículo 2º, no existente en la Ley 81 de 1931, normas que en definitiva fueron consagradas en la Ley 78 de 1935.

"De una y otra modificación la comisión daba las siguientes explicaciones:

'Artículo 5º—La supresión del inciso 2º ya quedó explicada y la inclusión de las palabras corporaciones, asociaciones y fundaciones se explica por la supresión del mismo inciso 2º, ya que dichas corporaciones, asociaciones, o fundaciones quedan sujetas al gravamen con deducción de las sumas invertidas en los objetos previstos por la Ley al tenor de la modificación del artículo 2º que ya quedó explicado.

'Artículo 2º—El ordinal 10º que se agrega tiene la siguiente justificación: *'Se trata de reemplazar con él el inciso 2º del artículo 5º* (se subraya), que la comisión ha propuesto que se niegue. Con el nuevo ordinal 10º que se agrega al artículo 2º se garantiza por medio de la vigilancia especial por la Superintendencia de Instituciones de Utilidad Común que la suma que va a ser objeto de la exención ha sido invertida efectivamente en los objetos que prevé el mismo ordinal'.

"Como se observa, fue el mismo legislador el que limitó el alcance del ordinal 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 cuando expresamente dijo que su objeto no era otro sino el de reemplazar con él el inciso 2º del artículo 5º, norma esta que como atrás quedó explicado era la reproducción exacta de la parte final del artículo 4º de la Ley 81 de 1931, la cual concedía 'la exención total del impuesto a las personas taxativamente enumeradas', como lo dijera el señor apoderado, es decir, que lo que se pretendía era reemplazar la exención de carácter general que para tales personas jurídicas establecía la precitada Ley 81 de 1931 por una deducción limitada a las inversiones que efectivamente hicieran dichas personas jurídicas en el cumplimiento de sus fines.

"Queda así demostrado, en atención a los datos que suministran los antecedentes legislativos, que la deducción consagrada en el ordinal 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, solo es aplicable a las corporacio-

nes, asociaciones y fundaciones, creadas con fines de utilidad social, y limitada a las sumas por ellas invertidas en dichos fines".

En seguida expone que "...si la tantas veces citada disposición pudiera aplicarse a las personas naturales, sociedades y sucesiones, el Decreto 2556 de 1950... carecería de sentido y objeto", pero que,

"...como es principio de hermenéutica jurídica que toda norma debe interpretarse en el sentido de que produzca algún efecto, esta encuentra su razón de ser, precisamente en el hecho de que el ordinal 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 solo es aplicable a las personas jurídicas con el carácter de corporaciones, asociaciones y fundaciones, por lo cual, el gobierno nacional, con el propósito de fomentar las obras de utilidad social, en todos los órdenes, consagró la deducción de las donaciones para los demás contribuyentes.

"Se trata entonces de una deducción por el mismo concepto: Inversiones con fines de utilidad común. Pero del estudio comparativo de las dos normas surgen con claridad sus diferentes modalidades, en razón de la calidad de los sujetos gravables que hacen la inversión.

"Mientras que en las corporaciones, asociaciones y fundaciones la inversión es directa, es decir, hecha por ellas mismas, y la deducción no tiene límite dentro de sus propios fines, en los demás contribuyentes la inversión es indirecta, es decir, por conducto de aquellas y su cuantía quedó limitada al 10% de la renta líquida (hoy al 20%)".

Y luego de referirse al argumento del señor doctor Angel De la Torre, sobre que mientras la sucesión permanezca ilíquida solo esta es la contribuyente al impuesto sobre la renta y complementarios, pues la Fundación no viene a ser sujeto pasivo del impuesto sino después de registrada la partición, agrega:

"Este concepto ceñido estrictamente a las normas tributarias que regulan la materia, equivalente a decir que el impuesto grava a la sucesión, como persona distinta, dotada de una capacidad tributaria propia, y que es respscto de ella y no de los herederos en particular, como hay que estudiar el impuesto en el presente caso.

"Siendo esto así, forzoso es concluír que el ordinal 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 no tiene ninguna aplicación en la determinación del gravamen de la sucesión, y que las rentas destinadas a la Fundación Hospital Pablo Tobón Uribe solo puede asimilarse a donaciones para los efectos de la deducción consagrada en el Decreto 2556 de 1950, con sujeción a los límites establecidos en dicha norma (tal y conforme lo hizo la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, al practicar la respectiva liquidación).

"Siguiendo el mismo orden del señor apoderado se pasa al estudio de otro de sus argumentos, expuesto en los términos siguientes: '...porque, aún suponiendo contra toda evidencia, e ignorando la intención del Legislador, (claramente manifestada en los antecedentes de la Ley) que la inversión deducible solo puede ser hecha por corporaciones, asociaciones y fundaciones, el principio general consagrado en el artículo 1º de la Ley 78 de 1935, elimina toda duda al respecto, questo que, para que la renta sea gravable, se requiere cómo condición indispensable y

esencial, que exista el ánimo de lucro, sea cualquiera la persona que la obtenga. Y en el caso que nos ocupa, la inversión hecha en un servicio de beneficencia y caridad excluye ostensiblemente el ánimo de lucro o de enriquecimiento de ninguna persona humana. Y 'donde la persona humana no puede ser objeto de aprovechamiento, ha dicho la propia Jefatura no puede haber renta fiscal'.

"Uno de los problemas más discutidos en razón de la discrepancia que existe entre el antiguo derecho y nuestras normas del Código Civil a las cuales tiene que recurrir el derecho tributario, a falta de su propia teoría, es el de establecer si la sucesión es persona jurídica o no, pues la Corte Suprema de Justicia al igual que la mayoría de los tratadistas ha visto en ella 'cierta universalidad jurídica, y sin llegar hasta llamarla persona, ha adoptado un lenguaje que autoriza para descubrir en ella una entidad capaz de comparecer en juicio activa y pasivamente'.

"Pero si tal problema subsiste en el derecho civil, en el campo tributario desapareció desde la promulgación del Decreto Legislativo 270 de 1953 que en su artículo 4º dispuso:

'El sujeto gravable en las sucesiones ilíquidas será la sucesión ilíquida mientras permanezca en la indivisión, considerada como persona natural, pero solamente gozará de las exenciones por personas a cargo a que tendría derecho el causante si no hubiera muerto'.

"Esta norma que hace contribuyente directo del impuesto de renta a la sucesión, considerándola como persona natural, implica la ficción legal de que las rentas producidas por los bienes herenciales pertenecen a la sucesión, y esta ficción supone que el ánimo de lucro se configura por el simple hecho de que una sucesión obtenga la renta como sucede cuando las utilidades se reciben por personas naturales".

Por último estima la Jefatura que,

"En cuanto el (sic) gravamen complementario sobre el patrimonio cuya exoneración solicita el señor apoderado, fundamentándose en que la sucesión a través de la Fundación Hospital Pablo Tobón Uribe no posee rentas gravables por estar destinadas a fines de utilidad común, esta Jefatura se abstiene de ahondar al respecto, dado que ha demostrado suficientemente la gravabilidad de las rentas de la sucesión".

* * *

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia consultada, para fallar en consonancia con las solicitudes de la parte actora, en lo esencial expuso:

"El punto central del problema a estudio radica precisamente en la determinación del alcance que pueda tener la ficción jurídica contenida en el mencionado Decreto Legislativo 270 de 1953. Porque los demás puntos no admiten siquiera discusión: que las fundaciones de la índole que ostenta el Hospital Pablo Tobón Uribe no están sujetas al impuesto sobre la renta, y que el impuesto sobre el patrimonio y el gravamen de suscripción forzosa de acciones en Acerías Paz de Río son complementarios del impuesto sobre la renta, en forma que no puede tomarse como elemento gravable el patrimonio aislado cuando no existe renta gravable.

"Ahora bien: la ficción jurídica se caracteriza en derecho por ser una

asimilación conscientemente inexacta, pero necesaria para alcanzar determinados fines; de ahí que esa asimilación sea siempre limitada en sus efectos por los fines para la cual se ideó.

"A pesar de que el citado decreto legislativo número 270 no trae una motivación que permita en forma auténtica saber los fines de la ficción en él creada, racionalmente puede concluírse que esa falsa asimilación no pudo tener otros fines que los de obligar a las sucesiones a presentar sus declaraciones de renta, y pagar los impuestos deducibles a que hubiere lugar; pero en forma alguna sería lógico pretender darle el alcance de considerar a la sucesión como persona jurídica distinta de los herederos, para hacerla sujeto gravable cuando el heredero no lo es. En la escala axiológica de los valores jurídicos ocupa un más alto grado el interés del Estado de que las fundaciones que lo ayudan en sus fines de asistencia pública no se vean menoscabados en su patrimonio ni en sus rentas con el pago de impuestos que el Estado recauda de los particulares precisamente para arbitrar recursos con qué atender a sus funciones.

"Por lo tanto, la contradicción, aparente o real, que pueda surgir de la aplicación de esas normas con el citado decreto, debe armonizarse circunscribiendo los alcances de esa ficción a los efectos lógicos que hicieron necesaria la asimilación.

"El Tribunal acoge todos y cada uno de los argumentos expuestos por el distinguido apoderado en su libelo de demanda, los da por reproducidos como parte integrante de esta sentencia, pero prescinde de transcribirlos en gracia de brevedad".

La actitud del Tribunal respecto a la brevedad que menciona, dado que acogía lo pedido, es aceptable, pero como la Sala ahora, cumplido el estudio cuidadoso que ha hecho del caso sub-judice, es de opinión diferente, se ha visto en la necesidad de transcribir lo que ha considerado más importante de lo actuado, para por tal proceder hacer más claras y fundadas sus conclusiones que, habrán de conducir a la revocatoria de la sentencia en consulta y a la consiguiente denegación de las solicitudes del libelo presentado por el señor doctor Angel De la Torre.

* * *

En cuanto a la interpretación exegética basada en la letra expresa y atendiendo a la construcción gramatical del memorado numeral 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, la Sala está de acuerdo con el abogado Angel De la Torre al considerar que el adverbio "exclusivamente" allí empleado no hace referencia a "corporaciones", "asociaciones" o "fundaciones", sino a las "cantidades invertidas", puesto que precisamente lo deducible para computar la renta líquida en esos casos, es la totalidad de las inversiones efectuadas en fines de "asistencia pública o social", "educación", "organizaciónes obreras", "ligas cívicas" o "cámaras de comercio", comprobada la efectividad de las sumas gastadas por la certificación que expida la Superintendencia de Instituciones de Utilidad Común. Pero en verdad, si la redacción de dicho numeral puede adolecer del defecto de no haber quedado con una *coma* después de la palabra "fundaciones", para que así su significación hubiera sido más nítida respecto de la interpretación que se le viene dando, sin embargo, acep-

tado lo anterior, en manera alguna puede entenderse que la deducción en él permitida lo es tanto para las "corporaciones", "asociaciones" o "fundaciones" expresamente tenidas en cuenta, como para cualesquier personas naturales o jurídicas que inviertan dinero en los fines antes referidos.

Desde un punto de vista ajustado a la técnica tributaria, y a principios "técnico-filosóficos-sociales" que han sido mencionados en autos, deberían haberse autorizado esas deducciones para unas y otras, indistintamente, siempre y cuando se allegara a las oficinas fiscalizadoras la comprobación adecuada, pero el numeral 10º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 tal como quedó concebido, excluye de las deducciones en él autorizadas, a las personas naturales, y a las personas jurídicas diferentes a "corporaciones", "asociaciones" o "fundaciones" dedicadas por entero a la asistencia pública o social, a la educación, a organizaciones obreras, o al sostenimiento de ligas cívicas o cámaras de comercio, sometidas, como lo están, al control de la Superintendencia de Instituciones de Utilidad Común, lo que hace resaltar la Jefatura de Rentas, la que por cierto, desde este ángulo de apreciación del asunto, ya viene a estar asistida por la razón al interpretar en sus últimos efectos, el mencionado numeral.

En lo referente a lo que puede colegirse de la historia fidedigna del establecimiento de dicha disposición, que, por igual, han producido tanto el señor doctor Angel De la Torre como la Jefatura, la Sala, no obstante compartir apreciaciones de suma importancia expuestas por el primero, sin embargo, desde un punto de vista general en orden a la conclusión a que llega, una vez conocidos y analizados esos antecedentes, está más de acuerdo con la segunda.

Cierto, como lo expone el abogado Angel De la Torre, que el Congreso de la República, estudiado el proyecto de ley sobre reforma tributaria que le presentara en 1935 el eminente hombre público desaparecido, señor doctor Jorge Soto del Corral en su carácter de Ministro de Hacienda, tuvo un criterio más acorde con la técnica de impuestos al reemplazar el sistema de exenciones que consagraba el artículo 4º de la Ley 81 de 1931, de nuevo llevado por él como inciso 2º del artículo 5º, por el sistema de deducciones que contiene el número 10 del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, lo que tuvo "...el sentido de no exencionar del impuesto a la persona o entidad en sí misma, sino de considerar que las sumas invertidas en la asistencia pública o social constituyen un gasto deducible que deberá descontarse al computar la renta líquida", y cierto que "... ...la diferencia entre lo establecido por el artículo 4º de la Ley 81 de 1931 y el numeral 2º de la Ley 78 de 1935 es fundamental", pues, "en el primer caso se establece una exención del impuesto a determinadas personas que tanto la Ley como el proyecto del Ministro determinan; en el segundo caso se establece una deducción sobre sumas invertidas en la asistencia pública o social, adelanto de la ciencia, etc., etc.; en el primer caso se otorga una gracia a determinada entidad por la entidad misma; en el segundo caso se reconoce como expresa deducible la inversión hecha con fines de asistencia social", como también es cierto que la

Comisión de la Cámara de Representantes, al exponer en el pliego explicativo de las modificaciones introducidas al proyecto de ley presentado, y dar cuenta como novedad, de la introducción del numeral 10º para el artículo 2º, reemplazando el inciso 2º del artículo 5º del proyecto ministerial, expuso:

"... .Con el nuevo ordial 10º que se agrega al artículo 2º se garantiza por medio de la vigilancia especial por el Superintendente de Instituciones de Utilidad Común, que la suma que va a ser objeto de la exención ha sido invertida efectivamente en los objetos que prevee el mismo ordinal", para luego agregar que,

"La supresión del inciso 2º ya quedó explicada y la inclusión de las palabras corporaciones, asociaciones y fundaciones se explica por la supresión del mismo inciso 2º, ya que dichas corporaciones, asociaciones quedan sujetas al gravamen con deducción de las sumas invertidas en los objetos previstos por la Ley, al tenor de la modificación del artículo 2º que ya quedó explicado", pero en manera alguna puede de lo anterior concluírse que la Comisión de la Cámara entendió extender el beneficio de la deducción que se establecía, a cualesquiera personas naturales o jurídicas que, invirtieran sumas de dinero en los indicados fines, pues como lo hace notar la Jefatura de Rentas en otra parte del informe de la Comisión se encuentra:

"Necesario es dentro del mismo orden de ideas, modificar algunas de las disposiciones actualmente vigentes que dan asidero al fraude, facilitan la evasión del tributo, o permiten excluír legalmente de la renta líquida gravable una parte muy considerable de beneficios reales", lo que comenta la Jefatura de Rentas con acierto en la siguiente forma:

"Sin lugar a dudas, una de las disposiciones a que se refería la comisión era el artículo 4º de la Ley 81 de 1931, en lo que hace relación a las corporaciones y asociaciones, pues dada la forma como estaba concebido dejaba sin control fiscal a dichas entidades, ya que en su condición de exentas ni siquiera estaban obligadas a declarar rentas y patrimonios, siendo, por tanto, imposible imponerles el respectivo gravamen sobre los bienes y rentas no invertidos en asistencia social".

Entonces, si por lo resultante del tenor literal del numeral 10 del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, y por lo que se colige de la historia fidedigna de su establecimiento, no pueden ser aceptadas las apreciaciones del señor abogado Angel De la Torre, sobre que el numeral en mención solo hace referencia a sumas invertidas en objetivos de asistencia pública o social, etc., para ser deducidas a cualesquier contribuyentes, bien sean personas naturales, o jurídicas en general, o especialmente dentro de estas últimas a "corporaciones", "asociaciones" o "fundaciones", que expresamente se citan, mal puede compartir la Sala, la consideración de que aunque para el 31 de diciembre del año gravable de 1954, o para "el tiempo de la presentación de la declaración de renta y patrimonio", la sucesión del señor Pablo Tobón Uribe no hubiera sido liquidada, y "por esta causa tal declaración se hubiese presentado en

nombre de la sucesión y no de la Fundación", ello "no le quita el carácter esencial a la inversión en fines de asistencia pública, carácter que es la única razón para que dicha inversión no sea gravada", para pedir en consecuencia, la deducción total del impuesto sobre la renta y complementarios para la referida sucesión en el año fiscal de 1954.

Pero a más de lo anterior, y contrariando en este aspecto las argumentaciones del Tribunal Administrativo de Antioquia, es un hecho que impide sostener con fuerza, si no jurídica, por lo menos legal, toda discusión o divergencia al respecto, la existente vigencia dentro de nuestro derecho positivo tributario del artículo 4º del Decreto Legislativo número 270 de 1953 que es del siguiente tenor:

"El sujeto gravable en las sucesiones ilíquidas será la sucesión ilíquida mientras permanezca en la indivisión, considerada como persona natural, pero solamente gozará de las exenciones por personas a cargo a que tendría derecho el causante si no hubiere muerto".

Entonces, tiene que admitirse sin lugar a duda alguna, que la sucesión ilíquida del señor Pablo Tobón Uribe era para el año de 1954, *para efectos fiscales*, una persona natural absolutamente distinta de la Fundación, "Hospital Pablo Tobón Uribe" que, por cierto, para entonces no había sido reconocida como persona jurídica, posición esta que solo vino a adquirir por Resolución del Ministerio de Justicia número 0528 de marzo 4 de 1955, según lo comprueba el "Diario Oficial" número 28736 que obra en autos. De ahí que el señor Luis Navarro Ospina, dentro de la ley, presentara la declaración en nombre y representación de la expresada sucesión, y de ahí también, que la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, a pesar de la corrección y adición a la declaración original, procediera correctamente al realizar la operación administrativa de liquidación de los impuestos a la memorada sucesión.

La apreciación del Tribunal Administrativo de Antioquia sobre que la ficción jurídico-legal concretada en el transcrito artículo 4º del Decreto Legislativo número 270 de 1953, "no pudo tner otros fines que los de obligar a las sucesiones a presentar sus declaraciones de renta, y pagar los impuestos deducibles a que hubiere lugar", porque "en forma alguna sería lógico pretender darle el alcance de considerar a la sucesión como persona jurídica distinta de los herederos, para hacerla sujeto gravable cuando el heredero no lo es", y los conceptos del señor abogado demandante sobre que "no es cierto que esta norma implique que los bienes herenciales pertenecen a la sucesión; ellos pertenecen a los herederos, siendo la sucesión el procedimiento que estos siguen para que los bienes relictos se radiquen en su cabeza", si bien son verdaderos desde el campo de acción del derecho civil, ya que en él, como lo conceptúa la Corte Suprema de Justicia, según cita aportada a los autos por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, una sucesión es cierta universalidad jurídica sin llegar a constituír persona independiente, o una comunidad de bienes por entero ligada a los herederos, en la esfera de actividad del derecho tributario colombiano, son inexactos por la presencia y vigencia del pretranscrito artículo 4º del Decreto Legislativo

número 270 de 1953, que, como bien lo manifiesta la Jefatura de Rentas en la Resolución número R-3939-H de 1958,

"Esta norma que hace contribuyente directo del impuesto a la renta de la sucesión, considerándola como persona natural, implica la ficción legal de que las rentas producidas por los bienes herenciales pertenecen a la sucesión...".

La Sala no deja de reconocer que dentro de un ambiente teórico y jurídico tan solo, o desde el "técnico-filosófico y social" que menciona el señor doctor Angel De la Torre en sus escritos, el caso ofrecido por la sucesión del señor Pablo Tobón Uribe debería tratarse como lo estimó el Tribunal y el distinguido abogado lo considera y pide, pero hay que convenir que ello es imposible ante la vigente acción del precepto que, como se ha visto, lo impide. Sería violarlo proceder de manera contraria, aunque se pudieran invocar los más puros principios doctrinarios. A este respecto, no cabe posición distinta, para el juzgador de derecho, que la de darle aplicación rigurosa a la norma de hermenéutica legal contenida en el art. 27 de nuestro Código Civil sobre que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

La ley colombiana quiso que las sucesiones ilíquidas para todos los efectos tributarios, fueran consideradas como personas naturales, de manera de tener, si bien los mismos derechos de estas, también las mismas obligaciones, entre las cuales se cuenta como principal, la de ser sujeto pasivo del impuesto sobre la renta y complementarios, con todas sus consecuencias impositivas.

De todo lo anterior surge, que la al principio de esta sentencia tenida como "tercera fase de la posición del señor doctor Angel De la Torre", fiscal y positivamente tampoco pueda aceptarse, aunque doctrinaria o teóricamente está puesta en razón.

Al constituír una sucesión ilíquida, persona natural independiente, capaz de derechos y obligaciones tributarios, es obvio que en todas las operaciones que haya efectuado para producir renta o incrementar sus haberes, tenga que presumirse el ánimo de lucro, ya que para en nada juegan papel el heredero o herederos que civilmente pudan tener derecho a los bienes que la componen, así como las características propias o funcionales de tales herederos frente, también, a las mismas leyes tributarias. No se trata de una cuestión regida por el derecho civil, sino de cuestión normada expresa y precisamente por el derecho tributario.

Por estos motivos, la Sala comparte lo decidido por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, cuando al comentar la ficción que estableció el memorado artículo 4º del Decreto Legislativo número 270 de 1935, dijo:

"...y esta ficción supone que el ánimo de lucro se configura por el simple hecho de que una sucesión obtenga la renta como sucede cuando las utilidades se reciben por personas naturales".

Por tanto, la Sala considera que la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia al fijarle por este aspecto los impuestos objetados a la sucesión ilíquida del señor Pablo Tobón Uribe para el 31 de diciem-

bre de 1954, en al forma como lo hizo, y por ende, el acto posterior de la Jefatura de Rentas que vino a confirmar esa liquidación, no es violador del artículo primero, ordinal primero, de la Ley 78 de 1935.

Y dentro del orden de ideas que viene exponiendo la Sala para definir su actitud en el presente negocio, no se está de acuerdo con la parte actora respecto a que en el caso ofrecido por la sucesión del señor Pablo Tobón Uribe, no es aplicable el Decreto Legislativo número 2556 de 1950, como sí lo cree la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

Desde el momento que se estimó que el numeral 10 del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, tanto por lo que se desprende de su tenor literal como por lo que se colige de la historia fidedigna de su establecimiento, no es aplicable a personas naturales, ni a personas jurídicas distintas de corporaciones, asociaciones y fundaciones, destinadas, bajo el control de la Superintendencia de Instituciones de Utilidad Común, a fines de asistencia pública o social, etc., es lógico concluír, que el único estatuto aplicable a la sucesión ilíquida en mención, para excluírle alguna parte de sus rentas por el año gravable de 1954 y por estar destinada a objetivos de utilidad social, es el referido Decreto Legislativo número 2556 de 1950 que en su artículo primero dice:

"A partir del año gravable de 1950 en adelante, para la determinación o cómputo de la renta líquida de los contribuyentes al impuesto sobre la renta y complementarios, deberá hacerse a la renta bruta, además de las deducciones generales permitidas por las leyes y reglamentos vigentes, una deducción especial por concepto de contribuciones caritativas o donaciones hechas durante el año o período gravable, a fundaciones, corporaciones o asociaciones que tengan fines exclusivamente de asistencia pública o social, protección de la vejez o de la infancia, religiosos, de beneficencia, científicos o de educación, siempre que se cumplan estas condiciones:

"a) Que la contribución o donación no exceda en cada año o período gravable del 10% de la renta líquida del contribuyente, computada antes de hacer la deducción. Si excediere del linde anterior, la deducción se concederá solamente hasta dicho porcentaje;

"b) Que la entidad donataria ejercite sus actividades dentro del país, y que la contribución o donación se aplique o haya de aplicarse en Colombia y exclusivamente para los fines indicados; y

"c) Que ninguna parte de las ganancias líquidas de las entidades donatarias ingrese al patrimonio particular de cualquier accionista, socio, miembro o persona natural por concepto de distribución de utilidades".

Es verdad que regulan casos distintos el numeral 10 del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, y el antes transcrito Decreto Legislativo, y que la manera de actuarse en el uno y en el otro son diferentes, pues como lo expresa la Resolución R-3939-H de 1958, acusada,

"Mientras que en las corporaciones, asociaciones y fundaciones la inversión es directa, es decir, hecha por ellas mismas, y la deducción no tiene límite dentro de sus propios fines, en los demás contribuyentes la inversión es indirecta, es decir, por conducto de aquellas y su cuantía quedó

limitada al 10% (hoy el 20%)", por lo cual se puede concluír que la deducción por inversiones en objetivos de utilidad social es diferente, según el sujeto gravado que las realice.

A varios otros puntos se refieren tanto el señor doctor Angel de la Torre como la Jefatura de Rentas en la demanda y actos acusados, pero no es del caso detenerse en ellos, ya que lo principal de las litis por decidir está expuesto en cuanto consta anteriormente.

Establecido por la Sala que la renta producida por la sucesión del señor Pablo Tobón Uribe durante el año fiscal de 1954, está obligada a pagar el impuesto sobre la misma, es obvio entonces que tiene igual obligación respecto al complementario sobre el patrimonio.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Primero.—REVOCASE la sentencia de fecha 18 de diciembre de 1958 proferida en este asunto por el Tribunal Administrativo de Antioquia; y

Segundo. — En consecuencia, DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio al Tribunal de origen.

Alejandro Domínguez M. — Carlos Gustavo Arrieta. — Andrés Augusto Fernández M. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

IMPUESTOS

Es consultable la sentencia condenatoria que imponga a una entidad de derecho público una prestación cuyo valor exceda de dos mil pesos.—En la sentencia que ordena devolución de sumas de dinero por concepto de impuestos no hay condenación contra el Estado.—El gasto aunque corresponda a una vigencia expirada es deducible en la fecha del pago.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., abril dos de mil novecientos cincuenta y nueve.

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

El doctor ALVARO CAICEDO MARTINEZ, abogado titulado e inscrito, mayor y vecino del municipio de Cali, en su carácter de apoderado de "ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S. R. LIMITADA", sociedad comercial domiciliada en la ciudad de Cali; de "ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY"; y de "ABBOTT LABORATORIES", sociedades anónimas estas dos últimas y organizadas de acuerdo con las leyes del Estado de Illinois, Estados Unidos de América, en libelo de demanda fechado el 25 de octubre de 1956, corregido el 21 de noviembre del mismo año y dirigido al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, solicitó que, previos los trámites señalados por el Capítulo XXIII del Código de lo Contencioso Administrativo, se ordenara lo siguiente:

"I—Revisar la operación administrativa de liquidación de impuestos practicada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en relación con 'ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S. R. LIMITADA', por el año gravable de 1952, por medio de la Resolución número 3.917 de 13 de diciembre de 1954, modificada por la Resolución número 3.499 de 13 de julio de 1956; y, en consecuencia, practicar una nueva liquidación que reemplace la verificada por la Resolución que se reclama, reconociendo que son deducibles las partidas de $ 12.000.00 y 1.458.11, correspondientes a servicios de Auditoría, y verificando una nueva distribución, teniendo en cuenta esa deducción, de la renta y patrimonio a cargo de las sociedades socias: 'ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY" y 'ABBOTT LABORATORIES'.".

"II—Revisar la operación administrativa de liquidación de impuestos practicada por la Jefatura de Rentas, en relación con 'ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY', por medio de la Resolución número 3.918 de 13 de diciembre de 1954, modificada por la Resolución número 3.500 de 13 de julio de 1956; y en consecuencia practicar una nueva liquidación que reemplace la verificada por la Resolución que se reclama, teniendo en cuenta lo que 'ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY' le corresponde por renta y patrimonio en la sociedad 'ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S. R. LIMITADA', declarando cuál es la suma que 'ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY' debe pagar por impuesto sobre la renta y gravámenes complementarios,

por el año gravable de 1952; y ordenar por último, que se devuelva a 'ABBOTT INTERNATIONAL COMPANY' por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la suma pagada en exceso, conforme al saldo que resulte a su favor en la nueva liquidación, con los intereses correspondientes, a la tasa del ocho por ciento (8%) anual fijada por la ley".

"III—Revisar la operación administrativa de liquidación de impuestos practicada por la Jefatura de Rentas, en relación con 'ABBOTT LABORATORIES', por medio de la Resolución número 3.919, de 13 de diciembre de 1954, modificada por la Resolución número 3.501, de 13 de julio de 1956; y en consecuencia, practicar una nueva liquidación que reemplace la verificada por la Resolución que se reclama, teniendo en cuenta lo que a 'ABBOTT LABORATORIES' le corresponda por renta y patrimonio, como socio de 'ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S. R. LIMITADA', declarando cuál es la suma que 'ABBOTT LABORATORIES' debe pagar por impuesto sobre la renta, complementarios y gravámenes especiales, por el año gravable de 1952; ordenar que se devuelva a 'ABBOTT LABORATORIES' por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la suma pagada en exceso, por razón del impuesto sobre la renta y cuota de rehabilitación y fomento, conforme al saldo que resulte a su favor en la nueva liquidación con los interess correspondientes, a la tasa del ocho por ciento (8%) anual, fijada por la ley, y declarar que la suma invertida en exceso en Paz del Río, conforme al saldo que resulte a su favor en la nueva liquidación, la podrá aplicar 'ABBOTT LABORATORIES' a una nueva suscripción, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 2.187 de 1951".

Los hechos sobre los cuales descansa la acción ejercitada se pueden sintetizar así:

La Administración de Hacieda Nacional del Valle, con base en la declaración de impuesto sobre la renta presentada por "ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S. R. LIMITADA", efectuó la liquidación por el año gravable de 1952 y distribuyó las utilidades de ésta entre las dos socias extranjeras, a saber: "ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY" y "ABBOTT LABORATORIES"; la misma Administración le practicó a estas dos sociedades extranjeras, con fundamento en las declaraciones de renta presentadas por éstas, la liquidación del impuesto sobre renta y complementarios por el año fiscal de 1952; las tres entidades nombradas se conformaron con las liquidaciones efectuadas y dentro del término fijado por la ley hicieron el pago de rigor; la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en ejercicio de la facultad concedida por los artículos 15 de la Ley 81 de 1931 y 11 del Decreto número 270 de 1953, revisó oficiosamente las liquidaciones practicadas a "ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S. R. LIMITADA". "ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY" y "ABBOTT LABORATORIES" por medio de las Resoluciones números 3.917, 3.918 y 3.919 de trece de diciembre de 1954, respectivamente; en estas tres Resoluciones, al efectuarse la operación de revisión oficiosa, fueron rechazados como deducibles de la renta los siguientes renglones: a) $ 3.600.00 por concepto de gastos legales; b) $ 12.000.00 por concepto de gastos de Auditoría; c) $ 1.458.11

correspondientes igualmente a gastos de Auditoría; d) $ 1.516.79 relativos a un exceso de depreciación en los equipos de Planta, Oficina y Automotores; y f) $ 429.80 por concepto de la diferencia entre el valor comercial de los bienes raíces y el valor señalado en el Catastro; contra las Resoluciones números R-3. 917-H, R-3. 918-H y R-3. 919-H de 13 de diciembre de 1954 se interpuso por el doctor CAICEDO MARTINEZ el recurso de reposición para que fueran revocadas en parte, ya que el reclamo se concretó exclusivamente a los renglones comprendidos en los literales a), b) y c); por medio de la Resolución número R-3.499-H de 13 de julio de 1956, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales decidió el recurso de reposición accediendo a aceptar como deducible únicamente el renglón relativo a gastos legales, o sea la suma de $ 3.600.00 moneda legal y efectuando, como consecuencia de ello, una nueva distribución fiscal del patrimonio y renta entre las dos sociedades extranjeras, socias de la colombiana; mediante las Resoluciones números R-3. 500-H y R-3. 501-H de la fecha últimamente citada fueron decididos los recursos de reposición interpuestos por "ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY" y "ABBOTT LABORATORIES", respectivamente y se les fijaron a estas entidades el monto de los impuestos de renta, complementarios y especiales; las Resoluciones proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales el 13 de julio de 1956 fueron debidamente notificadas; las sociedades gravadas fuera de los límites señalados por la ley procedieron a hacer la consignación de los impuestos determinados en la liquidación adicional con la mira de ejercitar la acción sobre revisión de la operación administrativa; y los razonamientos aducidos por la Jefatura para rechazar la deducción de las partidas mencionadas en los literales b) y c) son absolutamente inaceptables.

Sobre las disposiciones violadas y sobre el concepto de violación se expresa así el señor apoderado de las entidades demandantes:

"FUNDAMENTOS LEGALES DE LA ACCION

"A) La acción que propongo está consagrada por los artículos 14 de la Ley 81 de 1931 y 12 de la Ley 78 de 1935, en armonía con el artículo 271 de la Ley 167 de 1941".

"B) Disposiciones violadas: a) La liquidación efectuada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales viola el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 por cuanto esta disposición establece que al computar la renta líquida se deben deducir de la renta bruta, las expensas ordinarias causadas y pagadas durante el año gravable en el manejo de cualquier comercio o negocio cuya renta sea gravable de acuerdo con esta ley..." Y en el caso que se contempla se deja de deducir un gasto de administración, que es una expensa ordinaria, inseparable dentro de la buena marcha del negocio e inevitable dentro del mismo negocio. b) La referida liquidación viola el artículo 55 del Decreto 818 de 1936, ya que llenando la deducción todos los requisitos establecidos por esta disposición, la Jefatura la rechaza. c) La operación administrativa de liquidación verificada por

la Jefatura de Rentas viola el artículo 12 de la Ley 81 de 1931. De acuerdo con esta disposición, el funcionario de Hacienda debe hacer la liquidación del impuesto sobre la renta 'sobre las bases de la declaración y de toda otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada'. Del artículo citado, en armonía con el artículo 9º de la Ley 78 de 1935, se deduce, con toda claridad: 1º que la declaración del contribuyente es la base de la liquidación; y 2º que la declaración no se puede desestimar por el funcionario correspondiente sino con base o apoyo en otra información que éste pueda obtener y que 'haya sido plenamente comprobada'. Es decir, que la sola información o afirmación no basta, sino que se requiere que se trate de una información que esté plenamente comprobada. Una simple afirmación del funcionario liquidador deja subsistente, como única base para la liquidación, la declaración jurada del contribuyente,... que debe considerarse como verdadera mientras el funcionario aludido no demuestre lo contrario, en forma plenamente comprobada. Por tanto, ya que la Jefatura, fundada no en una información plenamente comprobada, sino en una mera suposición o afirmación, le da a la declaración de la compañía un sentido que ésta no tiene, un sentido diferente al manifestado, bajo la gravedad del juramento, es evidente la violación de la disposición citada".

Rituado el juicio con observancia plena de las normas procesales de rigor, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de acuerdo con el colaborador Fiscal, desató la controversia en forma favorable a la parte demandante mediante la sentencia proferida el siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

La parte resolutiva de esta providencia está concebida en estos términos:

"Primero: Decláranse nulas las Resoluciones números 3.917 de trece de diciembre de 1954, y 3.949 de 13 de julio de 1956, referentes a la liquidación y distribución de la renta y patrimonio practicada a 'ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S. R. LIMITADA' por el año de 1952; número R-3.918-H de 13 de diciembre de 1954 y R-3.500-H de 13 de julio de 1956, referentes a la liquidación de impuestos practicada a 'ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL COMPANY' por el año de 1952; y número 3.919 de 13 de diciembre de 1954 y R-3.501-H de 13 de julio de 1956, referentes a la liquidación de impuestos practicada a la sociedad 'ABBOTT LABORATORIES' por el año de 1952".

"Segundo: Señalar en la cantidad de ciento un mil cuatrocientos cincuenta y ocho pesos con veintiocho centavos ($ 101.458.28) moneda corriente incluyendo la cuota de rehabilitación y fomento, el impuesto sobre la renta, patrimonio y adicionales correspondientes a la sociedad 'ABBOTT LABORATORIES DE ILLINOIS' por el año gravable de 1952".

"Tercero: Señalar en la cantidad de treinta y nueve pesos con setenta y siete centavos ($ 39.77) moneda corriente, la suma que la sociedad "ABBOTT LABORATORIES INTERNATIONAL DE ILLINOIS" debe pagar como impuesto de renta y patrimonio por el año gravable de 1952".

"Cuarto: El Tesoro Nacional, por conducto de la Administración de

Hacienda Nacional del Valle, reintegrará, tan pronto como quede ejecutoriada la presente providencia, las siguientes cantidades cobradas de más:

a) A 'Abbott Laboratories de Illinois' la suma de cuatro mil quinientos ochenta y nueve pesos con diez y seis centavos ($ 4.589.16), y

b) A 'Abbott Laboratories International de Illinois' la suma de dos pesos con cincuenta y seis centavos ($ 2.56)".

"COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CONSULTESE CON EL H. CONSEJO DE ESTADO, SI NO FUERE APELADA".

La anterior sentencia fue notificada en forma legal, y contra ella no se interpuso el recurso de alzada, ya que el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali, en su vista de 4 de junio de 1957, había conceptuado en forma totalmente favorable a la parte demandante en atención a la sólida argumentación expuesta en el libelo de demanda. Lógicamente, pues, el señor representante del Fisco no podía ni debía interponer el recurso de apelación contra la aludida sentencia.

Remitido el expediente a esta corporación para que fuera revisada la sentencia en virtud del grado de consulta ordenado por el Tribunal Administrativo, es preciso saber en primer término, qué dispone la ley sobre esta materia. Sólo así se sabrá si la sentencia que le puso fin a la litis en la primera instancia es o no consultable, y si lo es total o parcialmente.

El artículo 134 del Código de lo Contencioso Administrativo dispone:

"Si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público, siendo procedente el recurso, deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, **cuando declaren una obligación a cargo del Estado,** de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa".

"La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutoría mientras no se surta ante el superior". (Las sublíneas no son del texto).

La frase **"cuando declaren una obligación a cargo del Estado"** está indicando con absoluta nitidez que sólo es procedente la **"consulta"** de una sentencia en el caso de que ésta le imponga al Estado una obligación que en forma directa afecte su patrimonio. Por consiguiente, no toda sentencia adversa a la Nación tiene que ser consultada. Para apreciar mejor el alcance de la disposición legal transcrita, es conveniente recordar la clasificación de las sentencias consagrada por la doctrina. Esta, en consideción al derecho sustancial que amparan, las divide en tres tipos, a saber: Sentencias meramente declarativas, sentencias constitutivas y sentencias de condena. La declarativa o meramente declarativa tiene por objeto, según los Procesalistas, "la pura declaración de la existencia o inexistencia de un derecho". La constitutiva es aquella que sin declarar la existencia o inexistencia de un derecho ni condenar al cumplimiento de una prestación, crea o modifica un estado de derecho. La condenatoria tiene por objeto imponer el cumplimiento de una prestación.

A la luz de estos breves conceptos de carácter procesal, es innegable que en las sentencias declarativas y en las constitutivas no se declara obligación a cargo de la parte demandada, y, por ende, no es procedente la consulta cuando ellas se pronuncian en favor de la parte demandante

en los litigios en que el Estado figura como demandado. En los eventos de sentencias de condena, es evidente que la consulta se impone si ellas se pronuncian contra el Estado, o alguna entidad de derecho público o de una persona administrativa.

Sentadas estas bases, cabe esta pregunta: En los juicios sobre impuestos, la sentencia que ordena la devolución de sumas de dinero es sentencia de condena o es ella declarativa?

Para responder acertadamente conviene transcribir el inciso 5º del artículo 85 del C. C. A.

"Si se trata de demanda de impuestos que se exigen o de créditos definitivamente liquidados a favor del Tesoro Público deberá acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente en la oficina recaudadora. Terminado el juicio respectivo, la cantidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente o deudor, ingresará definitivamente a los fondos del Tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resulte si lo hubiere".

Y en el último inciso del citado artículo se dispone:

"El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos en que las leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida".

El doctor Tulio Enrique Tascón al comentar el inciso 5º que se acaba de transcribir se expresa así:

"El proyecto original establecía que si se trataba de demanda de impuestos, debía acompañarse el comprobante del pago, reviviendo lo que estaba dispuesto en el artículo 106 de la Ley 130 de 1913, que había sido modificada por la Ley 25 de 1928 en los siguientes términos:

"Artículo 19. En los juicios administrativos que tienen por objeto revisar providencias en que se impone la obligación de consignar una cantidad de dinero, como el pago de un impuesto, antes de admitir la demanda, debe otorgarse caución a satisfacción del Magistrado sustanciador, de hacer el pago del respectivo impuesto con los recargos a que hubiere lugar, en cuanto fuere desfavorable lo resuelto. Esto no implica prórroga del tiempo en que debe hacerse el pago, ni se opone a los efectos del auto de suspensión".

"La Comisión del Senado modificó la disposición en la forma en que fue definitivamente adoptada, por razones que explicó así:

"La modificación consiste en establecer que la consignación de la suma en la oficina recaudadora se haga en calidad de depósito para evitar las demoras que se observan en la práctica en relación con la reintegración de los saldos a favor de los contribuyentes o deudores, cuando las sumas pagadas entran definitivamente a los fondos públicos. También se modifica el artículo en el sentido de que —cuando la ley no exija especialmente el pago previo— se pueda otorgar caución, tal como actualmente lo establece el artículo 19 de la Ley 25 de 1928".

Según se infiere del artículo 86, inciso 5º, y del informe de la Comisión del Senado, en virtud de la consignación ordenada por la ley y efectuada

por la parte demandante, se crea entre ésta y el Estado Colombiano la relación jurídica que nace entre depositante y depositario.

Según las claras y categóricas normas que regulan el "depósito", el depositario tiene sobre la cosa depositada una mera tenencia que desaparece desde el momento mismo en que se efectúa la restitución del objeto sobre el cual recae tal acto jurídico. Al ordenarse, por un funcionario que tenga jurisdicción, la restitución de la cosa depositada al depositante por el depositario no se le está causando ningún daño patrimonial a éste ni se le está imponiendo ninguna obligación. Por consiguiente, en eventos como el presente, al ordenarse la restitución del depósito, o al disponerse la devolución de una suma de dinero a cargo del Tesoro Nacional, en la respectiva sentencia se está reconociendo la inexistencia de una obligación por parte del contribuyente.

Las anteriores consideraciones indican que las sentencias que ordenan devoluciones a cargo del Estado por concepto de impuestos no son consultables a la luz del artículo 134 del C. C. Administrativo.

Pero quizá se diga que el artículo 5º del Decreto Ejecutivo número 554 de 28 de febrero de 1942 modificó lo relativo a consultas al disponer en el inciso 3º lo siguiente:

"Los fallos de los Tribunales de lo Contencioso en asuntos de cuantía superior a $ 500.00 serán apelables ante el honorable Consejo de Estado, y los que no fueren apelables y en los cuales se ordenare una devolución a cargo del Tesoro Nacional por valor mayor de $ 100.00 estarán sujetos a consulta ante el mismo Consejo".

Este Decreto Extraordinario, en la parte transcrita, carece de fuerza legislativa para reformar las normas establecidas en la Ley 167 de 1941 porque él fue expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 128 de 1941, estatuto que entró a regir cuando aún no se había expedido la Ley 167 del mismo año.

Pero se dirá que el artículo 85 del C. C. Administrativo ha sido modificado parcialmente mediante la expedición de normas legales posteriores. Esta aseveración carece de fundamento porque en distintos Decretos se habla de consignación previa para poderse ejercitar la acción sobre revisión de las operaciones administrativas de liquidación. Es cierto que en algunos casos se habla de pago de los impuestos respectivos, pero esos pagos ordenados por la Ley 23 de 1949 en su artículo 6º y 27 del Decreto Legislativo número 0270 de 1953 sólo se refieren al "impuesto no discutido" o "al impuesto liquidado proforma" respectivamente, y no a los adicionales fijados en ejercicio de la facultad de revisión oficiosa.

Resta sólo agregar que el mismo Decreto Extraordinario número 554 de 1942, en su artículo 13, dispuso categóricamente que para poder recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa era necesaria la consignación previa de la suma respectiva en la Administración de Hacienda Nacional correspondiente.

Aún más: El artículo 28 del Decreto Legislativo número 270 de 1953 corrobora la tesis que se ha venido sosteniendo en el sentido de que las sentencias que ordenan la restitución por concepto de impuestos no son

sentencias condenatorias y que por ende no son consultables con base en lo dispuesto por el artículo 134 del C. C. Administrativo. Pero de acuerdo con lo dispuesto en ese mismo artículo, ellas sí son consultables cuando la devolución ordenada es superior a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00).

El artículo 28 del citado Decreto está concebido en estos términos:

"Los fallos de los Tribunales Administrativos que ordenen devoluciones por concepto de impuestos nacionales en cuantía superior a dos mil pesos ($ 2.000.00) deberán ser consultados con el Consejo de Estado, si el Agente del Ministerio Público no interpusiere el recurso de apelación".

Por consiguiente, de acuerdo con este precepto legal, la sentencia que le puso fin al presente juicio en la primera instancia es consultable por haberse ordenado en ella devoluciones superiores a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal.

Finalmente, conviene agregar que el artículo 134 del C. C. Administrativo fue modificado parcialmente por el artículo 7º del Decreto Legislativo número 1.722 de 1956 al ordenar lo siguiente:

"Toda sentencia de lo contencioso administrativo que imponga una obligación de dos mil pesos ($ 2.000.00) o más a cargo de una entidad de derecho público, deberá ser consultada con la Sala respectiva del Consejo de Estado, la que resolverá de plano la consulta".

De suerte, pues, que hoy sólo es consultable la sentencia condenatoria que le imponga a una entidad de derecho público una prestación cuyo valor exceda de dos mil pesos.

Con la mira de desvanecer una duda en lo tocante al pago de intereses a la tasa del ocho por ciento (8%) anual ordenado por la ley sobre el monto de las devoluciones de impuestos, es conveniente tener presente que el depositante sólo tiene derecho al pago de los intereses después de vencido el término fijado en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 81 de 1931. Por consiguiente, en la sentencia que ordena la devolución de sumas de dinero por concepto de impuestos no hay condenación contra el Estado.

El inciso mencionado ordena:

"Cualquier suma debida a un contribuyente por reembolso, como resultado de la mencionada decisión, será comunicada y certificada por el Director General de Rentas Nacionales al Contralor General de la República a más tardar el primero de mayo del año en que se dicte la decisión. El Contralor General hará que dicha suma sea reembolsada al contribuyente a más tardar el primero de junio del mismo año. Por el tiempo que transcurra después de esta fecha sin que la suma debida como reembolso, de acuerdo con este artículo, sea devuelta por el respectivo Administrador de Hacienda Nacional, se pagarán al contribuyente intereses del ocho por ciento anual".

Según esta norma, los intereses sólo se deben en el caso de mora, y para que éstos se causen no es necesario que en la sentencia se haga pronunciamiento sobre ellos.

Las anteriores consideraciones están indicando que la sentencia dictada el 7 de noviembre de 1957 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca sí es consultable por ordenarse en ella una devolución a cargo del Tesoro Nacional por una suma superior a dos mil pesos ($ 2.000.00).

Por tal motivo se procede a la revisión de la providencia que desató la controversia.

El señor Fiscal de la corporación doctor Nicolás Torres Niño, en su vista de 7 de julio último, conceptuó que la sentencia, materia de revisión por consulta, debía confirmarse con la reforma de rechazar como deducible la suma de un mil cuatrocientos cincuenta y ocho pesos con once centavos ($ 1.458.11) moneda legal pagada durante el año de 1952, por concepto de gastos de Auditoría. Se aduce como argumento para el rechazo el hecho de corresponder este gasto al año de 1951, razón por la cual no se puede aceptar la tesis del demandante en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 según el cual al computar la renta líquida sólo se deducen de la renta bruta "las expensas causadas y pagadas **durante el año gravable** en el manejo de cualquier negocio o comercio cuya renta sea gravable de acuerdo con la ley". En cuanto a la partida de doce mil pesos ($ 12.000.00), sostiene el mismo funcionario que ella sí es perfectamente deducible por haberse causado tal expensa dentro del año gravable de 1952.

En el caso hoy sometido a estudio, como atinadamente lo sostiene el Tribunal Administrativo de Cali, representado en el momento de proferirse la sentencia por el doctor ULADISLAO DOMINGUEZ C., el problema planteado en el libelo de demanda se reduce a saber si están o no ajustadas a derecho las Resoluciones por medio de las cuales fueron rechazadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales las dos partidas a las cuales se ha hecho alusión en el aparte anterior.

La Jefatura para rechazar como deducible de la renta la partida de doce mil pesos ($ 12.000.00) moneda legal se expresa así:

"Igualmente la partida de doce mil pesos que corresponde a servicios de Auditoría fue incluída entre los gastos de administración y además en el renglón de "Cuentas por Pagar", como un crédito a cargo de la empresa y a favor de "PRICE WATHERHOUSE & CO." que fue la entidad que prestó tales servicios, y aunque en realidad se trata de una expensa ordinaria causada, no es del caso aceptar su deducción, toda vez que se trata de un pago a terceros que ha debido solicitarse con el lleno de los requisitos exigidos al efecto por el artículo 55 del Decreto 818 de 1936, indicando claramente el nombre de la persona o entidad beneficiaría, su dirección, cantidad y concepto de pago, datos éstos que permiten al liquidador controlar las declaraciones de los beneficiarios y verificar si tales sumas, que constituyen materia gravable, han sido denunciadas como tal".

Para aceptar la sinjusticia y sinrazón de la argumentación expuesta por la Jefatura conviene transcribir el artículo 55 del Decreto 818 de 1936 y al mismo tiempo considerar las planillas 5ª y 15ª que aparecen a folios 92 y 109 del cuaderno principal.

Preceptúa el citado artículo:

"Para tener derecho a deducciones de renta bruta por razón del pagó o pagos de arrendamientos, privilegios, intereses, sueldos, salarios, jornales, primas, anualidades o remuneraciones de cualquier clase que ascienda a cien pesos ($ 100.00) o más en el año gravable, es necesario que el contribuyente haga en su declaración de renta, o presente junto con ella, una

relación detallada de las personas a quienes haya hecho los pagos y de las sumas pagadas a cada una de ellas..."

"La falta del requisito anotado en este artículo o su presentación extemporánea, sólo podrá suplirse o legalizarse con la comprobación satisfactoria de que las personas a quienes se verificaron aquellos pagos satisficieron el impuesto sobre las sumas de que se trata, o que, por lo menos, las denunciaron en su declaración de renta".

Con esta norma quiso el legislador suministrarles a los funcionarios de la Hacienda Nacional datos suficientes para controlar las declaraciones de renta de las personas que hubieren recibido la remuneración de sus servicios durante el respectivo año gravable.

Los datos exigidos por el artículo transcrito aparecen debidamente suministrados en los anexos o planillas distinguidas con los ordinales 5º y 15º que figuran a folios 92 y 109 del cuaderno principal del expediente. Allí figura el nombre de la entidad que prestó el servicio a la empresa demandante, la suma de dinero pagada o causada y la dirección precisa de la persona acreedora. En efecto, consta en las citadas planillas el nombre de "PRICE WATHERHOUSE & Co.", la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00) como cantidad pagada a la citada sociedad, y la dirección de ésta.

Por consiguiente, es innegable e indiscutible que la partida de doce mil pesos ($ 12.000.00) es deducible de la renta de la entidad o entidades demandantes, y que la Jefatura violó el artículo 55 del Decreto 818 de 1936 por un error de apreciación en la prueba presentada por la parte actora, razón por la cual las Resoluciones acusadas deben declararse nulas.

En cuanto a la otra partida, el Consejo prohija la argumentación expuesta por el doctor Domínguez C. en la siguiente forma:

"Respecto a la primera de las partidas, o sea, la de $ 1.458.11, la Jefatura se abstiene de deducirla con imputación a gastos de Auditoría por corresponder a una vigencia anterior, pues, según la Jefatura 'los ciclos impositivos son independientes unos de otros, tanto en lo que refiere con la renta, como en lo relacionado con las deducciones, y de la misma manera que las rentas de un año no pueden gravarse en el ejercicio siguiente o en otro distinto a aquel en que se han obtenido, tampoco las utilidades de un ejercicio fiscal dado, pueden afectarse con gastos causados o pagados en otra anualidad' ".

"A este respecto el actor trae en su demanda una consideración que por importante la transcribe el Tribunal. Dice así en lo pertinente:

"Nadie niega el principio de la autonomía del año o período gravable, en virtud del cual los ciclos impositivos son independientes unos de otros, tanto en lo que se refiere a la renta como en lo relacionado con las deducciones".

'Pero una cosa es el principio expresado y otra muy distinta lo que sucede en el caso que se contempla. Los gastos o expensas ordinarias no tienen vigencias necesarias, dentro de las cuales indefectiblemente tienen que originarse, y causarse y pagarse al mismo tiempo...'

"Está en lo cierto el actor al hacer la diferenciación entre el origen del gasto o expensa ordinaria de un negocio y su pago o efectividad. El argu-

mento de la Jefatura es injusto porque con tal tesis los gastos causados en una vigencia y no contabilizados en la misma para ser satisfechos en la vigencia siguiente quedarían sin deducir. Así por ejemplo, una persona trabaja para una empresa con sueldo fijo y no se le paga el último mes, y aunque éste se contabilice no se satisface sino que se le acredita al beneficiario. Es este un gasto computable en la vigencia aunque no se haya pagado. Pero puede suceder que al fin de un ejercicio se haya solicitado un servicio profesional y su valor no se satisfaga sino en la vigencia siguiente por desconocerse su cuantía al final de la vigencia, y consecuencialmente no se haya hecho la correspondiente contabilización. Entonces el gasto, aunque corresponda a una vigencia expirada es deducible en la fecha del pago, pues otro procedimiento implicaría la consagración de una injusticia, ya que la inclusión y aceptación de esta clase de gastos implica necesariamente la contabilización justa y real para poder determinar las verdaderas utilidades sobre las cuales se liquida el impuesto sobre la renta".

"De suerte, pues, que la partida de $ 1.458.11 pagada durante el año de 1952 por gastos de Auditoría, constituye un gasto deducible por corresponder a expensas del negocio, como justamente lo solicita el actor".

Es, pues, legal, justa y correcta la deducción de la cantidad expresada.

Efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas con las bases ya dadas, es perfectamente jurídica la orden de devolución consignada en la sentencia que se revisa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en parte de acuerdo con su colaborador Fiscal, y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de la fecha y procedencia indicadas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta. — Manuel A. Dangond Daza. — Alejandro Domínguez Molina. — Pedro Gómez Valderrama. — Francisco Eladio Gómez G. — Luis F. Sánchez, Secretario.

IMPUESTOS

Acumulación de acciones. — Liquidación y revisión de la operación administrativa del impuesto en las sociedades colectivas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., septiembre treinta de mil novecientos cincuenta y nueve.

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

El DR. LEOPOLDO POVEDA GALAN, abogado titulado e inscrito, mayor y vecino de este municipio, obrando como apoderado especial de "URBANIZACION LA COREA", a la que califica de sociedad colectiva de comercio con domicilio en la ciudad de Pereira, y de los socios de ella señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA viuda de ANGEL, mayores y vecinos de la misma ciudad, en libelo de 14 de octubre de 1954 dirigido al Tribunal Administrativo de Caldas, solicitó que, previos los trámites señalados en el Capítulo XV de la Ley 167 de 1941, se declarara la nulidad de las Resoluciones mediante las cuales la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales adicionó las liquidaciones que por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios les había practicado a sus patrocinados la Administración de Hacienda Nacional de Pereira por el año gravable de 1950; y que, como consecuencia de ello, se procediera a la revisión de las operaciones administrativas de tales liquidaciones.

Las súplicas del libelo están concebidas en estos términos:

"PRIMERO.—Que son nulas las siguientes Resoluciones proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales: Números R-969-H de 31 de julio de 1952 y R-1664-H de 30 de junio de 1954, por las cuales se fijó un impuesto adicional de $ 1.725.92, por concepto del uno por ciento establecido en el Decreto 4.051 de 1949, sobre el que había fijado la Recaudación Municipal de Hacienda Nacional de Pereira a la sociedad 'Urbanización La Corea' —Colectiva— por el ejercicio de 1950, y en uso de la facultad de revisión de que trata el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, a la par que se determinó en ellas una renta adicional distribuíble para el gravamen en cabeza de cada uno de los socios arriba citados".

"Número R-967-H de 31 de julio de 1952 y R-1667-H de 30 de junio de 1954, por las cuales se fijó un impuesto adicional a cargo del doctor Hernando Angel Marulanda, en su carácter de socio de la Urbanización La Corea, por el ejercicio gravable de 1950, en cantidad definitiva de $ 17.611.86, y como consecuencia de la revisión practicada a la sociedad".

"Número R-968-H de 31 de julio de 1952 y R-1665-H de 30 de junio de 1954, por las cuales se fijó un impuesto adicional al primitivamente fijado por la Resolución de la Recaudación de Hacienda Nacional de Pereira a la

señora Luisa Marulanda viuda de Angel, por el mismo ejercicio de 1950 y en cuantía de $ 26.614.94, también por consecuencia de la revisión oficiosa y adición de renta, practicadas a la sociedad Urbanización La Corea —colectiva—; y

"Número R-966-H de 31 de julio de 1952 y R-1668-H de 30 de junio de 1954, por las cuales se fijó un impuesto adicional en cuantía de $ 2.571.40, al señor Benicio Angel Marulanda, como socio de la Urbanización La Corea, por el ejercicio gravable de 1950 y como consecuencia de la revisión oficiosa que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales practicó a dicha sociedad".

"SEGUNDO.—Que en consecuencia, ese H. Tribunal revise las operaciones administrativas de liquidación de impuestos adicionales, por concepto de renta, patrimonio y demás gravámenes especiales, inclusive en inversión de Siderúrgica de Paz del Río, decretados por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en las Resoluciones demandadas, y revoque dichos impuestos adiconales ó fije el gravamen que en definitiva corresponda pagar, tanto a la sociedad, como a los socios, atrás descritos, por el ejercicio de 1950, y de conformidad con las demostraciones de esta demanda".

"TERCERO.—Que, igualmente se hagan las comunicaciones de rigor a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y a la Recaudación Principal de Hacienda Nacional de Pereira, para la cancelación del impuesto adicional decretado, tanto a la sociedad como a sus socios, o para las correcciones que ordenáreis. Y que, por tanto, la recaudación susodicha, previos los trámites de rigor, devuelva a la sociedad citada y a sus socios individualmente, las sumas que resulten a su favor como excedentes pagados sobre las que en definitiva determine ese H. Tribunal, de acuerdo con esta demanda, incluyendo los intereses cobrados, y aquellos que se causen a favor de los demandantes sobre las devoluciones que decreteis hasta el momento del pago definitivo".

"En relación con la inversión en acciones de Siderúrgica de Paz del Río, os ruego dispongáis lo pertinente, para que los excesos pagados se tengan en cuenta para futuras inversiones".

Las anteriores peticiones las fundó el Dr. POVEDA GALAN en los siguientes hechos:

"1º En cumplimiento de deberes legales, la sociedad Urbanización La Corea —colectiva—, presentó su declaración de renta y patrimonio por el ejercicio gravable de 1950 con el fin de que sobre ella se determinaran los aportes que a cada uno de los socios correspondía y las participaciones en las utilidades que a ellos debían distribuírse para ser gravadas individualmente, tal como lo dispone el artículo 6º de la Ley 78 de 1935. Igualmente, los señores doctor Hernando Angel Marulanda, Luisa Marulanda viuda de Angel y Benicio Angel Marulanda, presentaron declaración de renta y patrimonio por el mismo ejercicio de 1950, denunciando en ella, además de los activos y rentas personales, las participaciones y aportes que les correspondieron en Urbanización La Corea —colectiva—, de acuerdo

con el porcentaje estatutario así: El 50% para doña Luisa Marulanda vda. de Angel, el 40% para Hernando Angel Marulanda y el 10% para Benicio Angel Marulanda".

"2º La Recaudación de Hacienda Nacional de Pereira, practicó las liquidaciones de rigor, tanto a la sociedad, como a cada uno de los socios, y de acuerdo con la distribución de aportes y participaciones oficialmente determinadas sobre los datos de renta y capital declarados por la sociedad. Estos impuestos fueron cubiertos oportunamente sin objeciones, porque las operaciones administrativas de liquidación, se encontraban ajustadas a la realidad".

"3º Posteriormente, con fecha de 10 de octubre de 1951, se presentó en las oficinas de la empresa 'Urbanización La Corea', en la ciudad de Pereira, un revisor de contabilidad enviado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, con el fin de practicar un estudio sobre los libros de la firma, con destino a la revisión de los haberes y rentas, que debía luego practicar la Jefatura en uso de la facultad conferida por el artículo 15 de la Ley 81 de 1931. Se cumplió el análisis de los libros y comprobantes de la sociedad, en la forma parcial como suelen practicarlo los Revisores del Fisco, y de este estudio se levantó un acta con fecha 18 de octubre de 1951, que fue dada en traslado al Gerente doctor Hernando Angel Marulanda quien la devolvió con algnas aclaraciones con nota de octubre de 20 del mismo año".

"4º El acta en referencia refleja el movimiento de los libros en forma acorde con la declaración, y en ella no se mostraron reparos ni objeciones al sistema contable ni a los resultados, en cuanto a la renta y el patrimonio adscritos a la firma. Como es costumbre y rutina, el Revisor-Jefe de contabilidad de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, profirió su concepto sobre el acta levantada por uno de sus subalternos, sin atreverse a definir conclusiones más gravosas para la sociedad porque al tenor de las normas y de la jurisprudencia sentada para el caso de urbanizaciones y parcelaciones, la utilidad establecida por la empresa se acomodaba a los rituales sobre costos y gastos y la contabilidad reflejaba fielmente el procedimiento justo".

"5º Sinembargo, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, profirió su Resolución R-969 de 31 de junio de 1952, alegando la facultad de revisión de que trata el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, para adicionar las utilidades inicialmente declaradas por la sociedad 'Urbanización La Corea', con una mayor renta de $ 172.591.59, originada en un cómputo distinto, en relación con el costo de los terrenos urbanizados. En efecto, la sociedad había establecido el costo deducible de ventas de los lotes o parcelas de la única propiedad, sobre la base del avalúo catastral discriminado y técnico que había fijado la Oficina Seccional del Catastro de Pereira al terreno aportado por la socia capitalista, señora Luisa Marulanda viuda de Angel, en la constitución de la sociedad de que trata la escritura pública número 2.032 de 29 de septiembre de 1949, de la Notaría 1ª de Pereira que consta adjunta a los antecedentes administrativos de las Resoluciones demandadas".

"Este avalúo catastral estimado para cada parcela, según su clase y

situación, sumaba en total para el conjunto del terreno la suma de $ 478.500.00, hecho demostrado con la misma acta contable y con el certificado expedido por la Oficina de Catastro de Pereira que se adjuntó igualmente a las declaraciones en el proceso de reclamación ante la Jefatura. De acuerdo con este justiprecio comercial y real, se inició la urbanización y sobre él se estableció como lógica consecuencia, el costo deducible de los ingresos brutos provenientes de las ventas de lotes o parcelas, en cuanto fueron realizadas dentro del ejercicio de 1950, y así se propuso para la declaración de renta que presentó la sociedad, con un resultado en costos sobre dichos lotes, por la suma de $ 205.687.67. Tomando este costo, la utilidad líquida distribuíble entre los socios para el gravamen sólo ascendía a la suma de $ 30.881.56, sobre una renta bruta proveniente de la parcelación, por una suma de $ 33.738.80, todo conforme al detalle o cuadro de ventas y costos, que se adjuntó como anexo del denuncio de renta por parte de la firma".

"...Como consecuencia de la nueva liquidación de renta practicada a la sociedad, se produjo un aumento proporcional en la renta base de gravamen para cada uno de los socios, pues esta mayor utilidad les fue agregada a la renta que había liquidado inicialmente la Recaudación de Pereira, distribuída en la proporción de un 50% para doña Luisa Marulanda viuda de Angel; el 40% para el socio Hernando Angel Marulanda; y el 10% restante, para el socio Benicio Angel Marulanda, con el resultado del mayor impuesto que estoy demandando".

"6º Contra las Resoluciones que señalaron el impuesto adicional, tanto en la sociedad, como en cada uno de los socios, se interpuso oportunamente el recurso de reposición autorizado por el artículo 11 del Decreto Ley 554 de 1942".

"7º. La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales resolvió el recurso de reposición elevado por la sociedad y por los socios actores en esta demanda, en providencias números R-1664-H de junio 30 de 1952 para la sociedad, y números R-1667-H, R-1666-H y R-1665-H, de la misma fecha, para los socios Hernando Angel Marulanda, Benicio Angel Marulanda y doña Luisa Marulanda viuda de Angel, respectivamente. Respecto de los socios Hernando y Benicio Angel Marulanda, la Jefatura atendió solamente el punto de objeción relacionado con el gravamen por exceso de utilidades, pero en relación con el aspecto central del recurso, es decir, el costo deducible para determinar la utilidad en las parcelas vendidas en la urbanización nada fue aceptado a pesar de las demostraciones allegadas en la reposición".

"8º Las providencias que desataron el recurso de reposición fueron notificadas al apoderado de los interesados con fecha de 16 de julio próximo pasado, por lo cual me encuentro dentro del término legal de tres meses para presentar esta demanda".

"9º Inicio la acción de acumulación o acción acumulada de la sociedad y de los socios que he designado como actores, en razón del régimen tributario establecido para esta clase de contribuyentes, en que existen esenciales y necesarios elementos de conexión, tanto personales como reales".

"Disposiciones violadas y conceptos de violación:

"Cito como disposiciones violadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en las Resoluciones cuya nulidad demando, las siguientes:

Ordinal 2º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935 (primera parte); artículos 21 y 83 del Decreto 818 de 1936 y artículo 6º de la misma Ley 78 de 1935.

El ordinal 2º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, en lo pertinente, establece:

"La ganancia obtenida o la pérdida sufrida por una persona o entidad, que directamente o por conducto de un comisionista, venda, cambie o de otra manera disponga de propiedades inmuebles o muebles, por valor mayor o menor del de costo de la propiedad de que se dispone, será considerado para los efectos de esta ley, como aumento o pérdida de capital, según el caso, y no como aumento o pérdida de renta. Pero las ganancias obtenidas y las pérdidas sufridas en las operaciones que se acaban de mencionar, serán consideradas como rentas sujetas al impuesto o como pérdidas deducibles de la renta bruta, cuando tales operaciones se lleven a efecto en propio nombre de una persona o entidad que tenga el negocio de comprar, vender, cambiar o disponer de otra manera de tales propiedades. Es entendido que las utilidades obtenidas por los comisionistas que negocien por cuenta ajena en la compra, venta, cambio o disposición de otra manera de bienes muebles o inmuebles, serán en todo caso consideradas como renta gravable".

"Esta disposición del Estatuto Tributario, consagra una condición fundamental que debe reunir la utilidad sujeta a impuesto cuando ella proviene de compra-venta, permuta, etc. de muebles o inmuebles: esta renta sólo es gravable en operaciones repetidas, ejecutadas con ánimo de lucro por un negociante que se ocupe en tales actividades mediante un plan preconcebido de redituar por este medio. Y no es gravable la utilidad o beneficio cuando él provenga de operaciones ocasionales, es decir, de actos en los cuales no previó el ejecutante una finalidad de lucro regular y permanente, en el ciclo ordinario del comercio propio de esta clase de negocios, desde la adquisición del bien a un precio calculado para venderlo a corto tiempo en mejores condiciones".

"No quiso el legislador gravar el producto de una operación de comercio esporádica y ocasional, porque el rendimiento o diferencia entre el valor de compra y el de venta no se origina en estos casos en hechos o actos especulativos, sino en circunstancias ajenas a la voluntad del contribuyente, tales como la desvalorización de la moneda o la valorización de los bienes por factores de extensión urbana u obras públicas que tienen otra forma de distribución".

"Quien obtiene un bien a título gratuito por herencia, donación, legado, lotería, rifa, etc., y luego lo vende en una u otra forma, no puede decirse que ejecutó un acto de comercio con intención de negocio habitual y permanente de lucro, porque no puede preexistir la intención y cálculo especulativo. Este ingreso lo considera la ley un simple aumento o superávit de patrimonio no sujeto a gravamen sobre la renta".

"Es precisamente el caso que se contempla en esta demanda en que la señora doña Luisa Marulanda viuda de Ángel, recibió por herencia un

inmueble (lote) llamado La Corea a inmediaciones de Pereira, terreno que por el transcurso del tiempo fue alcanzando lenta valorización por causa de la desvalorización de la moneda y el avance incalculable de la ciudad. Dado su actual valor era difícil obtener la venta en un solo globo y consideró conveniente dividirlo en parcelas...".

"...Igualmente se violó el artículo 21 del Decreto 818 de 1936, en las providencias demandadas en cuanto en ellas se demandó como renta no solo la difirencia entre la venta de lotes y parcelas y un costo diminuído del real, sino por haber fijado esa utilidad en forma global, es decir, promediando el dicho costo cercenado con costo igual por toda unidad, en lugar de establecer la renta, en relación con cada lote o parcela, según su precio, dadas las condiciones de situación, clase de terreno, mejor acondicionamiento y demás circunstancias, tal como los diferenció el justiprecio catastral. Aquel sistema está contraordenado por la segunda parte del citado precepto en los siguientes términos: '...de acuerdo con este artículo, la pérdida o ganancia deberá considerarse en relación con cada lote o parcela, y por consiguiente el contribuyente no puede excusarse de denunciar renta gravable so pretexto de que debe amortizar antes el capital invertido en la totalidad del fundo".

"También las providencias demandadas violaron el artículo 83 del Decreto Reglamentario número 818 de 1936, en la forma como se determinó la renta gravable proveniente de las parcelas vendidas en 1950. Dice este artículo:

'Los contribuyentes que se dediquen a adquirir o fraccionar bienes inmuebles, o a construír en ellos con fines comerciales, determinarán su renta líquida haciendo del total de sus ingresos las siguientes deducciones:

'1º El costo de los inmuebles vendidos. Este costo se determinará sumando su importe del inventario practicado al principio del año al costo que de acuerdo con los artículos 33 y siguientes de este Decreto tengan los inmuebles comprados, fraccionados o construídos en ese período, y de esa suma se deducirá el importe del inventario practicado al fin del año gravable'.

'2º Las demás deducciones pertinentes autorizadas por la Ley y en los numerales II a XI del artículo 78 de este Decreto'.

"En consecuencia, la utilidad se determina por juego de inventario, tomando el inventario de lotes al principio de año cuando la actividad se inició antes o el inventario del momento en que nació la división del terreno y restando el inventario final para sustraer este costo del ingreso por ventas. Preestablece este artículo una diferencia en los lotes o parcelas como sucede naturalmente, y el juego del inventario consulta esa disparidad de precio al restar los lotes del inventario final a su precio por unidad, según su clase...".

"El motivo central de las violaciones a la Ley en que incurrió la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en las Resoluciones demandadas, y que he dejado analizadas en los párrafos anteriores, tuvo causa en la violación por errónea interpretación del artículo 6º de la Ley 78 de 1935: Considera aquel Despacho que en el orden fiscal existe independencia absoluta entre el capital de una sociedad de personas (colectiva, limita-

da, en comandita simple) y el capital aportado por sus respectivos socios, hasta tal punto que la simple circunstancia intermedia de haber constituído la señora doña LUISA MARULANDA v. DE ANGEL una sociedad con otras personas y aportando a ella un bien 'La Corea' por la suma de $ 85.000.00 equivalente al avalúo catastral vigente cuando se firmó la escritura, hace que el costo del bien para determinar la renta sea éste, aunque así se graven las valorizaciones ocurridas sobre el bien y establecidas oficialmente por la entidad que para el caso tiene la competencia, como es la Junta de Catastro".

Tramitado el juicio correctamente en la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Caldas desató la controversia en sentencia proferida el 4 de febrero de 1957. Mediante ella fueron declaradas nulas las Resoluciones demandadas y revisadas las operaciones administrativas de liquidación de los impuestos deducidos a los demandantes por concepto de renta y complementarios.

Al efectuarse la nueva liquidación se ordenó la devolución de la suma de DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS ($ 2.669.61) m. legal que debía ser distribuida entre los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA v. DE ANGEL, en la proporción allí indicada; y se dispuso, al mismo tiempo, que la Empresa Siderúrgica 'Acerías de Paz de Río S. A.' debía tener en cuenta, para futuras inversiones por parte de las mismas personas, la suma de CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS CON VENTICINCO CENTAVOS ($ 145.25) m. legal que debía ser repartida en la forma allí expresada.

En obedecimiento a lo preceptuado por el artículo 28 del Decreto Legislativo número 0270 de 1953, fue ordenada la consulta de la sentencia por haberse dispuesto en esta una devolución por concepto de impuestos en cuantía superior a DOS MIL PESOS ($ 2.000.00).

Como la aludida providencia solo fue parcialmente favorable a la parte demandante, esta interpuso oportunamente contra ella el recurso de apelación que le fue concedido en el efecto suspensivo y para ante esta corporación.

Agotados los trámites de esta instancia sin haberse incurrido en causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a desatar en forma definitiva la litis, previas las pertinentes consideraciones de carácter legal.

El señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Manizales, en su vista, defiende las tesis sostenidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales al proferir y mantener en firme las Resoluciones por medio de las cuales se llevaron a cabo las liquidaciones adicionales por concepto de renta e impuestos complementarios. Solo en un pequeño detalle no estuvo de acuerdo la Fiscalía con la Jefatura, a saber: En lo relativo al cómputo de los gastos hechos en los lotes de la urbanización, y por este motivo solicitó la revisión de la operación aritmética efectuada mediante las Resoluciones acusadas.

El señor Fiscal para sustentar su tesis se expresa así:

"La Jefatura, teniendo en cuenta que la sociedad se forma y perfeccionad mediante el otorgamiento de la escritura social y su registro (ar-

tículo 2.079 del C. Civil), estimó que desde la ocurrencia de tales actos se formó una persona jurídica, con vida propia, extraña a los socios, momento desde el cual principió igualmente el desarrollo del objeto social, sin necesidad de acto externo posterior y, en tal virtud le dio aplicación a lo dispuesto en los artículos 21 y 83, numeral 1º, del Decreto número 818 de 1936".

"La argumentación respecto del nacimiento y desarrollo de la sociedad que hace la Jefatura es inobjetable, pues, en realidad tal acto se ajustó en la forma y sustancia a las exigencias legales, constituyendo necesariamente una persona jurídica distinta de los socios, con patrimonio y personería propios y, por lo tanto, con socios gestores legalmente autorizados para ejercer los actos tendientes al desarrollo y objeto de la sociedad".

"Conocido ese objeto social, por la constitución legal de la sociedad, ese objeto solo podría variarse mediante otro acto semejante al de su constitución, por requerir el acuerdo de voluntades y la solemnidad del acto, por lo cual, mientras así no ocurriera, no podría alegarse desistimiento, suspensión o variación del objeto social".

El Tribunal **a-quo**, en la sentencia que es materia de revisión, mediante sus razonamientos de carácter legal, acepta la tesis defendida por la Fiscalía, y corrobora la sostenida por la Jefatura en las Resoluciones acusadas al tomar esta como base para las liquidaciones de los impuestos sobre la renta y complementarios el avalúo catastral de OCHENTA Y CINCO MIL PESOS ($ 85.000.00) m. legal, suma en que fue justipreciado el inmueble denominado "La Corea" el día 29 de septiembre de 1949 en que fue otorgada la escritura pública número 2.032 en la Notaría 1ª del Circuito de Pereira.

Razona así la nombrada corporación:

"Fue constituída la sociedad colectiva 'La Corea', por escritura pública número 2.032 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Pereira el 29 de septiembre de 1949 y consta de 22 cláusulas. Según la primera el objeto de la sociedad es: 'Los contratantes tienen interés en el negocio de urbanización y de construcción de habitaciones, y para el efecto han decidido celebrar la asociación o compañía de que trata esta escritura'. En ninguna de las cláusulas siguientes se hace mención a la fecha de la iniciación de la sociedad, por lo cual de acuerdo con el artículo 2091 del Código Civil, 'no expresándose plazo o condición para que tenga principio la sociedad, se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato...'. En el presente caso se tendrá como fecha de iniciación la del otorgamiento de la escritura pública o contrato de constitución tal como lo manifiesta la misma Jefatura".

"En este caso como se vio antes, en la escritura de constitución no se fija fecha exacta para dar comienzo a las referidas urbanizaciones y de acuerdo con el artículo 2091 del Código Civil ya citado, se subentiende que la fecha de la iniciación es la misma de constitución de la escritura (sic) o contrato correspondiente, si la fecha no se ha explicado expresamente".

El señor Fiscal del Consejo, doctor Justo Franco, en su vista conceptúa que la sentencia, materia de revisión, debe ser revocada para que en su lugar se declare probada la excepción perentoria de ineptitud sustan-

tiva de la demanda por existir una indebida acumulación de acciones, ya que las personas integrantes de la parte demandante debieron haber solicitado separadamente la revisión de la operación administrativa del impuesto correspondiente a cada una de ellas. Y agrega el señor Fiscal que la doctrina de la indebida acumulación de acciones en casos como el presente ha sido sostenida en distintas sentencias pronunciadas por el Consejo de Estado.

Al efecto, en la vista fiscal a que se viene haciendo alusión se transcriben algunos apartes tomados de la providencia dictada por la Sala Contencioso Administrativa, el 22 de junio de 1955, en el negocio sobre revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos nacionales en que figuraron como demandantes la sociedad "DIEGO CONSTANTINO & CIA. LIMITADA", DIEGO y ANDRES B. NASSER.

En esta sentencia se dijo:

"Todas las consideraciones anteriores las ha hecho la Sala en gracia de la importancia del asunto, y de conformidad con ellas procedería a confirmar la sentencia del Tribunal **a-quo**. Sin embargo la sentencia habrá de revocarse para declarar en su lugar probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda a virtud de las siguientes razones:

"Conforme aparece ameritado de autos, la acción de revisión en el presente juicio se ha ejercitado contra tres actos administrativos diferentes, a saber: Las Resoluciones números... expedidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de las cuales dicha entidad procedió a revisar las liquidaciones que sobre el impuesto de renta y complementarios para el año gravable de 1948 había efectuado la Administración de Hacienda del Valle a la sociedad 'DIEGO CONSTANTINO & CIA. LIMITADA', al socio DIEGO CONSTANTINO y al socio ANDRES B. NASSER, respectivamente"..

"Ahora bien: Siendo los tres actos administrativos demandados diferentes y siéndolo igualmente las personas afectadas por ellos, una de las cuales la sociedad 'DIEGO CONSTANTINO & CIA.' es persona jurídica, el señor apoderado ha debido ejercitar la acción de revisión separadamente contra cada una de las Resoluciones antes mencionadas y a nombre de cada una de las personas interesadas".

"Con todo, no lo hizo así sino que se limitó a presentar una sola demanda ante el H. Tribunal Administrativo del Valle, acusando en forma conjunta y a nombre de Diego Constantino y de Andrés B. Nasser los actos administrativos relacionados".

"Lo anterior quiere decir que el señor apoderado involucra en una sola demanda tantas acciones de revisión como resoluciones acusadas, lo cual jurídicamente es improcedente, por cuanto los actos impugnados no constituyen unidad indivisible sino actos diferentes, de cada uno de los cuales se derivan cargas u obligaciones para cada una de las personas afectadas.

"En otros términos, en el caso de autos, se está en presencia de una indebida acumulación de acciones que, en consecuencia, configura la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda y releva a la Sala de entrar a resolver sobre el fondo del problema".

Planteado en el juicio el problema de la indebida acumulación de acciones, la Sala debe proceder, en primer término, al estudio de esta cues-

tión jurídica para declarar si está o no configurada en los autos la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda.

La acumulación de acciones ha sido consagrada con la mira de evitar la multiplicidad innecesaria de juicios; con la de impedir la división de la continencia de la causa; con la de mantener el principio de la economía procesal; y con la de conservar el prestigio de la justicia alejando la posibilidad del pronunciamiento de decisiones contradictorias o incompatibles sobre un mismo problema jurídico. Con ella se logra obtener el máximum de eficacia jurídica reduciendo al mínimum la actividad procesal. Ha sido consagrada expresamente por nuestro estatuto procesal civil en su artículo 209, precepto que para su correcta aplicación no puede ser interpretado aisladamente sino en armonía con los artículos 397 y 398 ibidem que regulan la acumulación de autos porque las dos cuestiones aunque tratadas en secciones separadas no son independientes debido a los principios que las configuran y a que las partes tienen una doble facultad, a saber: La de ejercitar la acumulación de acciones, y la de pedir la acumulación de autos en los eventos en que se reúnan los requisitos fijados en los artículos 209, 396, 397 y 398 del C. de P. Civil, normas procesales aplicables a los juicios y a las acciones contencioso-administrativas de impuestos en virtud de lo ordenado por el artículo 282 de la Ley 167 de 1941.

En el caso hoy sometido a estudio se trata de una acumulación subjetiva de acciones producida por la concurrencia de varios sujetos en el proceso y la cual configura el **litis** consorcio activo. Se presenta aquí una conexidad jurídica en las acciones ejercitadas en el libelo demandador y, por ende, una clara y manifiesta conexión entre todos los mandantes del doctor POVEDA GALAN, vínculo denominado "continencia de la causa".

Para aceptar la existencia del aludido elemento esencial en la acumulación de acciones efectuada por el nombrado abogado basta anotar que todas las reclamaciones elevadas ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales por la denominada impropiamente **sociedad colectiva** "URBANIZACION LA COREA", por los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y por doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL tuvieron como único y común fundamento el siguiente:

La liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios practicada por aquella entidad a la nombrada sociedad con el fin de fijarle a esta la cantidad de dinero que debía pagar por tal concepto y con el de hacer la distribución tanto de la renta como del capital social entre los tres socios citados.

Por consiguiente, la liquidación hecha a "URBANIZACION LA COREA" incidió automáticamente en las que la misma Jefatura les practicó separadamente a los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL. Todos estos actos administrativos de liquidación, cuatro en total, tuvieron, en lo tocante a las reclamaciones elevadas por los contribuyentes ante aquella dependencia del Ministerio de Hacienda, un sustentáculo común, a saber: El avalúo catastral vigente en el momento del otorgamiento de la escritura pública número 2.032 de 29 de septiembre de 1949, instrumento en el cual aparece consignado el contrato de "asociación" o "cuentas en participación" entre doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL y

sus hijos legítimos HERNANDO Y BENICIO, base que desde un principio ha sido rechazada por los mandantes del doctor POVEDA GALAN quien sostiene que en el caso hoy sometido a estudio ha de tomarse como punto de partida para la fijación de los impuestos sobre renta y complementarios por el año fiscal de 1953 el reavalúo hecho por la Oficina Seccional de Catastro del municipio de Pereira, acto llevado a cabo poco antes de la iniciación de los trabajos de urbanización a que se refiere el contrato que se consignó en la escritura pública antes citada.

Es tan íntima y ostensible la conexidad existente entre los cuatro actos administrativos de liquidación de impuestos efectuados por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales que los razonamientos expuestos en las Resoluciones por medio de las cuales fueron revisadas las liquidaciones practicadas por la Recaudación de Hacienda Nacional de Pereira, y los aducidos por la misma entidad en las Resoluciones mediante las cuales fueron confirmadas las primeras, al resolverse los recursos de reposición interpuestos oportunamente, son exactamente los mismos. De ahí la razón para que, una vez negada la súplica formulada ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales por el gestor de "URBANIZACION LA COREA" en el sentido de que se tomara como base, para liquidarle a esta el impuesto sobre la renta por el año fiscal de 1953, la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS ($ 478.500.00) m. legal fijada en el reavalúo hecho por la Oficina Seccional de Catastro del Municipio de Pereira poco antes de dar principio a las obras de la urbanización convenida, se impusiera necesaria y consecuencialmente el rechazo de las peticiones hechas por los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL.

La acumulación de acciones, en casos como el presente, es no solo aceptable a la luz de las normas procesales que la regulan sino que es necesaria porque si uno de los socios ejercitara la acción contenciosa de impuestos para obtener la revisión de la respectiva operación administrativa de liquidación con independencia de la ejercitada por la sociedad, no podría lograr una decisión de fondo sin haberse desatado favorablemente la litis en favor de esta entidad con la debida antelación. Y ello porque la sentencia pronunciada en el juicio promovido por la sociedad es premisa necesaria para la decisión de la controversia planteada en el instaurado por el socio, hasta el punto de que el Juez del conocimiento de este último negocio tendría necesariamente que declarar probado en este la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo en el evento de estar pendiente la decisión del juicio provocado por aquella entidad. La declaratoria de la aludida excepción solo podría evitarse, en el caso de que las acciones se ejercitaran separadamente, mediante la acumulación de autos lograda a petición de parte dentro del término fijado por la Ley procesal.

Por consiguiente, hay que aceptar que sí es procedente la acumulación de acciones en el caso hoy contemplado sin que pueda aducirse contra esta tesis la doctrina que se ha citado por el señor Fiscal de la corporación, ya que ella no tiene sólido fundamento legal ni jurídico. Aún más: La Sala, en reciente sentencia de la cual fue ponente el señor Consejero

doctor ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ acogió la tesis de la acumulación de acciones en un caso similar al que se estudia.

Agotada la vía gubernativa y fenecida la primera etapa sobre la reclamación relativa al monto de los impuestos que por concepto de renta y complementarios fueron deducidos a los mandantes del doctor POVEDA GALAN, las correspondientes acciones ordinarias sobre impuestos debían ser ejercitadas conjuntamente en una misma demanda porque si se hubiera procedido en forma diferente el derecho de cada uno de los socios habría quedado definitivamente subordinado en su decisión a los resultados del juicio promovido por la sociedad, y aún a que tal derecho fuera desconocido en el caso de no existir reclamación por parte de la sociedad y de no ejercitarse por esta la acción de revisión.

Demostrada la admisibilidad y aún la necesidad de la acumulación de acciones, es necesario saber si en este juicio contencioso de impuestos se ha llenado el requisito **sine qua non** del pago del gravamen asignado al contribuyente o de la consignación previa. Es sabido que el artículo 86 del C. C. Administrativo dispone la consignación del monto del impuesto liquidado.

En efecto, el inciso 6º del citado artículo ordena:

"Si se trata de demanda de impuestos que se exigen o de créditos definitivamente liquidados a favor del Tesoro Público deberá acompañarse el respectivo comprobante de haber consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente en la oficina recaudadora".

El artículo 13 del Decreto número 554 de 28 de febrero de 1942 estatuye:

"De conformidad con el inciso 6º del artículo 86 de la Ley 167 de 1941, para recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa en demanda de impuestos, es necesaria la consignación previa de la suma respectiva en la Administración de Hacienda Nacional correspondiente".

Y el inciso 2º del artículo 1º del Decreto número 461 de 14 de febrero de 1950 dispone:

"En todo caso para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa es necesario que el contribuyente consigne previamente el monto total de impuesto que le haya sido liquidado definitivamente".

En el caso **sub-judice**, aparece plenamente comprobado que "URBANIZACION LA COREA", los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL pagaron íntegramnete los impuestos que les dedujeron en la primera liquidación practicada por la Recaudación de Hacienda Nacional de Pereira y consignaron las sumas de dinero que les fueron fijadas en las liquidaciones adicionales efectuadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales (fs. 27 a 38 del cuaderno principal).

Sentadas estas bases, se procede al estudio del negocio jurídico que dio origen a las liquidaciones contenidas en las Resoluciones acusadas, y a la solución del problema planteado en el libelo de demanda. Según los razonamientos hechos por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en las liquidaciones de los impuestos por concepto de renta a "URBANIZACION LA COREA" y renta y sus complementarios a los tres socios de esta, se ha de tener como **base definitiva** la suma de OCHENTA Y

CINCO MIL PESOS ($ 85.000.00) m. legal en que fue aportado el inmueble "La Corea", y no la de CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS ($ 478.500.00) m. legal en que fue reavaluado este inmueble por la Oficina Seccional de Catastro de Pereira. En cambio, el señor apoderado de la parte demandante ha sostenido la tesis contraria, o sea, que para la determinación de la renta obtenida por "URBANIZACION LA COREA", y para la fijación del impuesto por concepto de renta y complementarios a los tres socios ya nombrados, lo justo y lo legal es tomar como base la última cantidad.

Para apreciar debidmente las tesis sostenidas por las partes en esta controversia, conviene anotar lo siguiente:

Por medio de la escritura pública distinguida con el número 2.032, otorgada el 29 de septiembre de 1949 en la Notaría 1ª del Circuito de Pereira, la señora doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL y sus hijos señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA, mayores y vecinos de la misma ciudad, obrando en sus propios nombres, celebraron un contrato de "asociación" manifestando **"que tomaban interés"** en un negocio de urbanización de una zona de terreno ubicada en el área urbana del citado municipio y la que formaba parte de la finca territorial "La Corea" adquirida por la contratante doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL mediante la adjudicación que se le hizo en el juicio sucesorio de su esposo CAMILO ANGEL tramitado en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira y protocolizado en la Notaría 2ª del mismo Circuito por medio de la escritura **pública número 442 de 30 de octubre de 1936.**

En el instrumento público primeramente citado se estipuló que, como nombre de la "asociación" o "cuentas en participación" o de los negocios que se establecieron por razón del contrato, se emplearía el de "URBANIZACION LA COREA'; que doña LUISA transfería a la "asociación" el derecho de dominio sobre el inmueble que se iba a destinar a la urbanización y el cual aparece perfectamente individualizado en una de las cláusulas del mismo instrumento; que el aporte de doña LUISA se justipreciaba en la suma de OCHENTA Y CINCO MIL PESOS ($ 85.000.00) m. legal, valor con el cual venía figurando desde mucho tiempo antes tal inmueble en la Oficina Seccional de Catastro del Municipio de Pereira; que el señor ingeniero HERNANDO ANGEL MARULANDA quedaba encargado de la realización de todos los trabajos de la urbanización y de la administración de esta como gestor; que el señor BENICIO ANGEL MARULANDA se obligaba a desempeñar las funciones de Revisor de las cuentas de la "asociación" o "cuentas en participación" y a servir de consejero en todos los negocios que se efectuaran; que una vez obtenida la licencia de urbanización y terminadas las obras propias de esta, se procedería a la venta de lotes cuyo precio se destinaría, en primer término, a cubrir a doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL la suma de OCHENTA Y CINCO MIL PESOS ($ 85.000.00) m. legal en que se había estimado el aporte de esta, y al ingeniero HERNANDO ANGEL MARULANDA el valor de todas las obras de urbanización que este efectuara; y, en segundo lugar, a distribuír el sobrante como utilidad entre los

asociados doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL, HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA en la proporción de cincuenta (50%), cuarenta (40%) y diez (10%) por ciento, respectivamente.

El señor ingeniero HERNANDO ANGEL MARULANDA, como gestor, con antelación a la iniciación de los trabajos de urbanización y parcelación o loteo de la zona de terreno que formaba parte de la finca denominada "La Corea", obtuvo de la Oficina Seccional de Catastro del municipio de Pereira el reavalúo del inmueble aportado a la "asociación", acto que empezó en el mes de enero de 1950 y quedó concluído antes del 15 de febrero del mismo año, día en que se les notificó a los interesados tal reavalúo. En este se le fijó al inmueble como valor la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS ($ 478.500.00) PESOS M. LEGAL según consta en la información y certificación dadas por la Oficina Seccional de Catastro de la ciudad de Pereira (fs. 24 a 26 del cuaderno número 2º), el 17 de febrero de 1950. Con posterioridad a esta fecha se inició la urbanización, hecho que aparece plenamente establecido mediante el dictamen pericial rendido el 6 de diciembre de 1954 por los señores HECTOR ANGEL ARCILA y FERNANDO GONZALEZ, y el certificado expedido el 25 de febrero de 1950 por la Secretaría de OO. PP. Municipales de Pereira (fs. 12 a 16 ibidem).

Como antes se dijo, el 27 de febrero de 1951, el señor ingeniero HERNANDO ANGEL MARULANDA, en su calidad de gestor de "URBANIZACION LA COREA", presentó, ante la Recaudación de Hacienda Nacional de Pereira, la declaración de renta y patrimonio de la asociación por el año fiscal de 1950 llamándola impropiamente "sociedad colectiva de comercio", designación que fue aceptada no solo por aquella Oficina recaudadora sino también por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, a pesar de haberse exhibido ante esta copia auténtica de la escritura pública en que consta el contrato a que se viene haciendo alusión. En el mismo mes de febrero de 1951, los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL presentaron en la misma Administración de Hacienda sus declaraciones de renta, patrimonio y complementarios por el año gravable de 1950, declaraciones en las cuales denunciaron como "socios", o mejor, como "asociados" en la "URBANIZACION LA COREA" las utilidades obtenidas en este negocio y las cuotas-partes sobre el patrimonio de ella, declaraciones hechas con base en la efectuada por la "asociación".

La Administración de Hacienda Nacional de Pereira, con base en las cuatro declaraciones de renta presentadas separadamente, practicó a las nombradas personas inclusive a la "asociación" o "cuentas en participación", a la cual para efectos puramente fiscales se le designó con el nombre de comercio "URBANIZACION LA COREA", las liquidaciones sobre el impuesto de renta y complementarios y fijó las cantidades de dinero que por tal concepto debían pagar.

En efecto, por la liquidación de 31 de mayo de 1951, visible a fls. 41 del cuaderno número 2º, se dedujo a la "URBANIZADORA LA COREA", por concepto de impuesto sobre la renta, la suma de **doscientos once pesos con diez y nueve centavos** ($ 211.19) m. legal. Por la practicada el 23 de junio del mismo año, se le dedujo al doctor HERNANDO

ANGEL MARULANDA la suma de **cinco mil quinientos trece pesos con sesenta y un centavos** ($ 5.513.61) m. legal, según consta a fls. 7 del cuaderno número 3º, por concepto de impuesto sobre la renta, patrimonio, complementarios y suscripción forzosa de acciones de la Empresa Siderúrgica de Acerías de Paz de Río S. A. Por la liquidación efectuada el 29 de octubre del citado año se le dedujo a doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL la cantidad de **seis mil doscientos cuarenta y cinco pesos con cuarenta y dos centavos** ($ 6.245.42) m. legal por el mismo concepto según aparece a fls. 59 ibidem. Y por la liquidación de 16 de junio de 1951 se le dedujo al señor BENICIO ANGEL MARULANDA, también por el mismo concepto, la suma de **un mil quinientos setenta y dos pesos con ochenta y un centavos** ($ 1.572.81) m. legal según consta a fls. 105 ibidem.

Posteriormente, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en ejercicio de la facultad de revisión oficiosa consagrada por la Ley, mediante las Resoluciones acusadas, les señaló en forma definitiva a los señores BENICIO y HERNANDO ANGEL MARULANDA, doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL y a "URBANIZACION LA COREA", por concepto de impuestos de renta y patrimonio, las cantidades de **cuatro mil ciento cuarenta y cuatro pesos con veintiún centavos** ($ 4.144.21) m. legal; **veintitrés mil ciento veinticinco pesos con cuarenta y siete centavos** ($ 23.125.47) m. legal; **treinta y dos mil ochocientos sesenta pesos con treinta y seis centavos** ($ 32.860.36) m. legal; y **un mil novecientos treinta y siete pesos con once centavos** ($ 1.937.11) m. legal, respectivamente, según consta a fls. 1 a 26 del cuaderno principal.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, para mantener en firme las Resoluciones mediante las cuales fueron practicadas las liquidaciones adicionales mencionadas, sostuvo que la única base que se debe tomar para el cálculo de la renta obtenida por "URBNIZACION LA COREA" es la suma de OCHENTA Y CINCO MIL PESOS ($ 85.000.00) m. legal en que fue justipreciado el inmueble aportado por doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL.

Fundamenta la Jefatura sus decisiones en lo preceptuado por los artículos 21 y 83 del Decreto número 818 de 1936 y 2.079 del C. Civil.

Se expresa así esta entidad:

"Sociedad 'URBANIZACION LA COREA', su precio asciende a la suma de $ 85.000.00".

"La sociedad mencionada se constituyó por medio de la escritura pública número 2.032 de 29 de septiembre de 1949 de la Notaría 1ª de Pereira y desde ese momento surgió a la vida jurídica y principió a ser responsable de los actos, pues desde ese mismo instante constituyó una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (C. C. 2.079). Desde el momento de la constitución de una sociedad principia también el desarrollo del objeto social, porque precisamente para tal finalidad existió el acuerdo de voluntades y se constituyó la sociedad y todos los actos que inicialmente lleva a cabo la compañía tienden al desarrollo de tal objeto, el cual si no se lleva a la práctica de una manera inmediata, si no se exterioriza rápidamente, no es porque no se persiga

desde un principio, sino por muchas circunstancias externas que lo obstaculizan, entre las cuales, en el caso de urbanización y venta de parcelas, se debe contar la ley de la oferta y la demanda, la situación económica, etc.... Por tanto el negocio se inicia desde el momento en que se constituye la sociedad y no desde cuando se lleva a cabo el primer acto externo en que consiste el objeto social. En el caso presente, el negocio se inició cuando se registró la escritura de constitución de la sociedad denominada 'Urbanización La Corea', y no cuando se vendió la primera parcela. Se da esta explicación contra la explicación que en uno de los anexos expuso el señor gerente de la sociedad en referencia para pretender demostrar cómo el precio del lote era el que tenía en el momento de vender la primera parcela".

"Como se dijo, el precio de costo del lote en referencia, para determinar la renta obtenida en las parcelas vendidas, es el del aporte que en el caso que se estudia coincide con el avalúo catastral que tenía cuando se constitutyó la firma ya citada, punto en el cual este Despacho se aparta del concepto contable que tomó como precio de costo el del reavalúo catastral".

La tesis de la Jefatura fue acogida por el Tribunal en la sentencia que es materia de revisión. En esta providencia se acepta sin fundamentación alguna la existencia de la sociedad colectiva de comercio denominada "URBANIZACION LA COREA", para darle aplicación al artículo 2.091 del C. Civil cuyo tenor literal es el siguiente:

"No expresándose plazo o condición para que tenga principio la sociedad, se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato...".

Estudiadas detenidamente las estipulaciones contenidas en la escritura pública número 2.032 de 29 de septiembre de 1949, se ve claramente que el contrato celebrado entre la señora doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL y sus hijos HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA fue el de "asociación o cuentas en participación". No debe olvidarse que los contratos se clasifican atendiendo exclusivamente a los elementos intrínsecos que los estructuran y no a la denominación que les den las partes de conformidad con el principio consignado en este aforismo: **Contractus non ex verbis sed ex re.**

El contrato de "asociación" o "cuentas en participación" está expresamente reglamentado en el C. de Comercio. El artículo 629 de esta obra dice:

"La **participación** es un contrato, por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas, o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta, y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida".

De conformidad con lo dispuesto por el mismo Código, la "asociación" es un contrato que no está sometido a ninguna formalidad para su celebración; los mismos asociados por medio del simple acuerdo de voluntades determinan el objeto, la forma, el interés y las demás condiciones de tal convención; es ella por esencia secreta; **"no constituye persona jurídica, y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio"**; su for-

mación, modificación, disolución y liquidación puede probarse libremente; y en ella los terceros solo tienen acción contra el gestor por reputarse éste único dueño del negocio (artículos 630, 631 y 632 ibidem).

Estudiadas detenidamente las estipulaciones contenidas en la escritura pública número 2.032 de 29 de septiembre de 1949, claramente se ve que el contrato celebrado entre los miembros de la familia ANGEL-MARULANDA es el de "asociación" o "cuentas en participación", ya que ellos manifestaron que tomaban interés en el negocio comercial de "urbanización del inmueble La Corea" en las circunstancias y condiciones allí expresadas. Ellos al contratar en la forma expresada no podían determinar ni determinaron "razón social", ni "patrimonio colectivo", ni "domicilio". De ahí la razón para que no surgiera "una persona jurídica" distinta de los "asociados" individualmente considerados, ya que solo apareció como único dueño del negocio el doctor HERNANDO ANGEL MARULANDA en calidad de gestor por voluntad expresa de quienes "tomaron" interés en la urbanización de la zona de terreno denominada "La Corea", ubicada en el área urbana de la ciudad de Pereira.

Dadas las modalidades anotadas y la calidad accidental o meramente transitoria del acto de la urbanización aunque esta implicara operaciones comerciales sucesivas, resulta un absurdo confundir la "asociación" o "cuentas en participación" con el contrato de sociedad. De ahí el motivo para que sean inadmisibles los razonamientos aducidos por la Jefatura en las Resoluciones por medio de las cuales se mantuvo en firme la liquidación adicional en lo tocante a la base tomada para determinar la renta tanto de la "asociación", que ella llamó "sociedad colectiva", como la de los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL. E igualmente son rechazables las argumentaciones expuestas en la vista del señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito de Manizales y en la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo del Departamento de Caldas por descansar ellas sobre supuestos falsos tomados como verdaderos por errónea interpretación del contrato celebrado y de las normas civiles y comerciales que regulan el contrato de sociedad y el de "asociación" o "cuentas en participación".

Tratándose de un contrato de "cuentas en participación" y no de un contrato de **"sociedad"**, es innegable e indiscutible que las operaciones mercantiles en las cuales tomaron interés los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL solo se iniciaron en el mes de febrero de 1951 según se deduce del dictamen pericial a que ya se hizo alusión en uno de los apartes de esta providencia, y según las mismas manifestaciones hechas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales al invocar como norma legal aplicable al caso contemplado el artículo 2.091 del C. Civil. Desde luego se anota que este precepto no puede invocarse para un caso como el presente en que se trata de "cuentas en participación". Tal norma es solo aplicable

a los "contratos de sociedad" y no puede extenderse por analogía a la "asociación".

Aún más: Los razonamientos hechos por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Manizales y por el Tribunal Administrativo de Caldas están indicando la confusión de dos conceptos diferentes, a saber: El **objeto de la sociedad, y el giro social.** El doctor Fernando Isaza, citado por el H. Consejero doctor ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ en reciente sentencia, se expresa así sobre esta materia:

"Es menester hacer alguna distinción entre lo que constituye el objeto de la sociedad y lo que es el giro de esta. El objeto se expresa ordinariamente en forma amplia y general. Allí se abre el compás para prever las posibles actividades sociales. Como ese objeto se expresa al constituír la sociedad, cuando tales actividades todavía no han tenido una aplicación práctica y concreta, conviene no poner muchas limitaciones ni emplear fórmulas restrictivas y estrechas. El objeto social se determina con la idea de una facultad en potencia. El **giro social** es la **actividad** aplicada ya a ciertos y determinados negocios. Es un concepto más concreto, más preciso, más limitado que sugiere actos conocidos. Es una facultad obrando". (Dos Alegatos. Tip. Bedout. Medellín).

Rechazados los argumentos de carácter legal y jurídico expuestos en las Resoluciones de la Jefatura y en la sentencia del Tribunal **a-quo,** hay que reconocer que la base que ha de tomarse para la liquidación de renta de "URBANIZACION LA COREA" no puede ser la suma de OCHENTA Y CINCO MIL PESOS ($ 85.000.00) fijada como precio del inmueble "La Corea" en el Catastro del municipio de Pereira, en el mes de septiembre de 1949, sino la de CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS ($ 478.500.00) m. legal fijada como precio del mismo inmueble por la Oficina ya nombrada en el mes de febrero de 1950, reavalúo efectuado antes de iniciada la ejecución de las obras de urbanización.

Tomada esta última cantidad como base para hacer el cómputo de la renta obtenida en el año de 1950 por "URBANIZACION LA COREA", es evidente que tanto la declaración de renta de esta como las de los tres "asociados" están ajustadas a las normas que regulan entre nosotros la materia tributaria, y por ende hay que reconocer que las liquidaciones practicadas inicialmente por la Administración de Hacienda Nacional de Pereira para deducirles a los mandantes del doctor POVEDA GALAN el monto de los impuestos por el año gravable de 1950 **son perfectamente aceptables.** Como consecuencia de ello, es igualmente evidente que las liquidaciones adicionales efectuadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales carecen de fundamento legal y jurídico, razón por la cual se impone la revisión de las operaciones administrativas de liquidación de impuestos contenidas en ellas.

Si se procediera en forma diferente, las valorizaciones obtenidas en el inmueble "La Corea" por múltiples causas, entre las cuales se pueden mencionar el notorio crecimiento del área urbana de la ciudad de Pereira, el extraordinario desarrollo industrial, comercial y cultural de esta, el

transcurso del tiempo, quedarían gravadas como renta contra expresa prohibición de la ley. Además: No debe olvidarse que nuestra moneda ha sufrido una desvalorización tan apreciable que la sola comparación absoluta de cifras no indica ni puede indicar la existencia de una verdadera valorización.

Gravar esa real o aparente valorización como renta repugna a los principios de equidad y de justicia. En el presente caso no se ha dado aplicación al sabio mandato contenido en el artículo 1º del Decreto número 2.745 de 1945 cuyo tenor literal es el siguiente:

"Los funcionarios públicos que tengan atribuciones y deberes que cumplir en relación con el recaudo de los impuestos nacionales en Colombia, deberán tener siempre como norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes y decretos que reglan la materia debe estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con que la misma ley ha querido que coadyuve a lns cargas públicas de la Nación".

Tratándose en el caso **sub-judice** de un acto o serie de actos de carácter transitorio, ocasional o accidental; no habiéndose celebrado entre los miembros de la familia ANGEL-MARULANDA contrato de compraventa sobre el inmueble "La Corea" para los fines indicados en el artículo 21 del Decreto 818 de 1936 no se puede aplicar rigurosamente esta norma ni las contenidas en los artículos 33 y 83 ibidem.

Pero aún más: Si de acuerdo con la doctrina sentada por el Consejo de Estado, las comunidades no son sujeto pasivo de obligación tributaria, con igual razón una "asociación" tampoco puede ser sujeto pasivo de la misma.

Esta corporación, en sentencia pronunciada el 26 de marzo de 1941 dijo al respecto:

"Nada importa que el Decreto 2.374 de 1936 estatuya que las comunidades, como tales, deban hacer declaración de renta, porque estando en oposición con la Ley 78 de 1935, debe darse aplicación preferencial a la Ley. De hecho, se presentaría la imposibilidad de hacer tal declaración por parte de las comunidades, pues no teniendo personería ni representante legal distinto de los comuneros, sería difícil ubicar la obligación de hacer la declaración de renta, patrimonio y exceso de utilidades".

Y dice que la "asociación" no puede ser sujeto pasivo de la obligación tributaria porque ella no tiene domicilio, carece de razón social, no posee patrimonio colectivo, no es persona jurídica, es esencialmente secreta, se presenta accidentalmente y en último término el gestor es ante la Ley el único dueño del negocio. Seguramente estas circunstancias se debieron tener en cuenta al expedirse el Decreto Legislativo número 2.317 de 1953 que en su artículo 1º no incluyó a las "asociaciones" o "cuentas en participación" entre las personas o entidades que están obligadas a presentar declaración de renta y patrimonio.

No obstante lo expuesto en los apartes anteriores, en lo tocante a la inexistencia de obligación de presentar declaración de renta y patrimonio por parte de "UBANIZACION LA COREA", la Sala debe dejar intacto el acto de liquidación que le fue practicada a la citada "asociación" por la Recaudación de Hacienda Nacional de Pereira porque sobre esta

materia no ha habido controversia ni en la etapa administrativa ni dentro de este juicio contencioso de impuestos.

Se advierte una vez más que la acción contenciosa de impuestos tiene como finalidad solicitar la revisión de la operación administrativa de liquidación para obtener en la sentencia respectiva que el demandante no tiene obligación de cubrir el importe del impuesto, o el derecho a que se haga una nueva liquidación que modifique en forma favorable la primitivamente efectuada. Por consiguiente, es error de técnica hablar de nulidad de las Resoluciones en que se encuentren consignados los actos de liquidación de impuestos.

Resta solo anotar que en la "asociación", la participación que le corresponde a cada uno de los asociados sí es gravable una vez establecida la disolución o liquidación de las cuentas en participación administradas por el gestor.

Las consideraciones hechas en el curso de esta providencia indican que es procedente la revisión de las operaciones administrativas de liquidación de impuestos adicionales por concepto de renta, patrimonio y sus complementarios e inversión forzosa en acciones de "ACERIAS DE PAZ DE RIO S. A.", practicadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales mediante las Resoluciones que fueron relacionadas en la primera declaración impetrada en el libelo de demanda. Como consecuencia de ello, se ha de declarar que los mandantes del doctor POVEDA GALAN no tienen obligación de cubrir el importe de los impuestos determinados en las liquidaciones adicionales a que se ha hecho alusión, ya que solo los actos de liquidación efectuados por la Recaudación de Hacienda Nacional de Pereira y adicionados sin fundamento legal son los únicos que vinculan a tales contribuyentes con el Estado Colombiano,

Como consecuencia de la revisión ordenada por la Sala, la Administración de Hacienda Nacional hará, en los términos indicados en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 81 de 1931, a los mandantes del doctor LEOPOLDO POVEDA GALAN las siguientes devoluciones:

1ª—Al señor administrador o gestor de "URBANIZACION LA COREA" la cantidad de UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS ($ 1.778.72) m. legal.

2ª—Al doctor HERNANDO ANGEL MARULANDA la suma de DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($ 16.625.41) m. legal.

3ª—Al señor BENICIO ANGEL MARULANDA la cantidad de DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS CON SETENTA CENTAVOS ($ 2.250.70) m. legal.

4ª—A doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL la suma de VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 25.643.84) m. legal.

ACERIAS PAZ DE RIO S. A. tendrá en cuenta, para futuras inversiones que estén obligados a hacer los señores HERNANDO y BENICIO ANGEL MARULANDA y doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL, o transferirá a las personas que ellos señalen, las siguientes canti-

dades suscritas en acciones sin estar en la obligación de hacer tal suscripción:

a)—Un mil cuatrocientos setenta pesos con sesenta y nueve centavos ($ 1.470.69) m. legal que suscribió en exceso el doctor HERNANDO ANGEL MARULANDA.

b)—Trescientos ochenta y seis pesos con veintiseis centavos ($ 386.26) m. legal cubiertos en exces por el Sr. BENICIO ANGEL MARULANDA.

c)—Un mil setecientos diez y ocho pesos ($ 1.718.00) m. legal pagados igualmente en exceso por la señora doña LUISA MARULANDA VIUDA DE ANGEL.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.—Revócase la sentencia de la fecha y procedencia indicadas.

Segundo.—Se declara **no probada** la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Tercero.—Revísanse las operaciones administrativas de liquidaciones de impuestos adicionales practicadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y contenidas en las Resoluciones individualizadas en la súplica primera del libelo de demanda en la parte que les fue adversa a los demandantes.

Cuarto.—Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Tesoro Nacional por conducto de la Recaudación Nacional de Pereira hará las devoluciones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

Quinto.—ACERIAS DE PAZ DE RIO S. A. tendrá en cuenta para fufuturas inversiones las cantidades pagadas en exceso por los contribuyentes y mandantes del doctor LEOPOLDO POVEDA GALAN; o transferirá a las personas determinadas por estos tales acciones cuyos valores aparecen igualmente fijados en la parte motiva de esta sentencia.

Háganse las comunicaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Andrés Augusto Fernández M. — Carlos Gustavo Arrieta — Alejandro Domínguez M. — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas A. — Luis F. Sánchez, Secretario.

IMPUESTOS

El pago previo de los impuestos que figuren en las liquidaciones informales o liquidaciones PROFORMA solo sirve como condición SINE QUA NON para sustanciar las reclamaciones elevadas por el contribuyente ante los funcionarios de Hacienda Nacional (D. L. 0270 de 1953). — Para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa es necesaria la consignación íntegra del impuesto definitivo liquidado (Decretos 554 de 1942 y 461 de 1950).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., mayo diez y ocho de mil novecientos sesenta.

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

Mediante demanda presentada el 21 de septiembre último y dirigida al Tribunal Administrativo de Caldas, el doctor JOSE PATIÑO SANZ, abogado titulado e inscrito, mayor y vecino del municipio de Calarcá, obrando en su propio nomrbe, en ejercicio de la acción contenciosa de impuestos, solicitó la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios que por el año fiscal de 1954 le practicó la Administración de Hacienda Nacional de Manizales, acto que fue confirmado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales mediante las Resoluciones números 1.157 y 2.681, expedidas el 10 de junio y 9 de septiembre de 1959, respectivamente.

El Tribunal inadmitió la demanda por auto proferido el primero de octubre próximo pasado exponiendo como razón fundamental el no haberse presentado con aquella el comprobante de consignación o pago del impuesto definitivamente liquidado y cuyo monto no aparece establecido por el actor.

El doctor ARTURO GONZALEZ FRANCO, también abogado titulado e inscrito, mayor y vecino del municipio de Manizales, en ejercicio del mandato conferido por el doctor PATIÑO SANZ, mediante memorial datado el 5 de octubre de 1959, interpuso contra el auto que rechazó la demanda los recursos de reposición y apelación, el primero, como principal, y, el segundo, como subsidiario, para que fuera revocado y en su lugar se ordenara darle curso legal a aquella.

El Tribunal, por auto dictado el 30 de los mismos, resolvió la reposición manteniendo en firme su primera decisión y concediendo la apelación en el efecto suspensivo y para ante el Consejo de Estado.

Rituado convenientemente el asunto, se entra a proferir la correspondiente decisión mediante algunas breves consideraciones de carácter legal.

El Tribunal, para no darle curso a la demanda, después de transcribir la copia del recibo expedido, el 29 de noviembre de 1955, por la Recaudación de Hacienda Nacional de Calarcá, relativo al pago de la liquidación proforma; el artículo 271 del C. C. Administrativo; y el inciso 5º del artículo 68 ibidem, expone el siguiente razonamiento:

"Claramente se ve que el doctor Patiño Sanz no ha consignado en la Oficina Recaudadora el valor del impuesto definitivamente liquidado, pues no existe prueba de ello. Solamente abonó 'A. b/cta. Impuesto $ 1.325.69'. Tmapoco aparecen los comprobantes de suscripción en la Siderúrgica Paz del Río, que debe haberse liquidado de conformidad con el Decreto 4.051 de 1949, y demás disposiciones que rigen la materia".

"Lo anterior, es suficiente para que el Tribunal se vea en la obligación de abstenerse de dar curso a la demanda, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 167 de 1941".

El señor apoderado del actor, al interponer el recurso de reposición y sustentarlo ante el Tribunal, adujo como razón fundamental para solicitar la revocatoria del auto inadmisorio de la demanda la circunstancia especial de estar su patrocinado en el caso contemplado en el artículo 23 del Decreto número 0341 de 1957, motivo por el cual de conformidad con lo preceptuado por el inciso 2º de este artículo para la admisión de la demanda solo era necesario el pago previo del impuesto señalado en la liquidación privada o informal practicada por el contribuyente con base en los datos de la respectiva declaración sin modificación alguna y la prestación de la caución fijada por el Tribunal para responder por el pago de los impuestos que se deduzcan en el juicio contencioso-administrativo.

El Tribulnal, en auto proferido el 30 de octubre último, sostuvo que la disposición invocada por el doctor GONZALEZ FRANCO no era aplicable al caso sometido a estudio y después de transcribir tal disposición dijo:

"En síntesis de lo hasta aquí dicho: el artículo 23 del Decreto 341 de 1957, estableció un término de gracia de tres meses para interponer ante los Tribunales Administrativos demandas de revisión de los impuestos de renta, complementarios y especiales, definitivamente liquidados por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y por resoluciones dictadas durante los años de 1954, 1955, 1956 y hasta el 10 de mayo de 1957, es decir, las resoluciones que ya estaban debidamente ejecutoriadas y contra las cuales no se había establecido en tiempo la demanda de revisión y ya habían transcurrido los tres meses de que habla el C. C. A., y entonces, a partir del 19 de diciembre de 1957, fecha en la cual empezó a regir el Decreto citado, hasta el 19 de marzo de 1958, podían los contribuyentes, que se encontraban en la situación dicha, demandar ante los Tribunales Administrativos. Pero es claro que las reclamaciones que se encontraban pendientes ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, al entrar en vigencia el Decreto 341, seguían el procedimiento ordinario que trae el C. Administrativo...".

Según se infiere de los razonamientos expuestos por el Tribunal y de las argumentaciones aducidas por el señor apoderado, el problema que debe resolver la Sala se reduce a saber si en el caso de autos es suficiente para darle curso a la demanda la sola presentación del recibo del pago del impuesto que figura en la liquidación informal practicada por el propio contribuyente al presentar su liquidación privada.

Para decidir acertadamente la cuestión controvertida, conviene ano-

tar que en materia imposiva el contribuyente puede elevar sus reclamaciones, por la vía gubernativa, ante la respectiva Administración de Hacienda o ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y por la vía contencioso-administrativa, ante el respectivo Tribunal Administrativo. Por consiguiente, en lo tocánte a reclamaciones por concepto de impuestos hay que distinguir dos etapas en cada una de las cuales se exigen por la Ley determinados requisitos para que puedan ser admitidas, estudiadas y resueltas por los funcionarios o entidades a quienes se les atribuye el conocimiento de ellas.

En la primera etapa de las reclamaciones que se desarrolla ante los funcionarios de la Hacienda Nacional, se ha exigido por la Ley, como requisito previo, para poderlas formular, el pago del impuesto liquidado. Sobre esta materia se ha establecido lo siguiente:

"...cualquier contribuyente que crea que es injusto el impuesto que se le ha asignado de acuerdo con esta Ley, por el Administrador de Hacienda Nacional, podrá reclamar ante la Dirección General de Rentas Nacionales, presentando las razones de su reclamación; pero el Director General no considerará ninguna reclamación sin que se presente el comprobante de *estar pagado ya el impuesto sobre el cual se reclama...*". (Ordinal 1º del artículo 14 de la Ley 81 de 1931. La Sala subraya).

Posteriormente fue expedido el Decreto Ejecutivo número 554 de 28 de febrero de 1942 con base en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 16 de la Ley 128 de 1941. Este Decreto en su artículo 11, que modificó el artículo 14 de la Ley 81 de 1931, al regular las reclamaciones de los contribuyentes elevadas ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales contra las liquidaciones efectuadas por los Administradores o Recaudadores de Hacienda Nacional, estatuyó que ellas se podían admitir y sustanciar si reunían los requisitos de oportunidad y pago previo del gravamen.

Tanto el artículo 14 de la Ley 81 de 1931 como el 11 del Decreto Extraordinario número 554 de 1943 fueron modificados por el artículo 6º de la Ley 23 de 1949 que dispuso lo siguiente:

"En los caso en que (sic) la liquidación de la renta, patrimonio y exceso de utilidades, resulte un gravamen superior al doble del que ha debido deducirse de la declaración juramentada del contribuyente, este tendrá derecho a reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de la liquidación respectiva, con el solo pago previo del impuesto no discutido, es decir, el correspondiente a su declaración, tasado de conformidad con las tarifas vigentes".

Luego se expidió el Decreto Legislativo número 0270 de 6 de febrero de 1953 "por el cual se dictan algunas normas sobre carácter impositivo". En el artículo 27 de este Decreto se preceptuó:

"Cuando los impuestos de renta, complementarios y adicionales liquidados sean superiores a los que surjan espontáneamente de las declaraciones de renta y patrimonio, tal como hayan sido presentadas, los contribuyentes podrán reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de las liquidaciones respectivas, *con solo pago previo de los*

gravámenes que correspondan a sus declaraciones sin ninguna modificación". (Las sublíneas son de la Sala).

Esta última norma fue confirmada por el Decreto Legislativo número 2.317 de 8 de septiembre de 1953 al disponer en el artículo 6º lo siguiente:

"Para reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales contra los impuestos definitivamente liquidados, deberá acreditarse únicamente el pago de los impuestos correspondientes a la liquidación privada del contribuyente, y la reclamación deberá interponerse dentro del mismo término fijado para pagar la diferencia entre la liquidación privada y la definitiva".

La atenta lectura de las disposiciones que acaban de transcribirse indica con toda claridad que el pago previo de los impuestos que figuren en las liquidaciones informales o liquidaciones proforma solo sirve como condición *sine qua non* para sustanciar las reclamaciones elevadas por el contribuyente ante la Administración de Hacienda Nacional o ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Tal pago es, pues, requisito previo en la primera etapa de la reclamación o sea en la etapa puramente administrativa, pero él no puede servir por sí solo para recurrir a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

En la segunda etapa es necesaria la consignación íntegra del impuesto definitivamente liquidado. En efecto, el artículo 86 de la Ley 167 de 1941 en su inciso 5º ordena:

"Si se trata de demanda de impuestos que se exigen o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público deberá acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente en la oficina recaudadora. Terminado el juicio respectivo, la cantidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente o deudor, ingresará definitivamente a los fondos del tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resulte, si lo hubiere".

Y el mismo artículo en su inciso 6º dispone:

"El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos en que leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida. En los demás casos, bastará que se otorgue caución a satisfacción del Magistrado sustanciador para garantizar el pago respectivo con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto".

Y el artículo 13 del Decreto Legislativo número 554 de 1942 preceptuó:

"De conformidad con el inciso 6º del artículo 86 de la Ley 167 de 1941, para recurrir a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en demanda de impuestos, es necesaria la consignación previa de la suma respectiva en la Administración o Recaudación de Hacienda Nacional correspondiente".

Este mandato aparece corroborado por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario número 461 de 1950 concebido en estos términos:

"En todo caso para recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa es necesario que el contribuyente consigne previamente el *monto*

total del impuesto que le haya sido liquidado definitivamente". (Subraya la Sala).

De conformidad con lo dispuesto en las disposiciones que se han transcrito, el pago del impuesto que figure en las liquidaciones *proforma* sirve solo para que el contribuyente pueda elevar sus reclamaciones ante los funcionarios de la Hacienda Nacional debiendo consignar íntegramente el valor del impuesto definitivamente liquidado para recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Solamente por excepción se puede recurrir a la citada jurisdicción con el comprobante del pago del impuesto que resulte de la liquidación provisional o proforma, de conformidad con lo preceptuado clara y categóricamente por el inciso 2º del artículo 23 del Decreto Legislativo número 341 de 1957.

Como en el caso contemplado en el libelo de demanda del doctor PATIÑO SANZ se ha pretendido colocar por el apoderado de este dentro de los considerados por el artículo últimamente citado, es necesario conocer el alcance de este cuyo tenor es el siguiente:

"Concédese un término extraordinario de tres meses a partir de la vigencia de este Decreto, para interponer ante los Tribunales Administrativos demandas de revisión de los impuestos de renta, complementarios y especiales que se hayan establecido o confirmado en providencias de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales dictadas durante los años de 1954, 1955, 1956 y hasta el 10 de mayo de 1957, en aquellos casos en que los impuestos definitivamente fijados por la Jefatura de Rentas sean tres veces superiores a los que figuren en las liquidaciones privadas acompañadas por los contribuyentes a sus declaraciones de renta y patrimonio, o a los que surjan espontáneamente de las cifras que figuren en dichas declaraciones, sin ninguna modificación, siempre que sea manifiesta la violación de una norma legal. Esta última apreciación deberá hacerse provisionalmente desde la aceptación de la demanda".

"En los casos previstos en este artículo las demandas podrán interponerse con el pago previo de los impuestos que figuren en las liquidaciones privadas e informales que hayan practicado o practiquen los contribuyentes o las Oficinas de Hacienda con base en los datos de las declaraciones sin ninguna modificación, pero deberá prestarse caución satisfactoria, a juicio del respectivo Tribunal, para responder por el pago de los impuestos que se determinen en el respectivo juicio contencioso-administrativo y que no hayan quedado cubiertos con las liquidacioes privadas, los cuales deberán pagarse con el recargo de los intereses ordinarios de mora".

Esta norma, que entró a regir el 19 de diciembre de 1957, día en que fue publicado el Decreto número 314 ya mencionado, fue expedida por la Junta Militar de Gobierno con la noble mira de remediar las injusticias de que fueron víctimas muchos contribuyentes durante el régimen iniciado el 13 de junio de 1953. Es sabido que durante este Gobierno reemplazado el 10 de mayo de 1957 por la Junta Militar de Gobierno el orden jurídico sufrió notorios quebrantos; y muchas de las disposiciones en materia tributaria fueron interpretadas equivocadamente o en forma acomodaticia causándoseles a algunos contribuyentes lesiones pa-

trimoniales. Con la exclusiva mira de brindarles a estos los medios adecuados para la defensa de sus derechos obteniéndose la debida reparación se consagró una acción extraordinaria de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos, sometiéndola a una doble limitación, a saber:

La del plazo perentorio dentro de la cual debía ejercitarse; y la de la materia sobre que debía recaer. De conformidad con la primera de estas restricciones, la acción debía ejercitarse necesariamente en el lapso comprendido entre el 19 de diciembre de 1957 y el 19 de marzo de 1958; y de acuerdo con la segunda, aquella solo podía dirigirse contra los actos de liquidación de impuestos de renta, complementarios y especiales producidos o confirmados por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales durante la época comprendida en los años de 1954, 1955, 1956 y hasta el 10 de mayo de 1957, pero solo en los eventos de que los tributos fueran tres veces superiores a los determinados en las liquidaciones privadas.

Los dos extremos enunciados eran necesarios para la admisión y tramitación de la acción extraordinaria de revisión sin que se pudiera acudir a interpretaciones extensivas por tratarse de una norma de excepción, pues, es sabido que las excepciones son de restringida interpretación.

En el caso hoy sometido a estudio, la acción fue ejercitada por el doctor PATIÑO SANZ diez y ocho meses después de expirado el término fijado por el Decreto a que se ha hecho alusión, pues, la demanda fue presentada en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas el 21 de septiembre de 1959; y los actos acusados son los contenidos en las Resoluciones números 01157 y 02681 expedidos por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales el 10 de junio y 9 de septiembre de 1959, respectivamente.

La desconfianza que se tuvo con relación a las actuaciones de los funcionarios de la Hacienda que pudieron ser instrumentos ciegos o dóciles de la dictadura no puede ni pudo extenderse a quienes ocuparon y ocupan las posiciones de aquellos en el régimen implantado para la restauración de las instituciones jurídicas. De allí la razón para que la acción extraordinaria de revisión solo pudiera dirigirse contra las Resoluciones proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos hasta el día 10 de mayo de 1957; y para que no fuera admisible contra las proferidas posteriormente aunque las reclamaciones o recursos se hubieran elevado o interpuesto dentro de los años señalados por el art. 23 del Decreto 341.

No pudiendo situarse el caso del doctor PATIÑO SANZ dentro de los precisos límites fijados por el artículo 23 del citado Decreto, es innegable e indiscutible que el auto del Tribunal Administrativo de Caldas por medio del cual se inadmitió la demanda es perfectamente jurídico y por ende se impone la confirmación de tal proveído. La demanda es inadmisible no solo por la falta del pago, o mejor, de la consignación del impuesto definitivamente liquidado, sino también por la falta de uno de los requisitos expresamente fijado por el C. C. Administrativo, a saber: indicación del concepto de violación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, CONFIRMA la providencia apelada de la fecha y procedencia indicadas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Alejandro Domínguez Molina — *Carlos Gustavo Arrieta* — *Andrés Augusto Fernández M.* — *Francisco Eladio Gómez G.* — *Pedro Gómez Valderrama* — *Gabriel Rojas Arbeláez.* — El Secretario, *Luis Fernando Sánchez.*

* * *

IMPUESTOS

(Explotación de minas de oro y metales preciosos).—Deducción por agotamiento: se liquida con aplicación de lo prescrito en los artículos 4º de la Ley 67 de 1946 y 9º de la Ley 61 de 1947.—Elementos y repuestos de carácter fungible y consumidos durante el año gravable, y cálculo de depreciación por desgaste.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

Expediente Nº 122.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, previa revisión de los libros de contabilidad de la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., domiciliada en Istmina, por medio de la Resolución R-2621-H de 1953 revisó la liquidación del impuesto de renta, complementarios y adicionales que a dicha sociedad le había practicado la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca por el año gravable de 1951 y le fijó como monto total a cargo de la contribuyente la suma de $ 442.510.73 y no la de $ 352.927.51 liquidada inicialmente.

Contra la Resolución interpuso la sociedad el recurso de reposición y la Jefatura, por medio de la Resolución R-1722-H de 19 de abril de 1956, modificó parcialmente aquella fijando el valor del impuesto en la cantidad de $ 445.539.17, o sea un cobro adicional de $ 92.611.66 sobre la suma liquidada en la liquidación primitiva.

Inconforme con esta decisión, la Compañía Minera Chocó Pacífico, por medio de apoderado, previo pago de la totalidad de los impuestos liquidados, presentó demanda el 3 de agosto de 1956 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que previo el procedimiento señalado por el Capítulo XV del Código Contencioso Administrativo, se hicieran las siguientes declaraciones:

"a)—Que son nulas, por violación de la Ley y de sus reglamentos las Resoluciones Nos. R-2621-H de 1953 (agosto 29) y R-1722-H de 1956 (abril 29), originarias de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de las cuales esta entidad, respectivamente, revisó de oficio la liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales e inversión en acciones de Acerías Paz de Río S. A., que inicialmente había practicado a cargo de la Cía. Minera Chocó Pacífico S. A. la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca por el año gravable de mil novecientos cincuenta y uno (1951), y confirmó parcialmente la citada revisión, en lo tocante a deducciones de la renta por concepto de los pagos de asesoría técnica que representan un mayor costo de los materiales y repuestos y por concepto de parte del agotamiento.

"b)—Que, en consecuencia, debe revisarse la liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios, adicionales e inversión por el año de 1951, contenida en la Resolución R-1722-H de 1956, para determinar la renta gravable aceptando como deducciones las partidas de $ 103.251.51, por concepto del mayor costo de los materiales y repuestos, y de $ 130.399.30, por concepto del valor del agotamiento que no fue reconocido por la Jefatura de Rentas.

"c)—Subsidiariamente, y previa declaración de nulidad de las referidas providencias, por violación de la Ley y de sus reglamentos, debe revisarse la liquidación contenida en la Resolución R-1722-H de 1956, en el sentido de aceptar íntegramente la partida correspondiente al agotamiento desestimado (tal como se formula la petición principal a este respecto), y la correspondiente al mayor costo de los materiales y repuestos, en proporción a los consumidos durante el año y en la forma como adelante se enunciará.

"d)—Que, por consiguiente, el Tesoro Nacional debe reintegrar dentro del plazo que ese H. Tribunal ha de señalar —y con los intereses del ocho por ciento (8%) anual a partir de las respectivas fechas de pago hasta cuando se verifique la devolución correspondiente—, la diferencia entre el impuesto total pagado por la Compañía que represento, inclusive lo liquidado con destino a Paz de Río que se pagó como impuesto, de acuerdo con la liquidación que ese H. Tribunal practicará de acuerdo con las peticiones anteriores".

Sobre las disposiciones violadas y el concepto de violación, la demanda expresa en síntesis:

La oficina liquidadora aceptó inicialmente como deducción por concepto de agotamiento el 10% del valor total de la producción en función del valor de venta. La Jefatura al revisar dicha liquidación, circunscribió el problema del agotamiento exclusivamente a ese porcentaje, con prescindencia de toda otra consideración, por medio de la Resolución R-2621-H de 1953. Pero la misma Jefatura al decidir el recurso de reposición por medio de la Resolución R-1722-H de 1956, revisó la liquidación por otro aspecto completamente distinto al limitar el agotamiento al 20% de la renta líquida, lo que quiere decir que revisó en este punto la liquidación, cuando el término para ejercer la facultad de revisión oficiosa estaba vencido, pues la declaración se presentó el 7 de abril de 1952 y tal facul-

tad no puede ejercerse "después del primero de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración", conforme al numeral 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, vigente respecto de las liquidaciones correspondientes al año de 1951. En consecuencia, la Resolución R-1722-H de 1956 violó el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931.

La Resolución R-1722-H de 1956 en cuanto limitó la deducción por agotamiento al 20% de la renta líquida, por aplicación del artículo 6º de la Ley 67 de 1946, violó los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887 y el 9º de la Ley 61 de 1947, porque esta última disposición reglamentó íntegramente la materia sobre deducción por agotamiento y, en consecuencia, dejó insubsistente el artículo 6º de la Ley 67 de 1941.

La Resolución R-1722-H de 1956 violó el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, porque negó la deducción total de la partida de $ 103.251.51, "correspondiente a los pagos efectuados por concepto de mayor costo de los materiales y repuestos adquiridos durante el año en desarrollo del negocio" y, "subsidiariamente la parte proporcional de ella en relación con los repuestos consumidos".

El Tribunal, surtidos los trámites de la primera instancia, falló el juicio con fecha 21 de junio de 1957, así:

"1º—SON NULAS y así se DECLARAN, las Resoluciones números R-2621-H de 29 de agosto de 1953, y R-1722-H de 19 de abril de 1956, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, mediante las cuales esa dependencia revisó de oficio la liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales e inversión en acciones de Acerías Paz de Río, que inicialmente había practicado a cargo de la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca por el año gravable de 1951, en cuanto por ellas para determinar la deducción por agotamiento, se tomó como base legal, una distinta al 10% del valor total de la producción proveniente de la explotación; y en cuanto para hacer el cálculo de la depreciación por desgaste de materiales y repuestos, no se tomó en cuenta la cantidad de CIENTO TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($ 103.251.51), parte del costo de los mismos que tampoco se incluyó en el inventario de fin de año.

"2º—REVISASE la referida operación administrativa de liquidación de impuestos, en el sentido de fijar, como en efecto se FIJA en la cantidad de *cuatrocientos cuatro mil quinientos veintinueve pesos con cuarenta y cuatro centavos* ($ 404.529.44) m. c., el valor del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales e inversión en acciones de Acerías de Paz de Río que le corresponde pagar a la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., domiciliada en Bogotá, por el año gravable de 1951.

"3º—De la cantidad de $ 41.009.73, diferencia entre la fijada en el numeral anterior y la fijada en la última de las Resoluciones que se revisan, que fue cobrada de más, el Tesoro Nacional por conducto de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, debe devolver en el término legal, al contribuyente demandante o a quien lo represente, la cantidad de TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y

NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 38.499.56) m. c., junto con los intereses que se hayan causado, en los términos del artículo 14 de la Ley 81 de 1931.

"Parágrafo.—El resto, o sea, la cantidad de dos mil quinientos diez pesos con diez y siete centavos ($ 2.510.17) m. c. que corresponden a exceso de lo invertido en acciones de Acerías Paz de Río que no deben devolverse, se computarán en la cuenta del contribuyente para inversio- devolverse, de lo que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales dará conocimiento a la respectiva Empresa.

"4º—En lo demás, quedan en todo su vigor las Resoluciones acusadas".

Contra la sentencia interpusieron apelación tanto el señor Fiscal del Tribunal como el apoderado de la sociedad actora y por ello, el juicio se remitió al Consejo de Estado para su conocimiento y decisión en segunda instancia.

Por estar agotados los trámites legales, procede la Sala a dictar la correspondiente sentencia y para el efecto considera:

Al hacer su declaración de renta por el año de 1951, la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. solicitó una deducción por agotamiento por valor de $ 539.824.46, o sea el 10% sore $ 5.398.244.58, valor total de la producción en función de su venta, después de deducir lo pagado por concepto de regalías. La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca al practicar la respectiva liquidación aceptó la deducción en la forma pedida, mas la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales al revisar oficiosamente la liquidación, mediante la Resolución número R-2621-H de 29 de agosto de 1953, liquidó el 10 % de agotamiento en $ 323.080.42 tomando como base el costo de la producción del mineral. Al pedírsele reposición de tal providencia, dictó la Resolución número R-1722-H de 19 de abril de 1956 y en ella reconoció que el procedimiento era incorrecto, pues que la base para liquidar el 10% por agotamiento era la del valor total de la producción en razón de la venta, pero limitó la deducción al 20% de la renta líquida de conformidad con el artículo 6º de la Ley 67 de 1946, o sea a la cantidad de $ 409.425.16, haciendo ver que en ninguna de las dos liquidaciones se había tenido en cuenta ese límite.

La demanda estima que con esta última Resolución, la Jefatura ejerció extemporáneamente la facultad de revisión oficiosa y que, en consecuencia, violó el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, vigente en su totalidad para las liquidaciones de 1951, porque la declaración se presentó el 7 de abril de 1952 y la facultad de revisión venció el 31 de agosto de 1953 y como la Resolución R-2621-H de 29 de agosto de 1953 no hizo referencia alguna a la limitación del agotamiento al 20% de la renta líquida, este aspecto fue extraño al debate que se suscitó al practicarse la revisión oficiosa y la Jefatura no podía, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra tal Resolución, tener en cuenta y aplicar el artículo 6º de la Ley 67 de 1946, sobre dicha limitación del agotamiento, en la Resolución número R-1722-H de 19 de abril de 1956.

El señor Fiscal del Tribunal consideró que esta apreciación del demandante "no es exacta, primero, porque el sistema de determinar el agota-

miento con un porcentaje sobre el producto bruto obtenido en la propiedad minera en el año gravable, implica necesariamente y por la misma naturaleza del sistema, que se calcule sin exceder tal deducción de un porcentaje fijo del rendimiento neto que se obtenga de la propiedad, calculado sin asignación para el agotamiento. Y si esto es así, mal puede decirse que limitar la deducción al 20% de la renta líquida computada antes de hacer la deducción por agotamiento implique una revisión oficiosa, pues el sistema tiene que aplicarse en su integridad y no por partes. En segundo lugar, no es que en la Resolución R-2621-H de 1953 se haya dejado de aplicar la limitación del 20%, sino que la deducción por agotamiento que allí se reconocía no alcanzaba al máximo legal".

El Tribunal **a-quo** en su sentencia, acogió la tesis del demandante y al efecto razonó así:

"Ciertamente, el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, establece para el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales la facultad de revisar oficiosamente las declaraciones de renta hechas por los contribuyentes del impuesto respectivo, y en virtud de dicha revisión puede fijar las imposiciones adicionales que estime legales, o disponer los reembolsos correspondientes cuando a ello hubiere lugar. Pero también es verdad que la misma disposición en su inciso segundo preceptúa: "Con excepción del caso de los contribuyentes mencionados en el numeral 2º de este artículo (los que no hayan hecho declaración, se anota), no se hará cambio alguno por dicho Director General en la renta tasable o en el impuesto de cualquier contribuyente después del primero de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración". Como se ve, el precepto transcrito es de claridad meridiana y al propio tiempo de una precisión rigurosa que no autoriza interpretación que implique extensión en forma alguna: "no se hará cambio alguno", dice el precepto legal. Ello no quiere decir otra cosa sino que efectuada la fijación de impuestos por virtud de la providencia de revisión, la Jefatura no puede variarla por ningún pretexto. Lo que desde luego, no impide que el contribuyente pueda reclamarla para conseguir algún cambio en su favor, cosa que es enteramente distinta, ya que tal caso solo podría suceder por causa de ilegalidad en la liquidación que afecte desfavorablemente al contribuyente.

"Así las cosas, es preciso concluír que la Resolución número R-1722-H en referencia, en cuanto cambió la base para la liquidación de la deducción por agotamiento, en relación con la Resolución inicial de revisión, o sea la R-2621-H de 1953, infringió el precepto prohibitivo contenido en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, aplicable al caso de que se trata, y por consiguiente es nula por tal concepto, y así habrá de declararse en la parte resolutiva de este fallo".

El señor Fiscal del Consejo doctor Justo Franco en su alegato fechado el 26 de febrero de 1956, manifiesta que está de acuerdo con la tesis de la sentencia de primera instancia y al efecto dice:

"No hay lugar a dudas acerca de que, el hecho de que la Jefatura, con ocasión del recurso de reposición le hubiera dado aplicación al artículo 6º de la Ley 67 de 1946 sobre el límite del 20% para la deducción por ago-

tamiento, constituye una revisión oficiosa en este punto. Ahora bien, en el cuaderno de antecedentes se puede observar que la declaración fue presentada el día 7 de abril de 1952 y conforme al artículo 15 de la Ley 81 de 1931, no puede hacerse ningún cambio en la renta tasable o en el impuesto "después del primero de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración". Como la modificación fijando el 20% como límite para la deducción por agotamiento se efectuó por medio de la Resolución número 1.722 de 19 de abril de 1956, para entonces ya había transcurrido en exceso el plazo legal para la revisión oficiosa. Debe pues accederse a lo solicitado por el demandante, es decir, determinar la deducción por agotamiento sin tener en cuenta el límite del 20% de la renta líquida".

La Sala comparte el concepto del señor Fiscal del Consejo y la conclusión sentada por el Tribunal.

En efecto, de acuerdo con los principios sobre régimen tributario, la autoridad superior de control de la imposición, puede modificar la liquidación del impuesto no solo oficiosamente, sino con ocasión de los reclamos presentados por los contribuyentes y aún al decidir los recursos de reposición o apelación interpuestos por estos. Este principio que estaba consagrado implícitamente en el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, fue establecido expresamente en el ordinal c) del artículo 3º del Decreto 2361 de 1938 y repetido en el artículo 9º del Decreto Legislativo número 341 de 1957.

Quiere decir lo anterior que por virtud de la facultad de revisión que la ley confiere al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, para este no rige el principio de la **reformatio in pejus**, o sea que al conocer de una reclamación de un contribuyente por reposición o apelación contra la providencia de liquidación de impuestos, puede enmendar esta aún en lo que fuere favorable al recurrente y que no ha sido objeto del recurso.

Y ello es así, porque la finalidad de la revisión es ajustar la liquidación del impuesto a las normas legales que lo rigen, corrigiendo su errada aplicación ya sea en favor o en contra del fisco.

Mas, el legislador de 1931, fijó un término para la revisión, vencido el cual se hace firme e inmodificable la situación del contribuyente que hubiere hecho declaración de renta gravable. Ese término vencía el 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración, por consiguiente, después de esa fecha no podía ser revisada la liquidación practicada sobre la declaración del contribuyente, pues expresamente disponía el aparte final del inciso 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931: "No se hará cambio alguno por dicho Director General en la renta tasable o en el impuesto de cualquier contribuyente después del primero de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración.

Así, pues, si la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales puede de oficio, dentro del término mencionado, revisar las liquidaciones practicadas por los Administradores de Hacienda y esta facultad puede ejercerla

cuando conoce de las reclamaciones formuladas por los contribuyentes o cuando conoce de los recursos de reposición o apelación interpuestos contra las providencias que deciden las reclamaciones, surge la conclusión de que cuando un contribuyente reclama contra la liquidación practicada por el Administrador de Hacienda y la Jefatura lo decide después de vencido el término que tiene para la revisión oficiosa, la providencia respectiva solo puede contraerse a los puntos materia del reclamo.

Con la misma razón, cuando la Jefatura revisa la liquidación sin haber reclamación intentada por el contribuyente, pero este interpone reposición contra la respectiva providencia, si la Jefatura decide el recurso cuando ya está vencido el término legal para revisar, en su providencia no puede ya hacer cambio alguno desfavorable al recurrente en la renta tasable o en el impuesto, pues solo puede contraerse a los puntos que fueron objeto del recurso de reposición. Si así no fuera, querría decir que después de vencido el término legal de revisión, la Jefatura podría seguir haciendo cambios en la renta tasable o en el impuesto, contra el expreso mandato de la ley.

En el caso de autos, la Jefatura con fecha 29 de agosto de 1953 y mediante la Resolución R-2621-H, revisó la liquidación practicada por la Administración de Hacienda de Cundinamarca sobre la declaración de renta presentada por la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. en el mes de abril de 1952, por el año gravable de 1951. En su revisión, no aceptó la base declarada por el contribuyente para fijar el 10% por agotamiento, pues tomó como base el costo de la explotación minera, debiendo tomar el valor total de la producción por su precio de venta y por ello fijó el monto deducible por agotamiento en la suma de $ 323.080.42 y no la de $ 539.824.46 solicitada por la contribuyente y aceptada en la liquidación primitiva. De esta providencia se notificó el representante de la Compañía el 11 de septiembre siguiente y el 22 del mismo mes pidió reposición haciendo ver en su escrito el error cometido por la Jefatura. Esta falló la reposición por medio de la Resolución R-1722-H de 19 de abril de 1956 y reconoció que el procedimiento empleado en la providencia recurrida era incorrecto, pero aunque admitió expresamente como ACERTADO el procedimiento usado en la liquidación inicial al aceptar la suma de $ 539.824.46, por agotamiento "calculando el 10 % sobre el valor de las ventas de la producción", con el fundamento de que en tal liquidación inicial no "se tuvo en cuenta el límite del 20% de que trata el artículo 6º de la Ley 67 de 1946", procedió a determinar el valor del agotamiento de acuerdo con esta regla y lo fijó en $ 409.425.16. Según esto, cuando la Jefatura resolvió el recurso de reposición contra la Resolución de revisión de la liquidación inicial, estaba prescrita la facultad para revisar y aunque por mandato de la ley, ya no podía cambiar la renta tasable denunciada por el contribuyente y que sirvió de base para que la Administración de Hacienda le liquidara el impuesto, modificó aquella y este so pretexto de que conforme a la ley el porcentaje por agotamiento no podía exceder del 20% de la renta líquida computada antes de hacer deducción por agotamiento.

Para la Sala es incuestionable que después del 1º de septiembre de

1953, la Jefatura no podía seguir revisando la declaración y liquidación de la Compañía, sino en el punto concreto que fue objeto del recurso de reposición y ya no podía, por tanto, cambiar el valor por agotamiento, aceptado en la liquidación inicial, por otro distinto que no había sido él solicitado por el contribuyente al interponer la reposición.

Por consiguiente, es fundada la conclusión a que llegó el Tribunal de que la Resolución número R-1722-H de 19 de abril de 1956 "en cuanto cambió la base para la liquidación por agotamiento, en relación con la Resolución inicial de revisión, o sea la R-2621-H de 1953, infringió el precepto prohibitivo contenido en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931".

Y aunque esta conclusión que, como se deja dicho, la comparte la Sala, era por sí suficiente para que el Tribunal revisara la operación de liquidación del impuesto, sin necesidad de estudiar el segundo aspecto de violación de la ley que sobre el mismo punto alegó la demanda, procedió a hacerlo para llegar también a la conclusión "de que las Resoluciones acusadas violan el artículo 9º de la Ley 61 de 1947, en cuanto para determinar la deducción por agotamiento, se tomó en ellas como base legal, una distinta al 10% del valor total de la producción proveniente de la explotación".

Sobre el particular considera la Sala:

Sostiene la demanda que el artículo 9º de la Ley 61 de 1947 reglamentó íntegramente la deducción por concepto de agotamiento que, en consecuencia "eliminó la limitación del 20% de la renta líquida que establecía el artículo 6º de la Ley 67 de 1946, en cuanto se abstuvo de reproducir este precepto o de hacer referencia a él, o de establecer cualquier clase de limitaciones al respecto" y, por tanto, al aplicar la Jefatura tal artículo, violó los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887 y el 9º de la Ley 61 de 1947.

El Tribunal estuvo de acuerdo con el demandante en que lo relativo a agotamiento "quedó reglamentado íntegramente por el artículo 9º de la Ley 61 de 1947" y que "cualquiera otra base que se tome para la determinación de la deducción por agotamiento —distinta al 10% del valor total de la producción proveniente de la explotación— es ilegal y por ende violatoria de la disposición del artículo 9º citado".

Para el señor Fiscal Primero del Consejo no hay duda de que "el artículo 6º que fija el 20% está derogado", pues "por medio del artículo 9º de la Ley 61 de 1947 se reglamentó lo relacionado con la deducción por agotamiento" y como este "es posterior al artículo 6º que establece el límite del 20%", esta disposición "debe considerarse insubsistente, según el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

La Sala no comparte este concepto. En efecto: La Ley 67 de 1946 "por la cual se modifica el impuesto sobre venta de oro físico y se dictan otras disposiciones relacionadas con la renta proveniente de la explotación de oro y metales preciosos", contiene, como lo anuncia su preámbulo, disposiciones sobre el impuesto de venta de oro físico que se regula por la producción de las empresas mineras (artículo 1º), elevación de la participación sobre el producto del impuesto reconocida a los Departamentos y

Municipios (artículo 2º), elevación del impuesto de timbre para operaciones de cambio internacional (artículo 3º) y disposiciones relacionadas con la renta proveniente de la explotación de oro y metales preciosos que son las siguientes:

"Artículo 4º—Para la determinación de la renta líquida de las empresas a que se refieren los artículos anteriores, la deducción por agotamiento de que tratan el numeral 8º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, el artículo 74 del Decreto 818 de 1936, el inciso final del artículo 20 del Decreto Extraordinario 554 de 1942 y el artículo 1º del Decreto 567 de 1935 SERA EL DIEZ POR CIENTO (10%) DE LA RENTA BRUTA PROVENIENTE DE LA EXPLOTACION DE LA PROPIEDAD MINERA DURANTE EL AÑO GRAVABLE, CON DEDUCCION DE LOS GASTOS PAGADOS O CAUSADOS POR CONCEPTO DE REGALIAS O DE ARRENDAMIENTO DE LA MINA. ESTA DEDUCCION POR AGOTAMIENTO SE CONCEDERA POR TODO EL TERMINO DE LA EXPLOTACION. (Mayúsculas de la Sala).

"PARAGRAFO. — Para los efectos de esta disposición entiéndese por regalía el canon o renta fijado como precio por el uso de la mina, en relación a una unidad de producción de venta o de explotación, sea cual fuere su denominación en el contrato.

"ARTICULO 5º—Por explotación de la propiedad minera debe entenderse no solamente el proceso o combinación de procesos substancialmente equivalentes usados en la separación o extracción del mineral bruto, sino también el proceso o tratamiento ordinario á que debe sometérsele para poner el producto en condición de darlo al mercado. En minería de oro y metales preciosos este proceso o tratamiento comprende la trituración, molida, lavado y beneficio por concentración o cianuración o por cualquier otro método técnico.

"ARTICULO 6º—El porcentaje permitido como deducción por agotamiento no excederá en ningún caso del veinte por ciento (20 %) de la renta líquida del contribuyente, computada antes de hacer deducciones por agotamiento.

"ARTICULO 7º—En el caso de arrendamiento o regalía la deducción se prorrateará equitativamente entre el arrendador y el arrendatario, de acuerdo con las prescripciones que al efecto dicte la Rama Ejecutiva.

"ARTICULO 8º—Establécese una deducción especial de la renta bruta proveniente de la explotación de minas de oro y metales preciosos por concepto de reserva para trabajos de exploración, prospectación y estudio de nuevas zonas equivalente al cinco por ciento (5%) de la renta bruta tal como se define en el artículo 4º.

"PARAGRAFO.—Esta reserva no podrá destinarse a fines distintos de los indicados en este artículo, y en el caso de que se diere empleo diferente el contribuyente perderá el derecho al reconocimiento de esta deducción en el futuro y sin perjuicio de pagar el impuesto sobre las reservas de que se haya dispuesto con violación de esta disposción acumuladas a la

renta del año en que se conozca la diferente destinación o empleo que se le haya dado".

La Ley 61 de 1947 "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre comercio de oro y minería" no contiene fuera del artículo 9º, disposiciones relacionadas con la renta proveniente de explotaciones mineras, pues todos sus demás artículos se refieren al comercio de oro, a los certificados de oro, al estímulo de la industria del mazamorreo o lavadero de pobres, a los giros en monedas extranjeras, provenientes de las exportaciones de metales, a exportaciones hulleras efectuadas por la Cooperativa Hullera de Occidente Limitada, a la organización del registro público de minería y sobre el impuesto que deben pagar las minas que no estén en explotación formal. (Véanse los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10 y 11).

El artículo 9º expresa: "Para la determinación de la renta líquida de las empresas mineras de cualquier clase, con exclusión de yacimientos petrolíferos, la deducción por agotamiento de que tratan el numeral 8º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, el artículo 74 del Decreto 818 de 1936, el inciso final del artículo 1º del Decreto 567 de 1936, SERA DE DIEZ POR CIENTO (10%) DEL VALOR TOTAL DE LA PRODUCCION PROVENIENTE DE LA EXPLOTACION DE LA PROPIEDAD MINERA DURANTE EL AÑO GRAVABLE, CON DEDUCCION DE LOS GASTOS PAGADOS O CAUSADOS POR CONCEPTO DE REGALIAS O ARRENDAMIENTOS DE LA MINA. ESTA DEDUCCION POR AGOTAMIENTO SE CONCEDERA POR TODO EL TIEMPO DE LA EXPLOTACION". (Mayúsculas de la Sala).

Como puede fácilmente apreciarse el artículo antes transcrito es casi la textual reproducción del artículo 4º de la Ley 67 de 1946, pues solo se diferencia en que este se refiere a las empresas que explotan minas de oro y metales preciosos que son las mencionadas en "los artículos anteriores", mientras que el 9º de la Ley 61 de 1947 se refiere a "empresas mineras de cualquier clase, con exclusión de yacimientos petrolíferos"; en que el artículo 4º de la Ley 67 de 1946 determina que el 10% de agotamiento es liquida "de la renta bruta proveniente de la explotación de la propiedad minera" y el artículo 9º de la Ley 61 de 1947 "del valor total de la producción proveniente de la explotación de la propiedad minera".

La Sala está de acuerdo con el Tribunal **a-quo** en que entre las dos últimas "expresiones" no existe ninguna diferencia, si se tiene en cuenta la definición de lo que es renta bruta, según el artículo 1º de la Ley 78 de 1935 y las disposiciones del Decreto 818 de 1936. Pero, cree que el legislador en el artículo 9º de la Ley 61 de 1947, cambió la expresión "renta bruta proveniente de la explotación", por la de "valor total de la producción proveniente de la explotación", porque el Gobierno al reglamentar la Ley 67 de 1946, mediante el Decreto 52 de 1947 en su artículo 3º definió "la renta bruta de la explotación de la propiedad minera como el producto de las ventas del mineral primario o metal precioso, con deducción del costo de explotación y de los gastos pagados o causados por concepto de regalías o de arrendamiento de la mina", con lo cual evidentemente se desvirtuaba, con grave perjuicio de los mineros, no solo el espíritu sino

la letra misma de la ley, al considerar como renta bruta solo el producto de las ventas y no el valor total de la producción y al deducir de aquel producto el costo de explotación, lo que prácticamente equivaldría a confundir los conceptos de renta bruta con renta líquida y a disminuír gravemente la deducción por agotamiento.

El artículo 9º de la Ley 61 de 1947, no difiere, por tanto, realmente del 4º de la Ley 67 de 1946, sino en cuanto hizo extensiva la deducción del 10% por agotamiento a toda clase de empresas mineras con exclusión de las que explotan yacimientos petrolíferos, pues en cuanto a la base para liquidar dicho porcentaje no hizo sino aclarar que "la renta bruta proveniente de la explotación de la propiedad minera" es "el valor total de la producción proveniente de la explotación de la propiedad minera". Por consiguiente, como el mismo señor apoderado recurrente lo reconoció en su escrito de reposición ante la Jefatura de Rentas el artículo 9º de la Ley 61 de 1947 "EN RIGOR NO ES SINO UNA NORMA ACLARATORIA DEL ARTICULO 4º de la Ley 67 de 1946 con el fin de no dejar duda alguna al respecto ni margen al poder reglamentario o al ejecutivo para desfigurar el valor de la deducción o para aplicar torcidamente el sistema establecido en la ley". (V. fs. 14, memorial de reposición, cuaderno antecedentes administrativos).

Y si esto es así, como el mismo apoderado lo reconoció, no puede sostenerse que el artículo 9º de la Ley 61 de 1947 reglamentara íntegramente la materia de la deducción por agotamiento y que por consiguiente, dejara insubsistente el artículo 6º de la Ley 67 de 1946 que limitó el porcentaje de agotamiento al veinte por ciento de la renta líquida computada antes de hacer las deducciones por agotamiento,pues aquel artículo solo aclaró el 4º y dejó subsistentes el parágrafo de este sobre lo que debe entenderse por regalía, el artículo 5º sobre lo que se entiende por explotación de la propiedad minera, el 7º sobre prorrateo de la deducción por agotamiento entre arrendador y arrendatario, todos los cuales se refieren a agotamiento o tienen incidencia en la aplicación de esta deducción en el negocio de minería.

De modo pues, que por este aspecto que la demanda plantea y sobre el cual ha insistido el señor apoderado de la sociedad demandante en su alegato de segunda instancia, para que el Consejo se pronuncie sobre él, no habría lugar a la revisión de impuestos demandada.

El otro punto objeto de la demanda de revisión de liquidación del impuesto es el referente a la deducción de la suma de $ 103.251.51 pagada a Colamer Company Inc. de New York por comisiones en la compra de materiales para el consumo, que la sociedad demandante solicitó en su declaración como deducción de la renta y le fue aceptada en la liquidación inicial.

La Jefatura de Rentas al revisar la liquidación mediante la Resolución número R-2621-H de 29 de agosto de 1953, no aceptó tal partida como deducción con el argumento de que su pago "es parte del costo de los materiales ya que se trata de un gasto directo, hecho en el lugar de compra de los mismos" pero que "no es del caso aceptarlo como deducción del año gravable ya que dichos materiales van a consumirse en varios

años. Técnicamente su importe debe llevarse al costo, para ser deducible en el año en que se consuman los repuestos. De no ser así, las utilidades del ejercicio se afectarían con parte del costo de la existencia de repuestos aún no consumidos".

El señor apoderado de la Compañía al pedir reposición, le observó a la Jefatura que si reconocía que dicho pago hacía parte del costo de producción, su valor debía deducirse, porque no puede condicionarse "su deduccibilidad a la circunstancia de que su importe se haya recargado a los respectivos materiales y en cuanto estos se hayan consumido", pues esto "no es posible, dadas la multiplicidad y, en especial, la heterogeneidad de los elementos así adquiridos". Que por otra parte como la Jefatura aceptó que el valor de tales pagos debe "ser deducible en el año que se consuman los repuestos" y está demostrado en el acta de revisión que durante el año la Compañía gastó materiales por valor de $ 454.297.97, la deducción debía concederse por lo menos en relación con los materiales consumidos, pero no rechazarla en su totalidad, por lo cual, subsidiariamente solicitaba que se hiciera la deducción de tal pago "en proporción a los materiales consumidos durante el año".

La Jefatura de Rentas para no acceder a la reposición expuso en su Resolución número R-1722-H de 19 de abril de 1956:

"La remesa fija de dinero que la compañía recurrente hace a la casa americana por la asesoría técnica que le presta en la administración o prospectación, selección y consecución de repuestos, sin duda alguna constituye un mayor costo de los elementos adquiridos para la producción. Naturalmente cabría hacer la distinción de los materiales adquiridos en orden a ver cuáles de ellos son repuestos fungibles y cuáles no fungibles entendiendo por unos los que se consumen en el período impositivo, y por los otros aquellos que durante (sic) más de un año. Cuando los materiales cupieran en el primer grupo serían deducibles de la renta tanto en su valor inicial de costo como en la parte proporcional que le correspondiera en los pagos hechos por la asesoría técnica .Cuando los materiales pertenecieran al segundo grupo ya no serían deducibles como gastos ordinario sino que han de ser contabilizados como adiciones en el activo patrimonial para su amortización por los métodos legales. En el caso de la Chocó Pacífico S. A. no es posible hacer tal separación y entonces necesariamente hay que tomar los materiales adquiridos como reemplazos que quedan representados en activos más allá del año gravable. Por tanto, no resultaría técnico tomar cualquiera de sus costos como un costo de operación, sino que deben involucrarse todos en el valor de las adiciones para su ulterior amortización que la ley permite por concepto de depreciación.

"En el memorial de reposición se afirma que no es posible cargar estos gastos a los respectivos materiales dadas la multiplicidad y heterogeneidad de los elementos adquiridos. A lo cual se observa que cada uno de los repuestos, materiales y demás artículos de minería comprados en el año pueden ser objeto de la respectiva proporción con relación al total de los pagos hechos a la Colamer Co. Basta un procedimiento de regla de tres simple para saber en qué proporción se afecta el costo de un material dado. Y también de acuerdo con su índole propia, el mayor costo que ten-

gan los repuestos por este concepto irá como adición al respectivo renglón de maquinaria, como las dragas o el equipo fluvial.

"La solicitud subsidiaria no procede tampoco puesto que no se conoce la discriminación de los materiales consumidos en el año por valor de $ 454.297.97 y por tanto se está en imposibilidad de saber cuáles de dichos repuestos tienen el carácter de fungibles, a los cuales sí podría aplicársele la proporción respectiva. La Jefatura no puede desconocer que se consumieron materiales en el período impositivo, pero no conoce, no puede conocer, si esos materiales fueron los comprados por cuenta de Colamer Co. para la compañía recurrente, o si se refieren dichos materiales consumidos a repuestos existentes en años anteriores, caso en el cual por no ser fungibles no se puede conceder la deducción a título de expensa ordinaria. Si bien es cierto que en la liquidación inicial se aceptó la totalidad de los materiales consumidos, en verdad ha debido solicitarse la discriminación respectiva.

"Existe además otra razón para no aceptarse estos pagos como un costo de operación y ella consiste en que se trata de remuneración por servicios personales prestados en el exterior por una persona sin residencia en el país, los cuales al tenor del ordinal 5º del artículo 76 del Decreto 818/36 no son deducibles de la renta. Apenas, pues, se pueden aceptar como un costo de los materiales".

La demanda estima que al negar la Jefatura la deducción total de la partida y la solicitud subsidiaria de deducción de la parte proporcional en relación con los materiales consumidos durante el año, se violó el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, porque se trata de un mayor costo de producción y de elementos fungibles exclusivamente, luego su valor es deducible totalmente y si como lo aceptó la Jefatura "su deducción procede en la medida en que tales materiales y repuestos se consuman", establecido que sí se consumieron materiales y repuestos durante el año, lógicamente, por lo menos, debe aceptarse la deducción de proporción a estos". Observa además la demanda que "nada interesa para el caso que la erogación se haya efectuado en el exterior, pues lejos de poderse asimilar a una compensación por servicios, se trata de un costo directo que, como bien lo consideró la Jefatura, es inherente al costo de los materiales y repuestos, o, lo que es igual, que hace parte integrante de su valor de compra, y bien sabido es que en la determinación fiscal del costo de producción es indiferente el lugar donde se efectúen las compras".

El Tribunal acogió en su sentencia las consideraciones de la Jefatura de Rentas para no acceder a la deducción total de la partida, ni la deducción proporcional al valor de los materiales y repuestos consumidos en el año, pero teniendo en cuenta que dicho valor acrece al patrimonio y su desgaste por consumo debe ser objeto de depreciación, resolvió que debía considerarse en el cálculo de la depreciación por desgaste y rehacer en este punto la liquidación.

Sobre el particular se expresa así la sentencia del inferior:

"En el caso de autos ocurre que la cantidad que el contribuyente desea que se tome en cuenta para la deducción por lo que denomina mayores

costos de adquisición de materiales y repuestos, o sea la de $ 103.251.51, en orden a establecer la proporción de materiales consumidos durante el año, correspondientes a los adquiridos en el mismo, no se sumó al costo de los materiales y repuestos (páginas 23 y 24 del acta de revisión, y manifestación de los Revisores en el concepto contable), y tampoco se incluyó en el monto del inventario de fin de año. Mas, es de suponer que este se fijó en un valor que implica o incluye el demérito o consunción de los elementos que fueron materia del mismo, de suerte que los consumidos debieron sustraerse totalmente y los desgastados o demeritados debieron contribuír con un menor precio. Por otra parte, es obvio que si la cantidad de $ 103.251.51, parte del costo de los materiales y repuestos no se sumó al valor que arrojaron las facturas para que obrara en el momento de hacer el cálculo de la depreciación por desgaste, debe tomarse en cuenta este elemento para rehacer en este punto la liquidación. No de otra manera puede llegarse a la solución del problema con fundamento legal, ya que como lo observa la Jefatura y lo admite el contribuyente demandante, no obra en autos individualización ni discriminación alguna que determine cuáles fueron los elementos consumidos en el año".

El señor apoderado de la compañía demandante al alegar ante el Consejo insistió en sus argumentaciones para que se accediera a sus peticiones principales o subsidiarias sobre deducción total o proporcional de la partida "por concepto de mayor costo de materiales comprados" porque en su concepto está demostrado que se trata de elementos fungibles que por su naturaleza se consumen en la producción y refiriéndose a la conclusión del Tribunal de conceder la deducción por el sistema de depreciación, la critica diciendo que "lo cierto es que la depreciación solo procede para cubrir el desgaste de los activos permanentes, y en este caso es manifiesto que los materiales y repuestos constituyen activos móviles o de consumo; por lo que la deducción del mayor costo de ellos no debe quedar sujeta al sistema de depreciación, sino que debe operar directamente como verdadero costo de producción que representa".

Para el señor Fiscal Primero la solución dada al problema por parte del Tribunal es acertada. "En efecto —dice— dentro del expediente no se encuentran los suficientes elementos de juicio que permitan al juzgador llegar a una conclusión exacta acerca de que los elementos y repuestos por los cuales la compañía demandante pagó un recargo de $ 103.251.51, son de carácter fungible y fueron consumidos durante el año gravable, pues de no ser así, como muy bien lo anota la Jefatura,"las utilidades del ejercicio se afectarían con parte del costo de la existencia de repuestos aún no consumidos. Por consiguiente, la Fiscalía está de acuerdo con el fallo de primera instancia, en lo que respecta a la petición principal del punto que se estudia. En cuanto a la subsidiaria, tampoco se allegó a los autos la discriminación indispensable que hubiera permitido saber qué materiales y repuestos de los adquiridos durante el año gravable, con la asesoría de Colamer Co. Inc. de New York, fueron consumidos durante dicho año, para aplicar la proporción que propone el demandante. De manera que la solución que da al problema el Tribunal **a quo**, consistente en adicionar el valor de las facturas con la suma de $ 103.251.51, para que esta cantidad

obre en el momento de hacer el cálculo de depreciación por desgaste, es la que más se ajusta a la justicia y a la equidad, pues concilia perfectamente los intereses del Estado con los de la sociedad demandante".

La Sala acoge en su integridad el concepto del señor Agente del Ministerio Público por las breves consideraciones siguientes:

Como lo observó la Jefatura de Rentas y no lo desvirtuó en forma alguna la parte actora dentro del juicio, no hay base para considerar que los materiales y repuestos comprados durante el año gravable, con la asesoría técnica de Colamer Company Inc. de New York tenían el carácter de fungibles, ni cuáles teniendo esta calidad se consumieron durante el año gravable. En estas condiciones, el costo de dichos repuestos con inclusión de lo pagado a la Colamer Co. Inc., no puede deducirse de la renta como gastos ordinarios, sino sumarlos al activo patrimonial para su amortización por depreciación, considerándolos como desembolso por reposiciones o renovaciones. Por la misma razón y además por no poder determinar si los materiales que se consumieron durante el año gravable, fueron de los comprados con la asesoría de Colamer Co. Inc., no es posible hacer la deducción de lo pagado a esta compañía en proporción al valor de los materiales y repuestos consumidos durante el año.

Mas, no pudiéndose aceptar la deducción total de dicho pago ni la proporcional solicitada como petición subsidiaria y debiéndose sí involucrar su valor en el de las adiciones para su amortización por depreciación, como lo hizo el Tribunal al rehacer la liquidación, se da una justa solución al problema aunque sin satisfacer las pretensiones de la sociedad demandante.

Las consideraciones anteriores llevan a concluír que la sentencia apelada debe ser confirmada por la Sala, en cuanto se refiere a la revisión de la operación de liquidación del impuesto practicada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en las Resoluciones acusadas.

Mas, la Sala habrá de reformar la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal en los puntos siguientes:

a) Por cuanto en el punto 1º declaró la nulidad de las Resoluciones demandadas y en el contencioso de impuestos no hay lugar a anulación, como reiteradamente lo ha dicho esta Corporación;

b) Porque en el punto 3º ordenó que la devolución de los impuestos pagados en exceso se hiciera "junto con los intereses que se hayan causado" y "la Sala mantiene su jurisprudencia, de acuerdo con la cual se ha venido interpretando y aplicando el artículo 14 de la Ley 81 de 1931, en su inciso 3º, en el sentido de que solamente hay lugar al pago de intereses cuando el Estado incurra en mora para hacer la devolución, mora que solamente ocurre con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia definitiva que la ordena". (V. sentencia enero 27 de 1960. Juicio de impuestos de la Compañía Harinera Limitada. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama); y,

c) Porque en el punto 3º no ordenó devolver a la sociedad demandante el exceso de lo pagado por el impueso con destino al fomento de Acerías Paz de Río S. A. sino que dispuso computarlo para futuras inversiones,

siendo así que como lo hace notar el señor apoderado en su alegato, la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. no hizo uso del derecho de invertir en acciones de aquella sociedad sino que pagó directamente como impuesto, la totalidad de lo que la Jefatura de Rentas le liquidó por este concepto, según consta en los recibos acompañados con la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia de fecha veintiuno de junio de mil novecientos cincuenta y siete, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así:

1º—REVISASE la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales, que por el año gravable de 1951 y en ejercicio de la facultad de revisión, le practicó la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales a la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., mediante las Resoluciones números R-2621-H de 29 de agosto de 1953 y R-1722-H de 19 de abril de 1956, en cuanto fijó como valor de agotamiento la cantidad de $ 409.425.16 y no la de $ 539.824.46 que la sociedad contribuyente había solicitado en su declaración y le había sido aceptada en la liquidación inicial practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca; y en cuanto para hacer el cálculo de la depreciación por desgaste de materiales y repuestos, no se tuvo en cuenta la cantidad de $ 103.251.51, parte del costo de los mismos.

2º—Como consecuencia de la revisión FIJASE en la cantidad de CUATROCIENTOS CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 404.529.44) m. c., el valor del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales que debe pagar la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. domiciliada en Istmina, por el año gravable de 1951.

3º—El Tesoro Nacional por conducto de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca devolverá en el término señalado por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, a la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. o a quien sus derechos represente, la cantidad de CUARENTA Y UN MIL NUEVE PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS ($ 41.009.73) m. c., diferencia entre la cuantía que se fija por impuestos en el ordinal anterior y la fijada por la Jefatura de Rentas en la Resolución número R-1722-H de 19 de abril de 1956.

4º—NIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alejandro Domínguez Molina — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

IMPUESTOS

Omisión en la denuncia de créditos pasivos. — La letra de cambio es un instrumento negociable y sirve para probar plenamente la existencia de una deuda no declarada en la denuncia de renta.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca al proceder a liquidar el impuesto sobre la renta y complementarios del contribuyente señor Rubén Beltrán Pérez, por el año gravable de 1952, observó la existencia de un aumento patrimonial por valor de $ 45.668.54 entre el patrimonio declarado por dicho año y el declarado por el año inmediatamente anterior, por lo cual le solicitó la explicación correspondiente que el contribuyente dio así:

"Al elaborar la última de mis denuncias anotadas omití incluír en el pasivo dos créditos: uno a favor del señor Enrique Hernández Ch. por la cantidad de $ 18.000.00 m. cte. que recibí en préstamo de dicho señor el día 5 de mayo de 1952 según aparece de la letra de cambio debidamente estampillada girada a mi cargo y aceptada por mí en Une, el día mencionado, con un año de plazo, y cancelada el día 12 de mayo del presente año, y otro a favor del señor Jorge Daniel Vargas Moreno por la cantidad de $ 12.000.00 que le quedé debiendo por el precio de 30 vacas de hato que le compré el 15 de noviembre de 1952, con 60 días de plazo y que le pagué en enero del que cursa.

"Los $ 18.000.00 que le tomé en préstamo al señor Hernández los invertí en parte del pago del local que adquirí por remate en la ciudad de Facatativá por la suma de $ 30.000.00, precio por el cual figura en la relación de mi patrimonio y entre los semovientes relacionados por $ 16.000 se incluyeron las 30 vacas compradas al señor Vargas Moreno por un avalúo de $ 15.000.00, o sea a razón de $ 500.00 c. u. Los $ 1.800.00 restantes son el valor de los semovientes que denuncié en 1951 por $ 12.000; de manera que por este concepto de semovientes hubo una valorización de $ 3.600.00. Y estas tres cantidades de $ 18.000, $ 12.000 y $ 3.600.00 junto con la renta que se capitalizó explican la diferencia de $ 46.668.54 que encuentra esa oficina como aumento patrimonial.

"La circunstancia de que al elaborar mi denuncia de 1952 no me fue posible encontrar a los señores Hernández y Vargas para que me expidieran los certificados que la Administración de Hacienda exige para comprobar el pasivo fue la causa que me determinó a excluír esas deudas, pues consideré que sin los comprobantes respectivos era inútil hacerlas figurar.

"Como comprobantes adjunto la letra a que me he referido y una cer-

tificación del señor Jorge Daniel Vargas Moreno debidamente reconocida ante el señor Notario 8º del Circuito de Bogotá; en relación con el negocio de las vacas, con las cuales acredito que en 31 de diciembre de 1952 debía la suma de $ 30.000.00 en total".

No obstante esta explicación, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca determinó la renta del contribuyente por comparación de patrimonios en la cantidad de $ 45.668.54 y le liquidó un impuesto por valor de $ 5.050.30, haciendo constar que procedió así "por no ser suficientes las pruebas que presentó el contribuyente" y que "se hizo todo lo posible para buscar la realidad de la existencia de los pasivos a que hace referencia, pero se observa que en la Oficina de Archivo y la de Censo, no hay declaración de renta y patrimonio de los acreedores".

Contra la liquidación el contribuyente formuló la correspondiente reclamación ante la Jefatura de Rentas e Impuestos nacionales y esta la confirmó mediante la Resolución R-1725-H de 10 de abril de 1956 a cuya reposición no accedió por Resolución R-4314-H de 30 de agosto del mismo año.

Agotada la vía gubernativa, el contribuyente señor Bernal Pérez, por medio de apoderado, formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se revise la operación administrativa de liquidación del impuesto y se declare:

"1º—Que en la liquidación en referencia deben computarse como pasivo del contribuyente las deudas a cargo de este y a favor de los señores Enrique Hernández Ch. y Jorge Daniel Vargas Moreno que constan, respectivamente, en la letra de cambio por diez y ocho mil pesos ($ 18.000) a favor del primero, aceptada por mi poderdante el cinco de mayo del año gravable y cancelada el doce de mayo del año siguiente (1953) y en la certificación expedida por el segundo en que declara un crédito a su favor por doce mil pesos ($ 12.000.00), proveniente de un negocio de ganados, a cargo del contribuyente y su vigencia en 31 de diciembre del citado año gravable.

'2º—Que, en todo caso, las deudas mencionadas en la súplica anterior deben tenerse en cuenta para establecer la diferencia de patrimonios que se practique en las operaciones encaminadas a la determinación del tributo.

"3º—Que para el mismo efecto de establecer la diferencia de patrimonios deben tenerse en cuenta la valorización de los ganados operada durante el año gravable y el precio de la finca rural llamada "Timasita", ubicada en el Municipio de Une.

"4º—Que en virtud de las declaraciones anteriores, se decrete la nulidad de las mencionadas liquidaciones hecha por la Administración Nacional de Hacienda de Cundinamarca y Resoluciones Nos. R-1725-H y R-4314-H de 19 de abril y 30 de agosto de 1946 (sic) respectivamente, cuya revisión demando y que en consecuencia se disponga que por dicha Administración de Hacienda se reintegre o devuelva a mi poderdante la suma que represente la diferencia a su favor entre el monto del impuesto que se le liquidó y pagó y el que realmente le corresponda cubrir, o sea la cantidad que según la sentencia que se dicte resulte pagada por exceso,

con la parte proporcional de recargos y que en lo que rsepecta a las acciones que el señor Beltrán suscribió en la Siderúrgica Paz de Río, se provea como lo dispone el artículo 5º del Decreto número 2187 de 1951".

La demanda menciona como fundamentos de hecho, los antecedentes que se han dejado relacionados y además, las disposiciones que considera violadas con la liquidación y resoluciones acusadas, a saber:

"...los artículos 21 de la Ley 78 de 1935, último inciso; 7º de la Ley 23 de 1945; 7º del Decreto 2745 de 1945; 14 del Decreto Legislativo 270 de 1953; 42 de la Ley 43 de 1923 y 2674 del C. C., así como la doctrina que la propia Jefatura preconizó en su Circular número R-1-A de 1949".

El concepto de la violación lo hace consistir, en síntesis, así:

La Jefatura al negar mérito probatorio a la letra de cambio presentada por el contribuyente para acreditar la deuda a favor de Enrique Hernández Ch., violó el artículo 4º de la Ley 43 (sic) de 1923, al decir que "la letra de cambio más que plena prueba, en rigor de términos, conlleva presunciones de autenticidad y ellas no pueden alegarse respecto de terceros", pues aquella disposición no solo consagra la presunción de autenticidad del instrumento negociable, sino que establece "que el que alegue la falsedad de las firmas de quienes intervengan en los instrumentos negociables debe probarla" y la Jefatura la desestimó sin establecer la tacha, con el argumento de que la letra carecía de registro y que por tanto, no podía ser tenida como prueba, según el artículo 2674 del C. Civil, siendo así que el registro de que habla esta disposición 'es el de los instrumentos públicos establecido con los fines que determina el artículo 2637 de la misma obra, encaminados a regular la tradición del dominio de los bienes raíces y de otros derechos reales constituídos en ellos, y por consiguiente, la Jefatura violó ese texto legal, por indebida aplicación al caso que se contempla"; que tal oficina también obró equivocadamente al no aceptar la certificación del señor Jorge Daniel Vargas Moreno como prueba de la deuda del contribuyente a favor de dicho señor, "pues estando como está ese documento debidamente reconocido por quien lo suscribe ante un Notario, tiene el mérito de plena prueba y es suficiente, por lo tanto, para establecer la existencia de la deuda", pues, "si como prueba de un pasivo se acepta la simple atestación del acreedor, en papel común y sin ninguna formalidad, parece claro que la certificación reconocida ante Notario, vale decir, juramentada, debe aceptarse con mayor razón"; y que la Jefatura no tuvo razón al rechazar los reclamos del contribuyente "fundados en la valorización de los ganados durante el año gravable y en la preexistencia de la finca 'Timasita', situada en Une", porque "el artículo 7º de la Ley 23 de 1945 dice que "las ganancias obtenidas por nacimiento, crecimiento o valorización del ganado durante el año gravable constituye aumento de patrimonio y no renta imponible", e igual norma consagra el artículo 8º del Decreto 345 de 1946" y "no exigen estos preceptos el precio unitario que echa de menos la Jefatura, y como la valorización resulta de la comparación de los inventarios de principio y fin de año, se concluye que también fueron quebrantados los referidos preceptos, por mala interpretación y falta de aplicación".

Con fecha 30 de mayo de 1958, el Tribunal le puso fin a la primera ins-

tancia, mediante sentencia en que revisa la operación administrativa de liquidación del impuesto y rehace esta únicamente "para excluír de la renta gravable determinada por comparación de patrimonios, la partida de $ 18.000.00 a que hace referencia la letra de cambio presentada por el contribuyente, con la modificación del impuesto que imponga en ese renglón, la alteración proveniente de la mencionada explicación", y en consecuencia, fija la renta gravable en $ 27.668.54, el impuesto respectivo en $ 2.357.75 y el de Paz de Río en $ 354.27, y ordena devolver al demandante por impuesto de renta pagado en exceso $ 2.692.55 y por impuesto de Grandes Rentas a que no estaba obligado $ 181.30, o sea la suma total de $ 2.873.85, y que se le tenga en cuenta para futuras inversiones en Paz de Río la suma de $ 382.69.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación contra la sentencia y por virtud de este recurso como por ser consultable el fallo, conoce el Consejo del juicio en segunda instancia.

El recurrente no alegó por escrito en ninguna de las instancias y se limitó a hacer traer a los autos, como prueba, por el Consejero del conocimiento, un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cáqueza sobre la fecha y vigencia de la inscripción del título por el cual adquirió el demandante "dos lotes de terreno ubicados en la sección de 'Timasita', jurisdicción de Une".

El señor Fiscal Segundo del Consejo pidió en su alegato que la Sala revoque la sentencia del Tribunal, para que, en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda, con base en el razonamiento siguiente:

"De acuerdo con la legislación tributaria, una vez presentada la declaración de renta no puede ser esta retirada por el contribuyente, pero sí puede el interesado examinarla en las Oficinas de Hacienda y corregirla por medio de escritos complementarios y si las modificaciones han sido espontáneas, es decir se han hecho sin previo requerimiento de la oficina liquidadora, deben ser tenidas en cuenta al practicarse la operación de fijación del impuesto, pues en estos casos, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 45 de 1945, desaparece toda inexactitud que haya podido existir en la primitiva declaración.

"Según se expresa en la demanda y en las explicaciones dadas por el señor Beltrán Pérez a la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, los créditos a favor de los señores Enrique Hernández Ch. y José Daniel Vargas Moreno, no fueron incluídos en el pasivo porque al elaborar la declaración de renta no pudo encontrar a dichos acreedores para que le expidieran los certificados exigidos por la ley para establecer el pasivo deducible.

"Por regla general todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta y sus complementarios al hacer su declaración procuran aparecer ante el Fisco con un patrimonio y unos ingresos inferiores a los reales con el objeto de pagar un impuesto menor del que legalmente les corresponde. De manera que por esta sencillísima razón no ofrecen ninguna credibilidad las explicaciones dadas por el demandante respecto de los motivos que existieron para no incluír en el pasivo los aludidos créditos. Si realmente estas obligaciones hubiesen estado vigentes el 31 de diciembre de

1952, lo lógico y lo natural era que las hubiese declarado el señor Beltrán Pérez, por lo menos para justificar aparentemente el aumento de patrimonio que se observaba a primera vista, reservándose para una posterior oportunidad el derecho de presentar las respectivas certificaciones. Esto es lo que ocurre en la generalidad de los casos. Además, debe tenerse en cuenta, que como los créditos fueron cancelados, el del señor Vargas Moreno en el mes de enero, o sea antes del 26 de febrero en que fue presentada la declaración de renta del demandante, y el del señor Hernández Ch. el 12 de mayo de 1953, el actor al verificar dichos pagos pudo obtener los respectivos comprobantes para presentarlos oportunamente a la Administración, ya que solo un mes después del último pago, por oficio número 1605 de junio 23, se le solicitaron las explicaciones sobre las causas que determinaron el aumento patrimonial.

'De otra parte, se observa que la prueba aportada por el demandante por sí sola no demuestra la preexistencia de los créditos el 31 de diciembre de 1952, pues la eficacia legal de tales elementos de convicción, no surge ni menos tiene operancia en estos casos, sino cuando los créditos aparecen relacionados en la declaración de renta del deudor y de los acreedores. Si efectivamente el señor Beltrán Pérez al finalizar el año de 1952 estaba debiendo a los señores Hernández y Vargas Moreno las sumas de dinero que se ha indicado habría podido comprobar este hecho presentando las respectivas declaraciones de renta de los acreedores en las cuales estuviesen relacionadas en los activos tales obligaciones. Empero, ocurre que a los autos no se han traído las copias de estas declaraciones, o las certificaciones de que en ellas figuran relacionados estos créditos, pues ni siquiera hay constancia de que dichos señores cumplieron con la obligación legal de presentar su declaración de renta en tal año.

"Por lo dicho la Fiscalía considera inaceptables las pruebas destinadas a respaldar los pedimentos de la demanda".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema **sub-judice** se reduce a considerar si las explicaciones que dio el demandante, a solicitud de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, sobre la diferencia encontrada entre el patrimonio declarado en 1951 y el declarado en 1952, fueron o no satisfactorias, según las normas fiscales, y por consiguiente, si había lugar a la determinación de la renta gravable por el sistema de comparación de patrimonios, a que se refiere el artículo 7º del Decreto 2745 de 1945.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales al decidir la reclamación interpuesta por el contribuyente contra la liquidación que se le practicó, en Resolución número R-1725-H del 19 de abril de 1956, sostuvo que la actuación del liquidador fue correcta al no admitir las explicaciones dadas por el contribuyente, porque este en su declaración no relacionó los dos créditos en su pasivo y porque las pruebas allegadas no son suficientes para demostrar la existencia de tales deudas. Este último concepto lo fundó la Jefatura así:

"...La letra de cambio porque más que plena prueba, en rigor de tér-

minos, conlleva presunciones de autenticidad y ellas no pueden alegarse respecto de terceros que no están en capacidad de impugnarla. Por ello, y para evitar la fabricación de pruebas **ad-hoc**, este Despacho exige invariablemente que los instrumentos negociables lleven sello de autoridad competente y fecha de presentación, la que en todo caso debe hacerse durante el período fiscal de que se trata. Esta exigencia es perfectamente lícita por cuanto es la única forma de asegurar la pre-existencia del documento, requisito implícitamente establecido por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, para las obligaciones superiores a $ 500.00. Y si no se acepta la letra de cambio en las condiciones y por las razones expresadas, menos valor tiene la certificación del presunto acreedor, quien para el caso **sublite** es simplemente un tercero, ya que la obligación de que se trata está sujeta al imperio del expresado artículo 91".

Y al negar la reposición de la anterior resolución dijo en la número R-4314-H de 30 de agosto de 1956 que una letra de cambio sin registrar, conforme al artículo 2674 del Código Civil, "solamente tiene valor probatorio entre los contratantes, no así ante la Jefatura que es un tercero y por consiguiente, no se comprueba plenamente la preexistencia de la deuda en 31 de diciembre de 1952". Y refiriéndose al alegado aumento de patrimonio por valorización del ganado, se expresó así:

"En su declaración de renta y patrimonio por el año fiscal de 1951, el contribuyente relacionó semovientes por la cantidad de $ 1.200.00, sin presentar la relación detallada de este activo. Lo mismo hizo para la declaración de renta y patrimonio por el año de 1952, ya que declaró un total de $ 16.800.00. Este factor no se puede tener en cuenta, por cuanto no se sabe el precio unitario que poseían los semovientes tanto en 31 de diciembre de 1951 como en 31 de diciembre de 1952. Máxime, si en el año hubo compras. Sobre el reavalúo de los semovientes comprados que alega el señor apoderado, carece (sic) de validez, por cuanto tiene que comprobar lo afirmado, ya que con las solas afirmaciones del memorialista, no constituyen fundamento alguno de prueba".

El Tribunal en su sentencia consideró que la letra de cambio aducida por el demandante, "en estricto derecho demuestra que Beltrán adeudaba a Enrique Hernández Ch .$ 18.000.00 en 31 de diciembre de 1952 porque como instrumento negociable que es, está amparada por la presunción legal de autenticidad consagrada en el artículo 4º de la Ley 46 de 1923 oponible no solo a quienes la autorizaron con sus firmas sino a terceros; y ni la Administración ni la Jefatura comprobó en contra de esa presunción de autenticidad, tacha alguna que la hiciera legalmente ineficaz para demostrar la existencia del crédito, en 31 de diciembre del citado año de 1952", y que, por consiguiente, "dicho crédito debe excluírse del cómputo de la renta líquida al demandante por el sistema de comparación de patrimonios".

En cuanto al certificado expedido por el señor Jorge Daniel Vargas Moreno, sobre la existencia de la deuda de $ 12.000.00 a cargo del demandante, el Tribunal lo desestimó como prueba, porque el contribuyente no

denunció dicho crédito pasivo en su declaración y "en tales circunstancias quedó, por así decirlo, desvinculado o fuera del proceso administrativo de la liquidación del gravamen por 1952, ya que si por falta de denuncia lo ignoró el Fisco, mal pudo tratar de demostrarse su existencia cuando ya no era posible modificar la denuncia por medio de una corrección, a fin de que produjera efectos en una liquidación en que no puede incluírsele, lo que a todas luces resulta baldío e inoperante; por lo cual esta nueva alegación no tiene fuerza en contra de la determinación de las oficinas liquidadoras de liquidar la renta del contribuyente por diferencia patrimonial". Las circunstancias de que la certificación se hubiera extendido en papel sellado y que su autor hubiera reconocido el contenido y firma ante Notario, en nada hubiera mejorado su valor probatorio, porque esas formalidades no hubieran suplido la falta de oportunidad de la presentación junto con la declaración, que es el requisito indispensable que debe cumplirse para apreciar un certificado de la naturaleza del de que aquí se trata como la prueba idónea para demostrar que tal o cual crédito es una deuda que debe deducirse del patrimonio de un contribuyente. Llenado el requisito de la presentación del certificado con la denuncia, es indiferente lo relacionado con el papel que se empleó para extenderlo, lo mismo que su reconocimiento ante Notario, porque de acuerdo con la ley fiscal aplicable, estas no son condiciones necesarias para la validez del certificado".

Y respecto a la explicación del aumento de patrimonio por valorización de ganados, el Tribunal la estimó inaceptable por las mismas razones aducidas por la Jefatura.

Por su parte, la Sala para fallar, observa:

La declaración de renta y patrimonio, presentada en tiempo oportuno, bajo la gravedad del juramento, se presume verdadera, pues ella es la que debe servir de base para la liquidación del tributo, mientras los funcionarios de Hacienda no dispongan de informaciones plenamente comprobadas que la infirmen. Esta presunción de veracidad surge de textos legales como el ordinal 1º del artículo 12 de la Ley 81 de 1931, el ordinal 1º del artículo 15 de la misma Ley y el inciso final del artículo 105 del Decreto 818 de 1936.

Esta presunción legal de veracidad es una garantía para el contribuyente, pues para la liquidación del impuesto, no pueden tomarse bases diferentes de las suministradas por él en su declaración, mientras no aparezca la prueba plena de su inexactitud.

Mas, la declaración no es absolutamente inmodificable por parte del mismo contribuyente. La ley admite "que espontáneamente, es decir, antes de que el funcionario de Hacienda correspondiente lo requiera al efecto, sea verbalmente o por escrito, en todo caso antes de practicarse la respectiva liquidación, corrija su declaración defectuosa con el objeto de incluír rentas o patrimonios omitidos involuntariamente en ella", sin que por ello sufra sanción alguna, según el artículo 1º de la Ley 54 de 1945.

Por su parte la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales ha admitido que después de practicada la liquidación el contribuyente puede infirmar su declaración, mediante la presentación de plenas pruebas que

demuestren los errores en que haya incurrido. (V. Resolución 678, mayo 22 de 1950); y que "cuando un contribuyente propone un crédito con posterioridad a la declaración de renta y previo requerimiento de la oficina liquidadora, no le basta el certificado del acreedor para demostrar la existencia del crédito, antes bien, necesita probarlo plenamente...". (Boletín Informativo, número 13, página 50). La misma oficina refiriéndose a la comprobación de pasivos no declarados, en un caso de reclamación por determinación de la renta por comparación de patrimonios, expuso:

"Con el posible propósito de explicar dicha diferencia y desvirtuar así la presunción de la oficina liquidadora, de obedecer aquella a utilidades dejadas de declarar y llevadas a capital, acompaña la interesada a su reclamación, una certificación de N. N., en la que este declara que aquella le debía en 31 de diciembre de 1945, la suma de $ 5.000.00, prueba que es completamente inconducente e ineficaz para el efecto propuesto, ya que la presunción de verdad que envuelve lo aseverado en la declaración, en virtud de quedar amparada bajo la gravedad del juramento, solamente puede ser desvirtuada mediante la demostración plena y completa de que se cometió determinado error en su confección, y no mediante una simple certificación que no es suficiente a producir ningún efecto probatorio.

"No obstante que para mantener la legalidad de la providencia acusada lo expuesto en el párrafo transcrito sería más que suficiente, puede agregarse para mayor abundancia de razones, que la comprobación de las deudas que gravan el patrimonio de los contribuyentes, se acepta como suficiente en la legislación fiscal impositiva mediante la presentación de certificados suscritos por los respectivos acreedores, únicamente en el caso, y ello por un procedimiento de excepción en materia probatoria, de que aquellos presenten junto con su declaración la relación de que trata el artículo 22 de la Ley 78 de 1935, o sea, aquella que contenga el nombre y dirección del acreedor y el monto de la deuda. Pero, una vez que esta formalidad ha sido omitida, la demostración de los pasivos queda sometida a su comprobación plena y completa de conformidad con las normas probatorias ordinarias, ya que de no ser así, bastaría pretextar a los contribuyentes, una vez que les han sido notificados los impuestos respectivos, que olvidaron denunciar uno o más pasivos, o un error cualquiera en la confección de sus declaraciones, para disminuír o hacer nugatorios los efectos tributarios de las mismas, y dejar de pagar al Estado lo que legítimamente le corresponde de conformidad con las normas de la legislación fiscal impositiva". (Resolución número 1857 de 13 de diciembre de 1947).

Mas, anota la Sala que la tesis de que el contribuyente pueda rectificar los errores en que incurrió en su declaración, aun después de que se le practicó la liquidación del impuesto, cuando presenta la prueba plena que demuestra la existencia de tales errores, pudo tener fundamento hasta el Decreto Legislativo 0270 de 1953, porque no existía disposición legal que prohibiera al contribuyente desvirtuar o rectificar, mediante prueba plena, el contenido de su propia declaración de renta y patrimonio. Pero, a partir de tal Decreto que rige inclusive para las liquidaciones correspondientes al año gravable de 1952 (artículo 36), los contribuyentes solo pueden obtener que se corrijan "los errores notoriamente

graves en que se incurra en las declaraciones de renta y patrimonio o en las liquidaciones del impuesto", entendiéndose "por error notoriamente grave el que implique un impuesto tres veces superior al que resulte espontáneamente de los datos de la declaración, tenidas en cuenta las equivocaciones manifiestas en que haya incurrido el contribuyente", de conformidad con el artículo 12 del mencionado Decreto legislativo.

En el caso de autos no se trata de la solicitud para que se corrija un error en que se haya incurrido en la declaración de renta o en la liquidación del impuesto, sino de un reclamo del contribuyente para que no se le liquide la renta, por comparación de patrimonios, como lo hizo la Administración al desechar las explicaciones, pues el actor considera que estas fueron satisfactorias y fundadas.

Mas, en esta cuestión gobierna también el mismo principio de que la presunción de verdad que tiene la declaración de renta y patrimonio, solo puede ser desvirtuada mediante prueba plena, ya que lo que pretende el contribuyente es la demostración de que su patrimonio gravable no fue el que declaró, porque omitió deducirle un pasivo que no figura en su declaración. Es decir que para defenderse de la liquidación del impuesto sobre la renta, por el aumento de patrimonio que le aparece en relación con el denunciado y gravado por el año anterior, pretende que se modifique su declaración con la intervención de un factor que no figuró en ella. Si se trata de simple valorización de bienes de un año a otro, como causa del aumento del patrimonio, es posible que baste una explicación del contribuyente al respecto, para que deje de atribuírse ese aumento a renta capitalizada, porque no se modifican o alteran los datos suministrados en la declaración. Pero cuando la explicación se funda en la existencia de un crédito pasivo que no se denunció, la sola afirmación del contribuyente de que por error lo omitió, no le basta, sino que debe probar con prueba plena que la deuda existía el 31 de diciembre del respectivo año gravable, pues de lo contrario no desvirtúa la presunción de verdad que legalmente tiene la declaración de renta y patrimonio.

La ley fiscal no admite en ningún caso la deducción de deudas que afectan el patrimonio, con la simple afirmación que el contribuyente haga en su declaración. El artículo 22 de la Ley 78 de 1935 exige que para que las deudas denunciadas sean deducibles, el contribuyente debe presentar, "junto con su declaración, una relación que contenga el nombre y dirección del acreedor y el monto de la deuda, y que tales deudas estén cargadas en los libros del contribuyente, debidamente registrados por las Cámaras de Comercio" y que "los contribuyentes que no lleven libros, deberán comprobar la deuda con un certificado del acreedor".

De modo que, no obstante la presunción de verdad que legalmente tiene la declaración del contribuyente, ella sola no es suficiente para aceptar como deducibles las deudas declaradas, pues es preciso que junto con la declaración se presente la relación que exige el artículo citado y el certificado del acreedor, cuando el contribuyente no lleva libros de contabilidad.

Ahora bien, si esto ocurre con las deudas declaradas oportunamente, cuando se trata de las omitidas y que se quiere hacer valer para expli-

car un aumento de patrimonio, con mayor razón no basta para admitirlas la simple afirmación del contribuyente, ni aun la certificación del acreedor, porque la presunción de verdad que contiene la declaración no puede ser desvirtuada sino únicamente con la demostración, mediante una prueba plena de que la obligación existía insoluta el 31 de diciembre del año gravable.

Los certificados expedidos por el acreedor, no son medios de prueba conforme a las reglas comunes de derecho. Si lo son excepcionalmente en materias fiscales, es porque ellos pueden servir a la Administración para exigir que el acredor denuncie el crédito en su activo patrimonial y pague el respectivo impuesto, o sea porque dichas certificaciones perjudican fiscalmente a quien las da. En el derecho común, en cambio, un documento de tal naturaleza no prueba nada, porque no declara obligación contra el que lo otorga sino la existencia de un derecho a su favor. El acreedor no puede crear por sí solo la prueba de su crédito; el deudor sí puede crear por sí solo la prueba de su obligación.

Pero si fiscalmente y solo en el caso a que se refiere el artículo 22 de la Ley 78 de 1935, la deuda declarada se puede comprobar con el certificado del acreedor, mal puede pretenderse que con tal documento se pueda probar la existencia de una deuda no relacionada en la declaración, cuando el acreedor por su parte no denunció el crédito en su patrimonio o no presentó declaración de renta y patrimonio, pues entonces falta lo que fiscalmente le da fuerza probatoria a ese género de certificaciones. De ahí que la Sala pueda afirmar que aún sin tal certificado, si aparece que el acredor denunció el crédito en su patrimonio, el deudor justifica la existencia de la deuda y tiene derecho a que por tal concepto no se le grave, por haberse gravado o deberse gravar tal crédito en cabeza del acreedor.

En el caso de autos, el señor Beltrán Pérez al declarar su patrimonio por el año gravable de 1952, no denunció deudas a favor de los señores Enrique Hernández Ch. y Jorge Vargas Moreno, pero al pedírsele explicaciones por el aumento de patrimonio registrado con relación al año anterior, alegó que había omitido relacionar una deuda a favor del primero por valor de $ 18.000.00, y a favor del segundo, por $ 12.000.00 y para comprobar la existencia de estos pasivos presentó una letra de cambio girada y aceptada por él, a favor de Hernández el cinco de mayo de 1952 y que canceló el 12 de mayo de 1953, y un certificado expedido por Vargas Moreno, con firma reconocida ante Notario el 26 de junio de 1953, en el que se afirma que el señor Beltrán le adeudaba $ 12.000.00 el 31 de diciembre de 1952, por la venta de unas vacas y que le pagó esta suma a mediados de enero de 1953.

Si se tiene en cuenta que una letra de cambio es un instrumento negociable cuyas firmas y fecha se presumen auténticas, según los artículos 4º y 15 de la Ley 46 de 1923 (no la Ley 43, como equivocadamente dice la demanda), preciso es aceptar que tal documento no solo tiene el valor de plena prueba entre las partes que intervienen en el instrumento, sino también respecto de terceros.

Los instrumentos negociables por su naturaleza están destinados a

circular de mano en mano y por eso el legislador ha querido revestirlos de ciertos privilegios para hacer más fáciles y expeditas las transacciones sobre ellos y garantizar los derechos de los asociados. Las razones fundamentales que llevaron a la expedición de la Ley 46 de 1923, aparecen precisadas así en la Exposición de Motivos: "....es un hecho notorio que el ensanche de los negocios y el constante desarrollo del crédito, hacen que cada día aumente y venga a ser más común el uso de toda clase de instrumentos negociables y que sean más numerosas y complejas las cuestiones que se suscitan sobre la interpretación, manejo y efectividad de tales instrumentos. Es, por tanto, muy conveniente que las leyes de cada país vayan adaptándose a estas nuevas circunstancias, por medio de disposiciones que realicen los dos fines esenciales de esta clase de instituciones, que son: garantizar los derechos de los asociados y facilitar el movimiento y circulación de tales papeles, sin trabas estorbosas ni formalidades innecesarias".

Estas consideraciones explican el por qué, la ley sustrae de la aplicación y observancia de las normas comunes de derecho, a los instrumentos negociables y, por consiguiente, a la letra de cambio. Y así, para que el documento produzca la totalidad de sus efectos jurídicos, no requiere que sus firmas sean reconocidas y a diferencia de los demás documentos privados, no está sometido a lo que dispone el artículo 1762 del Código Civil para que su fecha se tenga como cierta respecto de terceros.

Este privilegio que la ley colombiana reconoce en favor de los instrumentos negociables, existe en casi todos los países. Al respecto, el Profesor Luis Claro Solar en sus comentarios sobre el Código Civil de Chile advierte que la disposición que establece que el instrumento privado no tiene fecha cierta que pueda oponerse a terceros, no se aplica a la letra de cambio, y al efecto trae la siguiente cita de Giorgi: "Es esta una excepción ya consentida por la antigua doctrina mercantil, y el legislador enalteciéndola a la dignidad de ley, ha reconocido la imperiosa necesidad del comercio, no tolerando que ciertos títulos destinados a girar con fe ciega de mano en mano y a ser pagados con rigor a su cumplimiento, no pudiesen hacer prueba de su fecha... Quien tenga, por tanto, interés en contradecir la certeza de la fecha de la letra de cambio, puede probar sus afirmaciones por los amplios medios consentidos por las leyes mercantiles". (Claro Solar, Tomo XII, pág. 703).

Según esto, las tesis de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales para desconocer como prueba plena de la existencia del crédito en 31 de diciembre de 1952, la letra de cambio presentada por el señor Beltrán Pérez, no tiene fundamento jurídico y tuvo razón el Tribunal al excluír el crédito pasivo por $ 18.000.00 a que se refiere la letra, del aumento de patrimonio, como renta capitalizada.

La Sala está de acuerdo con el señor Fiscal Segundo del Consejo, de que no es creíble que un contribuyente al declarar, omita pasivos que le reducen el patrimonio gravable, cuando lo corriente es que todos los contribuyentes "procuren aparecer ante el Fisco con un patrimonio y unos ingresos inferiores a los reales con el objeto de pagar un impuesto menor del que legalmente les corresponde".

Pero, como la ley fiscal no prohíbe expresamente que el contribuyente

pueda alegar que el aumento de patrimonio que le aparece, entre dos años gravables consecutivos, se deba a que omitió declarar deudas que gravan el patrimonio, preciso es admitir que esta explicación es posible legalmente y que debe aceptarse cuando se demuestra con prueba plena la existencia de la deuda no declarada.

Es claro y así lo reconoce la Sala que el procedimiento puede dar lugar a que se defraude al Fisco. Pero, mientras el legislador no disponga expresamente otra cosa, debe admitirse que los contribuyentes pueden explicar el aumento patrimonial, por la omisión de pasivos cuya existencia se prueba plenamente por alguno de los medios probatorios reconocidos por las leyes comunes.

En cuanto al crédito que en favor del señor Jorge Daniel Vargas Moreno y a cargo del contribuyente, pretendió demostrarse con el certificado expedido por dicho señor, la Sala ya dejó dicho cómo esta clase de documentos no constituyen prueba plena, sino en el caso excepcional a que se refiere el art. 22 de la Ley 78 de 1935 y que por consiguiente, es inadmisible tal certificado para probar una deuda no relacionada en la declaración. Además, no aparece que el pretendido acreedor hubiera presentado declaración de renta y patrimonio, y por tanto, dicho crédito no fue ni pudo ser gravado en cabeza del señor Vargas, para que por este hecho se excluyera de gravamen en cabeza del demandante.

Por lo que respecta a las explicaciones dadas por el contribuyente sobre aumento de patrimonio, por valorización de ganados, la sola consideración de que no presentó con su declaración los inventarios de las existencias de ganado en 31 de diciembre de los años gravables de 1951 y 1952, que es la única base que sirve para determinar el patrimonio en el negocio de ganadería y para distinguir lo que debe computarse como renta de lo que constituye simple aumento de patrimonio, conforme a la Ley 23 de 1945, hace que tal explicación no pueda aceptarse como satisfactoria, porque no hay posibilidad de establecer si hubo o no valorización de los mismos semovientes denunciados en ambos años, o si la hubo en los que se dice fueron adquiridos durante el último año gravable.

Finalmente, resta anotar, como lo hizo el Tribunal, que lo referente al predio de 'Timasita', ubicado en el Municipio de Une, no figuró en la explicación dada por el contribuyente sobre la diferencia patrimonial, ni siquiera se mencionó en el memorial de reclamación ante la Jefatura de Rentas, pues solo se le trajo a cuento en el escrito de reposición ante tal oficina, todo lo cual significa que no puede ser materia de revisión de la liquidación, ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Las consideraciones que anteceden llevan a la conclusión de que la sentencia del Tribunal es fundada y que no hay base legal para revisar la liquidación del impuesto en lo que respecta a la deuda a favor del señor Vargas Moreno y a la supuesta valorización del ganado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con el señor Fiscal Segundo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de fecha treinta de mayo de mil novecientos cincuenta

y ocho dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente juicio.

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

Alejandro Domínguez Molina — Carlos Gustavo Arrieta — Andrés Augusto Fernández — Francisco Eladio Gómez G. — Pedro Gómez Valderrama — Gabriel Rojas Arbeláez — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

IMPUESTOS

Interpretación del artículo 34 de la Ley 35 de 1944. — Impuesto sobre la suma global hereditaria y sobre asignaciones y donaciones.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., marzo seis de mil novecientos cincuenta y nueve.

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

Los cónyuges Matías José Buelvas y Regina Cabrales de Buelvas, mayores y vecinos del municipio de Montería, le transfirieron a su hijo legítimo Manuel Antonio Buelvas Cabrales, a título de venta, por medio de las escrituras números 301, otorgada en la Notaría de aquel Circuito, el 26 de abril de 1944, y 138 y 336, pasadas en la Notaría del Circuito de Cereté, el 19 de mayo y 22 de octubre del mismo año, respectivamente, el derecho de dominio sobre los bienes inmuebles individualizados en tales instrumentos públicos. Los mismos cónyuges, por medio de la escritura pública número 337, pasada en la Notaría del Circuito de Cereté, el 22 de octubre de 1944, constituyeron fideicomiso sobre la finca rural denominada "SE PIERDE", ubicada en el paraje "LOS CEDROS", jurisdicción del municipio de Montería y deslindada en la forma que consta en este instrumento. Al constituírse el fideicomiso fue designado como fiduciario el doctor Manuel Antonio Buelvas Cabrales, y como fideicomisarios los señores Teódulo, Sergio y Eusebio Buelvas.

Según se infiere de las estipulaciones consignadas en las escrituras citadas en el aparte anterior, todos los contratos fueron celebrados a título oneroso fijándose como precio el señalado en los respectivos certificados catastrales. Consta igualmente en las copias auténticas de las escrituras que las partes contratantes presentaron ante el señor Notario los respectivos recibos de Caja expedidos por la Recaudación de Hacienda Nacional para comprobar el pago del impuesto establecido por el artículo 65 de la Ley 63 de 1936 y el recargo del veinte por ciento (20%) de que habla el ordinal b) del artículo 18 de la Ley 45 de 1942.

Con posterioridad al a celebración de los contratos antes relacionados y a la inscripción de las correspondientes escrituras públicas, fallecieron los cónyuges Matías José Buelvas y Regina Cabrales de Buelvas, fallecimientos ocurridos en la ciudad de Montería el 13 de abril de 1946 y 20 de junio de 1947, respectivamente, donde tuvieron su último domicilio y donde no se siguió juicio sucesorio según la certificación expedida por el Juzgado de aquel Circuito debido a la carencia de bienes en el momento de la muerte.

La Administración de Hacienda Nacional de Montería, basada en las presunciones de donación establecidas por el artículo 66 de la Ley 63 de 1936, en el hecho del fallecimiento de los cónyuges Buelvas y Cabrera y en el de no haber dejado éstos bienes de ninguna clase, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 34 de la Ley 35 de 1944 y el 4º del Decreto número 901 de 1947, profirió la Resolución número 26 el día 19 de diciembre de 1956, por medio de la cual "se ordena la apertura de las diligencias administrativas, para hacer efectivo el impuesto de la masa global hereditaria y reajustar el de asignaciones y donaciones, en las mortuorias de los esposos Matías José Buelvas y Regina Cabrales de Buelvas".

La Resolución proferida por la Administración de Hacienda Nacional de Córdoba fue debidamente notificada a los señores Buelvas, quienes interpusieron contra ella los recursos de reposición y apelación, el primero como principal, y el segundo como subsidiario, para que fuera revocada. Por medio de la Resolución sin número fechada el 11 de febrero de 1957, se mantuvo en firme la primitiva decisión, pero se le concedió al doctor Eugenio Giraldo, apoderado de los señores Buelvas el recurso de alzada para ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, entidad que confirmó la Resolución apelada por medio de la distinguida con la número R-125-D proferida el 29 de julio del mismo año. Contra esta Resolución se interpuso también el recurso de reposición para que fuera revocada, recurso que se decidió adversamente a los señores Buelvas por medio de la Resolución número R-200-D de 14 de noviembre de 1957, notificada por edicto desfijado el 28 del mismo mes y año.

Agotada la vía gubernativa, el doctor David Mendoza Moreno, abogado titulado e inscrito, mayor y vecino de este municipio, obrando como apoderado especial de los señores Buelvas, en libelo presentado el 28 de marzo último y dirigido a esta corporación, ejercitó la acción de nulidad de plena jurisdicción con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las siguientes Resoluciones:

La distinguida con el número 26 de 19 de diciembre de 1956, la sin número de 11 de febrero de 1957, proferidas ambas por la Administración de Hacienda Nacional de Córdoba, y las números R-125-D y R-200-D dictadas el 29 de julio y 14 de noviembre de 1957, respectivamente, por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

El doctor Mendoza Moreno pidió que al proferirse el fallo de rigor se determinaran con precisión estos hechos resumidos así:

1º—Que el artículo 34 de la Ley 35 de 1944 no tiene aplicación en el caso **sub-judice** porque la vigencia de esta disposición empezó el 21 de di-

ciembre de 1944, fecha en la que ya estaban consumadas las enajenaciones hechas por los cónyuges Buelvas y Cabrales al señor Manuel Antonio Buelvas Cabrales y a otros; que el artículo citado no puede tener efecto retroactivo; 3º que el citado artículo 34 en ningún caso es interpretativo de la Ley 63 de 1936; 4º que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, como entidad puramente administrativa, carece de jurisdicción para desconocer los actos jurídicos de que dan cuenta las escrituras públicas citadas en los antecedentes de este litigio; 5º que los actos jurídicos que constan en tales escrituras públicas son ventas puras y simples mientras no se demuestre lo contrario en juicio controvertido; 6º que en el caso hoy contemplado no hay lugar al impuesto de masa global hereditaria; 7º que el artículo 34 de la Ley 35 de 1944 solo es aplicable en los casos en que las donaciones y el fallecimiento sean posteriores a la vigencia de esta Ley; 8º que no habiendo dejado bienes los causantes Buelvas y Cabrales, no es procedente el impuesto de masa global hereditaria; 9º que es improcedente el reajuste del impuesto de asignaciones por haberse operado el fenómeno de la prescripción; y 10º que no hay lugar, como consecuencia de todo lo anterior, a la liquidación del impuesto de masa global hereditaria ni al reajuste del impuesto sobre asignaciones.

Como disposiciones legales violadas citó las siguientes:

"Artículo 34 de la Ley 35 de 1944 y 4º del Decreto 901 de 1947, por errónea e indebida aplicación.

"Artículos 1849 a 1955 del C. C., por cuanto las disposiciones acusadas desconocen los contratos de compraventa contenidos en las escrituras 301 de 26 de abril de 1944, 138 de 19 de mayo de 1944, 336 y 337 de 22 de octubre de 1944, otorgada la primera en la Notaría 1ª del Circuito de Montería y las demás en la Notaría Unica del Circuito de Cereté.

"Los artículos 630 a 637 del Código de Procedimiento Civil, y 1757 a 1770 del C. C., por cuanto las providencias acusadas desconocen el valor probatorio de las escrituras públicas antes citadas. Los artículos 1º, 3º y 11 de la Ley 63 de 1936, por errónea interpretación e indebida aplicación.

"El artículo 89 de la Ley 63 de 1936, en concordancia con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por errónea interpretación e indebida aplicación.

"Los artículos 14, 25 y 26 del C. C., 58 y 59 del Código Político Municipal por errónea interpretación e indebida aplicación.

"Los artículos 26 y 30 de la C. N. y 28 de la Ley 153 de 1887 por desconocer las providencias acusadas derechos adquiridos.

"Los artículos 18 de la Ley 153 de 1887, 14 del C. C. y 26 de la C. N., por errónea interpretación e indebida aplicación.

"El ordinal 2º del artículo 66 de la Ley 63 de 1936 por errónea interpretación e indebida aplicación.

"El artículo 38 de la Ley 153 de 1887, por cuanto las providencias acusadas han desconocido los principios consagrados en este artículo.

"El artículo 2º del Decreto 1020 de 1936, por indebida aplicación y errónea interpretación".

La parte actora expuso como hechos para fundamentar la acción ejer-

citada los antecedentes que se han relatado en el curso de esta providencia.

Agotado el trámite de rigor sin que se observe causal alguna de nulidad, ha llegado la oportunidad de proferirse la decisión final y a ello se procede, previas las consideraciones de índole legal que a continuación se expresan:

El señor Fiscal 2º del Consejo de Estado, en su vista de 12 de agosto último, sostiene que el problema jurídico planteado en la demanda y en las alegaciones posteriores se limita a saber, si en el caso **sub-judice**, es aplicable el artículo 34 de la Ley 35 de 1944, y si a él se le puede aplicar la presunción consagrada en el artículo 66 de la Ley 63 de 1936. Después de transcribir la doctrina del Consejo de Estado sobre el alcance del artículo 34 de la citada Ley conceptúa que el caso sometido a estudio no se halla comprendido en la presunción del artículo 66 de la Ley 63 de 1936 y que aquel precepto no es aplicable en la presente controversia. Como consecuencia, termina su vista conceptuando que debe accederse a las súplicas de la demanda.

Con la mira de sentar las bases sobre las cuales ha de girar el estudio del problema jurídico planteado en el libelo de demanda, es conveniente conocer a ciencia cierta la posición en que se colocaron las partes al celebrar los contratos que se consignaron en las escrituras públicas números 301, 136, 138 y 337 de las fechas y procedencias indicadas en uno de los apartes de esta providencia. Todos estos actos jurídicos bilaterales fueron celebrados con antelación al día 21 de diciembre de 1944, fecha en que empezó a regir la Ley 35 de este año, ya que las respectivas escrituras fueron otorgadas en los meses de abril, mayo y octubre del mismo año. El fallecimiento de los cónyuges Matías Buelvas y Regina Cabrales de Buelvas ocurrió en el municipio de Montería en los años de 1946 y 1947, respectivamente.

Anotados estos hechos que son de suma importancia para la configuración jurídica del caso hoy sometido a la consideración y decisión de esta corporación, se debe proceder en primer término a determinar la naturaleza de la Ley 35 de 1944 que ha aplicado e interpretado la Administración de Hacienda Nacional de Córdoba y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y al estudio del efecto retroactivo que se le ha atribuído en las Resoluciones acusadas al artículo 34 de la Ley 35 de 1944.

En la Resolución número R-125-D proferida el 29 de julio de 1957 por la Jefatura de Impuestos Nacionales, esta entidad prohijó la tesis jurídica expuesta por la Administración de Hacienda Nacional de Córdoba al negar la reposición interpuesta por los señores Buelvas contra la Resolución sin número de 11 de febrero de 1957. Se sostiene en esta última providencia lo siguiente:

"No tiene en cuenta el memorialista que la aplicación del artículo 34 de la Ley 35 de 1944, no es para las mortuorias habidas con posterioridad a esta Ley, sino para las causadas dentro de la vigencia de la Ley 63 de 1936, la que en su artículo primero creó el impuesto de la masa global hereditaria, disposición esta, que entró a regir el primero de mayo del mismo año. Luego vino la Ley 35 de 1944, no a crear impuesto alguno,

sino a dar la norma de cómo debía de procederse para recaudar el impuesto de masa global en aquellas mortuorias que no hubieran dejado bienes por haberlos donado en vida, en donación real, presuntiva o comprobada. Si el señor Matías José Buelvas murió el 13 de abril de 1946 y la señora Regina Cabrales de Buelvas el día 20 de junio de 1947, cuando ya estaba en plena vigencia la Ley 63 de 1936, y no dejaron bienes relictos para abrir juicio de sucesión, por haberlos donado íntegramente en vida, luego (sic) dichas mortuorias adeudan el impuesto de la masa global, por lo tanto es el caso de darle aplicación a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 35 de 1944".

La apreciación de la Administración de Hacienda Nacional de Córdoba y de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales sobre la verdadera naturaleza de la Ley 35 de 1944 no la puede compartir el Consejo porque realmente esta Ley vino a establecer algo nuevo en materia de impuestos, y porque en ninguna forma puede ser ella considerada como Ley aclaratoria o interpretativa, ya que nada dudoso u obscuro había en la Ley 63 sobre el impuesto progresivo establecido por el artículo 1º de ella, concebido así:

"Establécese un impuesto progresivo sobre las sucesiones, impuesto que se hará efectivo sobre el monto líquido de la masa global hereditaria, que, **para los efectos de esta Ley, consiste en la totalidad del activo dejado por el difunto o causante,** previas las acumulaciones y deducciones de que más adelante se hablará". (Las subrayas no son del texto).

La sola lectura de esta disposición nos muestra claramente su sentido y alcance, no hay allí nada dudoso ni oscuro, razón por la cual no puede mirarse el artículo 34 de la Ley 35 de 1944 como norma interpretativa o aclaratoria. La verdadera naturaleza de la ley interpretativa está determinada por el artículo 25 del Código Civil cuyo tenor literal es el que a continuación se expresa:

"La interpretación que se hace **con autoridad** para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador"

En la Ley 63 de 1936 tampoco hay oscuridad o duda acerca de la manera de formarse el acervo gravable. Sobre este punto se expresó así la Comisión que rindió el respectivo informe a la Cámara de Representantes:

"Lo que pudiéramos llamar la determinación objetiva de la obligación, esto es, la descripción de los bienes sobre que va a recaer el impuesto, está hecha tanto en el artículo 1º como en el 3º y siguientes hasta el 10 inclusive".

Aún más: En la Ley 63 no hay vacío alguno en materia de traspaso de bienes en vida efectuado con la mira de defraudar al Fisco; allí se previó la forma más generalizada de fraude y con la mira de hacer efectivo el impuesto estableció en el artículo 66 las presunciones de donaciones entre vivos.

Sobre este tema se expresa así la Comisión antes mencionada:

"Se recordará que atrás se dijo que una de las formas más generalizadas de fraude era **'el traspaso** en vida'. El Decreto 667 de 1932 hoy vigente, establecía ya algunas medidas para evitar el fraude y el proyecto trata de complementarlas. Indudablemente es muy difícil impedir la si-

mulación y quizá el único camino para evitar la defraudación tributaria es el sistema de las presunciones, iniciado ya en el Decreto 667 y consagrado en el artículo 66 del proyecto".

Estas breves consideraciones demuestran que la Ley 35 de 1944 no es aclaratoria ni interpretativa, ni explicativa y por consiguiente no forma parte de la 63 de 1936, ni puede aplicarse a hechos ocurridos con antelación a su vigencia. De allí la razón para que a los contratos celebrados por los cónyuges Buelvas-Cabrales con antelación al 21 de diciembre de 1944 no los pueda cobijar sino la antigua ley por no tener efecto retroactivo la nueva.

Sobre el principio de la no retroactividad de la ley se expresa así Josserand en su obra "Précis de Droit Positif Francais":

"Razón de ser de la regla de no retroactividad. Ella se deduce de la autoridad misma de la Ley: Para que la Ley conserve la confianza de los súbditos —una confianza que constituye su mayor fuerza— es indispensable que los actos sucedidos bajo su vigencia subsistan, en toda su integridad, suceda lo que suceda en el futuro. Si no fuese así, las transacciones estarían amenazadas de destrucción y la vida jurídica estaría desprovista de seguridad, por lo cual en fin de cuentas, la autoridad misma de la Ley se arruinaría: no se creería ya en ella; el régimen de lo arbitrario se sustituiría al orden legal".

"A esta idea responde la regla de la no retroactividad y la distinción entre derechos adquiridos y expectativas. Decir que la Ley debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no debe traicionar la confianza que nosotros tenemos en ella y que las situaciones establecidas, los actos acontecidos bajo su protección permanecerán intactos, suceda lo que suceda; fuera de allí no hay sino simples esperanzas más o menos fundadas y las cuales puede el Legislador destruír a voluntad". Así comprendida la regla se convierte en más concreta y manejable...". (Obra citada, Tº 1º).

En el caso hoy sometido al estudio del Consejo se debe tener presente que en materia de impuestos y contribuciones, nuestra carta fundamental establece normas severas con la mira de amparar debidamente al contribuyente (artículos 204 y 205). Además: Se debe tener presente que los impuestos en favor del Fisco fueron pagados sobre la base del avalúo catastral de los bienes enajenados y aceptándose por los contratantes, para efectos puramente fiscales, la presunción de donación.

Finalmente, el Consejo de Estado, en sentencia de 27 de junio de 1949 sostuvo la inaplicabilidad del artículo 34 de la Ley 35 de 1944 y fijó el alcance de esta norma en los términos siguientes:

"...el artículo 34 citado contiene dos partes.

"La una hipotética: Que el causante no hubiere dejado bienes relictos, por haberlos donado íntegramente en vida; y una dispositiva: el funcionario de Hacienda respectivo, abrirá, en ese supuesto, diligencias administrativas para decidir, con base en avalúo pericial, el impuesto sobre la masa global hereditaria y verificar el sobre asignaciones y donaciones. Ello quiere decir que el Legislador se ha referido a aquellos casos en que, habiendo fallecido el causante sin dejar bienes por haberlos donado íntegramente, exista la posibilidad de una masa global hereditaria gravable,

simultáneamente con la conveniencia de verificar el impuesto sobre asignaciones y donaciones, y es obvio que estos extremos solo pueden darse con ocasión de las donaciones revocables".

"Cómo podía el legislador proveer a la decisión de impuesto sobre masa global hereditaria y a la verificación de un impuesto sobre donaciones, refiriéndose a un causante que no dejó bienes por haberlos donado íntegramente **en forma irrevocable.** En ninguna manera, porque, en este supuesto, ni habría masa global hereditaria, ni podría habalrse de verificación, en la acepción castiza del vocablo de comprobación, con referencia al impuesto de donaciones ya liquidado. No podría gravarse una masa global hereditaria inexistente, ni habría lugar a verificar un impuesto que, por haberse deducido ya con relación a donaciones irrevocables, cuyo monto afectó la totalidad de los bienes de propiedad del donante y adquirió la calidad y sello de gravamen definitivo".

"Solo tiene, pues, el citado artículo 34, sentido, objeto, aplicación y exégesis congruente con mira a las **donaciones revocables.** Son ellas las únicas que dejan a salvo la armonía entre la parte hipotética y la parte dispositiva de la norma que se estudia; son ellas las únicas que hacen posible la existencia de una masa global hereditaria imponible y la conveniencia fiscal de que los impuestos que se dedujeron sobre una o más donaciones anteriores, deben verificarse o comprobarse, al fallecer el donante; son ellas las únicas, que, sin embargo de haber agotado el patrimonio del causante, en vida de éste, admiten el evento de que los respectivos bienes se hubiesen reincorporado al dominio del donante, con antelación a la muerte, por haber sido en todo o en parte revocadas por haber muerto primero el donatario (caducidad) o por haberse rescindido o resuelto, dando lugar a la reintegración patrimonial"...

"La diferencia de naturaleza entre donaciones revocables y donaciones irrevocables, que sirve de fundamento esencial a este proveído, parece haber sido, por otra parte, la razón que el legislador tuvo para presumir 'donaciones entre vivos' las enajenaciones y actos de que trata el artículo 66 de la Ley 63 de 1936. ¿Por qué no los presumió simplemente donaciones? Porque dichas enajenaciones y actos permiten suponer la precisa intención de 'donar' irrevocablemente, de transferir el dominio, lo que no ocurre en las donaciones revocables, y, por consiguiente, la liquidación del impuesto debe hacerse, en tales casos de enajenación presunta, como se hace en los de enajenaciones reales, es decir en forma definitiva y en el momento de la tradición de los bienes"...

"La verificación del impuesto de donaciones, en casos como el presente, podría implicar la dificultad de hacerlo efectivo después de posibles enajenaciones sucesivas; la posibilidad de exigirlo, en todo o en parte, de un titular que no se benefició con la donación; y equivaldría cuando el nuevo pretendido avalúo implica diferencias respecto al primero, a una doble tributación sobre idénticos bienes, por un mismo concepto, contra las más elementales normas de un buen régimen impositivo". (Sentencia proferida en la demanda de nulidad contra las Resoluciones números 35 de 22 de noviembre de 1946 y R-207-D de 22 de octubre de 1948, proferidas por

la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, respectivamente).

La atenta consideración de las normas que regulan en nuestro estatuto sustantivo civil las donaciones entre vivos (artículos 1443 y ss.), de las que gobiernan las donaciones revocables —legados anticipados— (artículos 1194 y ss.), y de las que indican el camino que debe seguirse en la interpretación de la Ley, demuestra con suma claridad que el sentido y alcance dado por el Consejo al artículo 34 de la Ley 35 de 1944 es el razonable, el jurídico y el que consulta los principios de la equidad y la justicia.

La aparente sencillez del citado texto legal engaña. A primera vista, se comprende fácilmente su alcance, a pesar de haber empleado con notoria impropiedad el verbo "decidir". El texto legal está redactado así:

"Cuando un causante no dejare bienes relictos, por haberlos donado íntegramente en vida, sea en donación real, presuntiva o comprobada, el funcionario de Hacienda respectivo abrirá diligencias administrativas paar decidir, con base en avalúo pericial, el impuesto sobre la masa global hereditaria y verificar el de sobre asignaciones o donaciones".

Este mandato legal fue interpretado erróneamente por la Administración de Hacienda Nacional de Córdoba y por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y las mismas entidades lo aplicaron indebidamente. Quizá todo se debió a que solo se tuvo en cuenta para su interpretación el elemento gramatical, pero este elemento, como dice el tratadista Claro Solar, "solo tiene de objeto las palabras, el lenguaje de la Ley. Pero es necesario consultar, ante todo, el elemento lógico, que versa sobre la intención de la Ley y las relaciones lógicas que unen sus diversas partes. Seguidamente, el elemento histórico, que examina el estado de derecho existente sobre la materia a la época de la concepción de la Ley, para precisar el cambio introducido en la legislación por la Ley interpretada. El sistemático versa sobre el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho. El legislador ha tenido ante sí este conjunto, como los hechos históricos que motivaron la Ley, así como los nuevos efectos ejercidos por ella sobre el sistema general de derecho. Estos elementos clasíficanse en dos clases: el gramatical y la interpretación lógica que reúne los otros tres. Pero estos diversos elementos no son cuatro clases distintas de interpretación, entre los cuales se pueda elegir, según el gusto y capricho de cada cual. Son cuatro operaciones diversas, cuya reunión es indispensable para interpretar la Ley".

Estos diversos elementos no fueron tenidos en consideración al interpretar el artículo 34 para proferirse las Resoluciones acusadas, solo así se explica la existencia de tales providencias. En cambio, el Consejo de Estado en la sentencia que en parte se ha transcrito llevó a cabo la interpretación de aquella norma legal mediante el empleo de los cuatro elementos de que habla el maestro Claro Solar.

Las consideraciones que anteceden están indicando que la acción ejercitada ha de prosperar, y por ende se harán las declaraciones impetradas.

En mérito de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el señor Fiscal, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

Se declaran nulas las Resoluciones número 26 de 19 de diciembre de 1956, la sin número de 11 de febrero de 1957, proferidas ambas por la Administración de Hacienda Nacional de Córdoba; y las números R-125-D y R-200-D, dictadas el 20 de julio y 14 de noviembre de 1957, respectivamente, por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

Cópiese, notifíquese.

Andrés Augusto Fernández — Carlos Gustavo Arrieta — Manuel A. Dangond Daza — Pedro Gómez Valderama — Alejandro Domínguez Molina — Francisco Eladio Gómez G. — El Secretario, **Luis Fernando Sánchez.**

INDICE ALFABETICO-ANALITICO DE LAS MATERIAS TRATADAS EN LAS PROVIDENCIAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO

(PRIMERA PARTE)

Elaborado por el Relator del Consejo de Estado,

ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO

— A —

1.—**ABANDONO.** — De mercancías retenidas por presunción de contrabando. Cuándo se entienden abandonadas. Efectos del abandono. (**Sentencia** de 24 de septiembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez)..... 87

2.—**ACCION CONTENCIOSA DE NULIDAD.** — (O contencioso objetivo). Diferencias con la de plena jurisdicción o contencioso subjetivo. Fundamentos de la distinción: a) naturaleza y características del acto acusado; b) objetivos y finalidades buscados. El Código Contencioso Administrativo no autoriza el ejercicio de una u otra acción al arbitrio del demandante. Mediante el contencioso de nulidad no puede pretenderse el resarcimiento o indemnización de perjuicios: esta es materia propia del contencioso de plena jurisdicción. Ineptitud sutantiva de la demanda que no ejercita la acción adecuada. (**Sentencia** de 1º de diciembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández, con salvamento de voto de los Consejeros doctores Carlos Gustavo Arrieta y Alejandro Domínguez Molina)..... 35

3.—**ACCION DE PLENA JURISDICCION.**—Sus diferencias con la de nulidad. Bases de la distinción. Diverso tratamiento legal de una y otra. (Véase el número 2 del Indice).

4.—**ACUMULACION DE ACCIONES.**—En el juicio contencioso de impuestos. Si uno de los socios ejercita el contencioso de impuestos para obtener la revisión de la operación administrativa de liquidación tributaria independientemente de la incoada por la entidad de la cual es socio, no puede lograr una decisión de fondo si previamente no se ha desatado la litis suscitada por la sociedad demandante, porque la sentencia que en esta última recaiga, es premisa necesaria para la definición de la controversia planteada por el socio, hasta el punto de que el Juez que conoce de la acción intentada por el socio habría de declarar probada la excepción perentoria temporal de **petición antes de tiempo,** pronunciamiento que se evita, bien mediante la acumulación de acciones, ora por medio de la acumulación de procesos, lograda a petición de parte dentro del término señalado por la ley. Finalidades esenciales de este instituto procesal. (**Sentencia** de 30 de septiembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez)..... 433

NOTA — Esta doctrina revalúa la tesis de la propia Sala del Consejo sostenida en sentencia del 22 de junio de 1955, publicada en la página 316 del Tomo XLI de los ANALES.

Págs.

5.—**ACTOS ADMINISTRATIVOS.** — Los creadores de situaciones generales, impersonales, objetivas y los llamados actos-condición, deben demandarse mediante la acción contenciosa de simple nulidad. (Véase el número 2 de este Indice).

6.—**AGENTES DEL EJECUTIVO Y EMPLEADOS ADMINISTRATIVOS.**— Criterios de diferenciación. Son agentes del gobierno, y por tanto están sometidos al sistema de libre nombramiento y remoción, adicionado con con el de la representación proporcional de los partidos tradicionales, los empleados públicos que ejerciten funciones primordialmente políticas y cuya designación corresponda al gobierno central, a los gobernadores, intendentes, comisarios o alcaldes. Son funcionarios administrativos todos aquellos que no ostenten la calidad jurídica específica de agentes del gobierno, es decir, que no desempeñen funciones políticas. Régimen constitucional anterior a 1957. La reforma plebiscitaria. Funcionarios de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción; representación proporcional de los partidos políticos. Centralización política y descentralización administrativa. El Poder Jerárquico. Interpretación armónica de los ordinales 1º, 4º y 5º del artículo 120 de la Constitución y de los artículos 4, 5º y 7º de la enmienda constitucional plebiscitaria de 1957. (**Sentencia** de 11 de mayo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta) **258**

7.—**ARTICULOS** de primera necesidad. El gobierno tiene amplia autorización legal (L. 7ª de 1943) para intervenir evitando especulaciones indebidas con ellos. (**Sentencia** de 17 de mayo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama. . . **276**

8.—**ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES.**—No pueden nombrar válidamente para cargos remunerados cuya provisión les esté asignada a miembros activos suyos o que hayan intervenido en el proceso electoral previo a la designación. Correcta interpretación del ordinal 6º del artículo 98 del C. de R. P. y M., según su espíritu y finalidades esenciales. (**Sentencia** de 29 de abril de 1960. Sala Plena. Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta) **308**

9.—**ASOCIACIONES** de profesionales. En ellas el aporte básico está constituído por el esfuerzo personal y estrictamente intelectual de los socios. Tal esfuerzo, a su turno, es el productor de los rendimientos de la sociedad, y la participación que en ellos tengan los asociados debe considerarse como renta de trabajo. La magnitud de la nómina subalterna, no incide en la calificación de la renta. (**Sentencia** de 29 de abril de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández) **364**

10.—**AUMENTO PATRIMONIAL.**—Cuando aparece un aumento patrimonial superior a la renta líquida gravable, se entiende que la diferencia revela que la renta líquida declarada fue mayor y que el contribuyente la ca-

Págs.

pitalizó, si el aumento no se explica satisfactoriamente. (**Sentencia** de 22 de octubre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina)..... 315

— B —

11.—**BASE DE POBLACION** para elegir Senadores y Representantes. Artículo 99 de la Constitución: antecedentes históricos y sus diversas reformas hasta el artículo 2º del Acto Legislativo número 4 de 1959. Interpretación y efectos de esta norma. Base fija y base variable: aumentos automáticos. Incidencia sobre la materia de los datos de los censos de población debidamente aprobados. (**Sentencia** de 29 de julio de 1960. Sala Plena. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama)..... 285

12.—**BIENES OCULTOS.**—Sus características: Para que un bien ostente la calidad de "oculto" no es indispensable que su existencia sea ignorada o desconocida por la Administración; basta solamente con acreditar que el bien denunciado reúne los requisitos exigidos al efecto por el artículo 1º de la Ley 27 de 1935, a saber: a) abandono material; b) oscuridad en el carácter de propiedad pública; y c) necesidad de intentar acciones judiciales para obtener su reincorporación efectiva al patrimonio público. Los impuestos dejados de recaudar pueden llegar a constituir bienes ocultos, dentro de los requisitos anotados, pues la ley no establece distinción alguna. La declaración de la Administración sobre la calidad de oculto que ostente un bien tiene como efectos propios otorgar personería al denunciante para ejercitar las acciones tendientes a la recuperación para la Hacienda Pública del bien oculto, y reconocerle su derecho a participar en el valor del mismo en la proporción legal. La carga probatoria en las acciones posteriores a la declaratoria sobre calidad de oculto de un bien. (**Sentencia** de 29 de julio de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández). — NOTA: La jurisprudencia sentada en este fallo es contraria a la sostenida por la Corporación en sentencia de 13 de agosto de 1940 y acoge, en lo esencial, los razonamientos expuestos por los entonces Consejeros doctores Ramón Miranda y Carlos Rivadeneira en el salvamento de voto a dicha providencia. Tanto el fallo como el salvamento aludidos, corren publicados en el Tomo XLII de los ANALES, págs. 644 a 678... 188

— C —

13.—**CARRERA ADMINISTRATIVA.**—Sus finalidades primordiales. Supresión de un cargo incluído en ella y posterior creación de otro con funciones equivalentes. (**Sentencia** de 16 de diciembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama) 139

Págs.

14.—**CENSOS** de población y censo electoral. Solo el censo de población, debidamente aprobado, tiene fuerza legal para la fijación del número de curules en las Cámaras Legislativas. (Véase el número 11 del Indice).

15.—**CENTRALIZACION POLITICA** y descentralización administrativa. — El concepto de "agente" se estructura en la Constitución en razón de la función y con miras a asegurar el principio de la centralización política. Con el objetivo de afianzar la unidad de acción y decisión políticas, el Constituyente consagró para todos los agentes del ejecutivo el sistema de libre nombramiento y remoción, como medida para mantener vivo el principio de la centralización política. La descentralización administrativa, en cambio, determinó la concesión de autonomía a las secciones para la gestión de sus asuntos propios y el otorgamiento al legislador de facultades para organizar los sistemas de designación, remoción, ascensos y jubilación de los funcionarios administrativos, pero sin alterar el régimen especial creado para los agentes del poder ejecutivo. (**Sentencia** de 11 de mayo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 258

16.—**COMERCIO EXTERIOR.** Las normas especiales que regulan la actividad comercial en el exterior, son de aplicación preferente ante las relativas a la misma materia contenidas en el Código de Comercio. (**Sentencia** de 21 de marzo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez) 165

17.—**COMPARACION DE PATRIMONIOS.** Es un sistema para establecer la renta gravable de los contribuyentes. Fundamentos de su legalidad según la jurisprudencia del Consejo. (**Sentencia** de 22 de octubre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina) 315

18.—**COMPETENCIA** para conocer del incidente sobre cumplimiento y ejecución de fallos proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Véase el número 24 de este Indice).

19.—**COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA.** Su naturaleza jurídica. Características esenciales de las sociedades cooperativas, según las disposiciones que las rigen (L. 134 de 1931; Decreto-ley 874 de 1932). No obstante ser una creación de origen oficial, la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia no es entidad de derecho público. Está sometida al régimen jurídico del derecho privado. (**Consulta** de 20 de febrero de 1959 formulada por el señor Ministro del Trabajo. Consejero Ponente: Dr. José Urbano Múnera. Su publicación fue autorizada mediante Oficio número 12720 de 3 de octubre de 1961) 246

20.—**CONDENA** por intereses moratorios. Solo a partir de la ejecutoria de la providencia respectiva, se configuran la liquidez de la suma a pagar y la mora, extremos necesarios para la condenación por perjuicios ocasionados por el no cumplimiento oportuno de la prestación. (**Sentencia**

Págs.

de 21 de mayo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez) 25

21.—**CONTRATOS.** Revisión por el Consejo. En tratándose del simple reconocimiento de una obligación a cargo del Estado, originada en acto ejecutado sin la previa revisión de la corporación y que por su propia naturaleza es unilateral, el Consejo carece de jurisdicción para pronunciarse sobre su legalidad. (**Auto** de 20 de marzo de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez) 254

22.—**CONSULTA.** Las sentencias que ordenan devoluciones de sumas a cargo del Estado por concepto de impuestos, son declarativas, no de condena. Por lo tanto, no son consultables a la luz del art. 134 del C. C. A., salvo cuando la devolución ordenada sea superior a dos mil pesos, o cuando se trate de sentencias condenatorias que impongan a una entidad de derecho público una prestación que exceda de dicho valor. (**Sentencia** de 2 de abril de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez) 422

23.—**CUENTAS EN PARTICIPACION.** Es un contrato diferente al de sociedad, que no origina persona jurídica distinta de los asociados individualmente considerados. Incidencias tributarias de la distinción. (**Sentencia** de 30 de septiembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez) 483

24.—**CUMPLIMIENTO Y EJECUCION DE FALLOS.** Tratándose de sentencias emanadas de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el incidente sobre su cumplimiento y ejecución compete a los Tribunales Administrativos o al Consejo de Estado, según el caso. Se reafirma la doctrina del a Corporación que interpreta el artículo 123 del C. C. A. en concordancia con el 550 del C. J. (**Sentencia** de 21 de mayo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez) 25

25.—**CURULES** del Congreso Nacional. Sistema para determinar su número desde el artículo 99 de la Constitución de 1886 hasta el artículo 2º del Acto Legislativo número 4 de 1959. (Véase el número 11 del Indice).

— D —

26.—**DECLARACION DE RENTA.** De la falta de constancia sobre presentación personal de la declaración de renta y patrimonio no puede deducirse que ella no sea jurada. (**Sentencia** de 10 de febrero de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina) 327

27.—**DEDUCCION POR AGOTAMIENTO** en la industria minera. El artículo 9º de la Ley 61 de 1947 no difiere, realmente, del 4º de la Ley 67 de 1946

Págs.

sino en cuanto hizo extensiva la deducción del 10% por agotamiento, a toda clase de empresas mineras con exclusión de las que explotan yacimientos petrolíferos, pues en cuanto a la base para liquidar tal porcentaje únicamente aclaró que la renta bruta proveniente de la explotación minera está constituída por el valor total de la producción derivada de la explotación y no por el producto de las ventas. Así, pues, dicho art. 9º aclaró la disposición del artículo 4º de la Ley 67 de 1946 pero no afectó la subsistencia del parágrafo de este ni la de los artículos 5º, 6º y 7º de esa ley. (**Sentencia** de 28 de marzo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina). 460

28.—DEDUCCION POR GASTOS O EXPENSAS ORDINARIAS DEL NEGOCIO. Puede pedirse y debe aceptarse en la fecha de su pago aunque corresponda a un ciclo fiscal expirado. (Véase el número 46 de este Indice).

29.—DEDUCCION POR INVERSIONES EN OBJETIVOS DE UTILIDAD SOCIAL. Es diferente según el sujeto gravado que realice las inversiones: la consagrada por el numeral 10 del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, solo se aplica a las corporaciones, asociaciones y fundaciones destinadas a fines de asistencia pública o social, controladas por la Superintendencia de Instituciones de Utilidad Común, y se limita a las sumas que dichas entidades inviertan en tales fines; en cambio, la establecida por el artículo 1º del Decreto 2556 de 1950 cobija a todo contribuyente al impuesto sobre la renta y complementarios, cuando la inversión se destine a los objetivos y con las condiciones allí previstas. (**Sentencia** de 16 de junio de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández) 401

30.—DEMANDA.—Ineptitud sustantiva de la misma por no ejercitar la acción contenciosa adecuada. (Véase el número 2 del Indice).

31.—DERECHOS de los funcionarios públicos sin período fijo y de libre nombramiento y remoción. Interpretación y alcance de los artículos 279 y 282 del C. de R. Político y Municipal. (**Sentencia** de 17 de abril de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández) 127

32.—DERECHOS que corresponden a los empleados escalafonados cuando el cargo que desempeñaban es suprimido y posteriormente se crea de nuevo, aunque con denominación diferente. (**Sentencia** de 16 de diciembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama) 139

33.—DEUDAS QUE AFECTAN EL PATRIMONIO. Su deducibilidad. — No obstante la presunción de verdad que por ley tiene la declaración de renta de un contribuyente, ella sola no es suficiente para aceptar como deducibles las deudas declaradas, puse es preciso, según el artículo 22 de la Ley 78 de 1935, que junto con la declaración se presente la rela-

Págs.

ción que exige dicho artículo y el certificado del acreedor cuando el contribuyente no lleva libros de contabilidad. Si este es el sistema aplicable a las deudas denunciadas oportunamente, en caso de las omitidas y que se pretenden hacer valer para explicar un aumento patrimonial, con mayor razón no debe bastar para admitirlas la sola afirmación del contribuyente, ni aún la certificación del acreedor, toda vez que la presunción de veracidad que ampara a la declaración solo puede ser desvirtuada con la demostración, mediante prueba plena, de que la obligación existía insoluta en 31 de diciembre del respectivo año gravable. (**Sentencia** de 23 de mayo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejadro Domínguez Molina) 476

34.—DIPUTADOS.—No pueden ser designados para cargos remunerados cuya provisión esté encomendada a las corporaciones de las cuales forman parte. (Véase el número 8 de este Indice).

35.—DIVIDENDOS. — Los obtenidos en sociedades de cualquier naturaleza constituyen renta gravable para quien los recibe, a partir de la vigencia del Decreto 2317 de 1953. Cuando se causan o pagan por sociedades de capital a otras de igual naturaleza que sean sus socias, estas últimas, si optan por el segundo término de la alternativa que consagra exclusivamente para ellas el artículo 1º del Decreto 2615 de 1953, pagan únicamente un impuesto proporcional del 5% sobre los dividendos recibidos o causados a su favor, con prescindencia de todo otro gravamen distinto, aún el de Paz de Río. (**Sentencia** de 1º de octubre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández) 383

36.—DONACIONES IRREVOCABLES.—El artículo 34 de la Ley 35 de 1944 no es norma aclaratoria, interpretativa o explicativa de la Ley 63 de 1936 y solo se aplica en aquellos casos en que, habiendo fallecido el causante sin dejar bienes por haberlos donado íntegramente en vida, exista la posibilidad de una masa global hereditaria gravable, simultáneamente con la conveniencia de verificar el impuesto sobre asignaciones y donaciones, extremos que solamente pueden darse en las donaciones revocables, pues son ellas las únicas que hacen posible la existencia de una masa global hereditaria imponible y la conveniencia fiscal de que los impuestos o gravámenes que se dedujeron sobre una o más donaciones anteriores, deban verificarse o comprobarse, al fallecer el donante; son ellas las únicas que, no obstante haber agotado el patrimonio del causante, en vida suya, admiten el evento de que los bienes donados se hubiesen reincorporado al dominio del donante, con antelación a su muerte, por haber sido revocadas en todo o en parte, o por haber muerto antes el donatario, o por rescisión o resolución de la donación, ocasionando así la reintegración patrimonial. (**Sentencia** de 6 de marzo de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez) 488

Págs.

— E —

37.—**EMPLEADOS ADMINISTRATIVOS Y AGENTES DEL EJECUTIVO.**— Criterios de diferenciación. Régimen constitucional anterior al Plebiscito de 1957. La Enmienda Constitucional Plebiscitaria. Funcionarios de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; la representación proporcional de los partidos. Centralización política y descentralización administrativa. El Poder Jerárquico. (Véase el Nº 6 del Indice).

38.—**ENTREGA** de mercancías retenidas por presunción de contrabando.— Funcionario competente para ordenarla. Atribuciones de la Jurisdicción Penal Aduanera y de los Administradores de Aduanas. (**Sentencia** de 24 de septiembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez)..... 87

39.—**ESCALAFON.** — Derechos del empleado escalafonado: no desaparecen cuando, suprimido el cargo, se crea nuevamente con funciones equivalentes a las del primero. (Véase el número 32 de este Indice).

40.—**EXCEPCION DE ILEGALIDAD.** — Su naturaleza y fundamentos. La teoría del **'ius superveniens"** de *Chiovenda* y su aplicabilidad en el campo de acción de la jurisdicción contencioso administrativa: si el advenimiento dentro del litigio de un hecho que viene a dar la razón y el derecho a una acción incoada cuando no se tenían o se tenían parcialmente es admisible en el proceso civil, con mayor fuerza ha de serlo en lo contencioso administrativo en virtud de las finalidades que este persigue. (**Sentencia** de 29 de julio de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Consejero Ponente*: Dr. Andrés Augusto Fernández)..... 183

41.—**EXPLOTACION FORMAL DE MINAS.**—Cómo se acredita y en qué momento, la de minas que han sido redimidas a perpetuidad. (Véase el número 60 de este Indice).

— F —

42.—**FALLOS.**—Su cumplimiento y ejecución. A quién compete el conocimiento del incidente sobre cumplimiento y ejecución del incidente sobre cumplimiento y ejecución de un fallo proferido por la jurisdicción contencioso administrativa. (Véase el número 24 del Indice).

43.—**FUNCION SOCIAL** de la propiedad: la cumplen también los bienes pertenecientes a los Tesoros Departamentales y Municipales. (Véase el número 71 de este Indice).

44.—**FUNCIONARIOS PUBLICOS.** — Derechos que corresponden a quienes carecen de período fijo y son de libre nombramiento y remoción. (Véase el número 31 del Indice).

— G —

45.—**GANADEROS.**—Cómo se determinan las rentas bruta y líquida de los

Págs.

contribuyentes dedicados exclusiva o preferencialmente a la cría de ganados y las de los ganaderos no criadores. Factores que constituyen, en uno y otro caso, aumento patrimonial y no renta. Dichos factores, para que puedan ser considerados como aumento patrimonial deben reflejarse en los inventarios respectivos. Disposiciones de las Leyes 23 de 1945 y 64 de 1948 sobre ganadería y su interpreatción. (**Sentencia** de 10 de febrero de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina) 327

46.—**GASTOS.**—Los gastos o expensas ordinarias del negocio no tienen vigencias imperiosas dentro de las cuales deban originarse y pagarse a la vez. El gasto, aunque corresponda a una vigencia o ciclo fiscal expirado, es deducible en la fecha de su pago. (**Sentencia** de 2 de abril de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez G.) 422

— I —

47.—**IMPUESTOS.**—Los dejados de recaudar pueden llegar a constituír un "Bien oculto", porque la Ley 27 de 1935 no hace distingos, pero siempre que se reúnan los requisitos exigidos por el artículo 1º de ella. (Véase el número 12 de este Indice).

48.—**IMPUESTO PREDIAL NACIONAL.**—El que grava a las minas redimidas a perpetuidad solo se aplica a aquellas que no se exploten formalmente. Cómo se acredita y en qué momento la explotación formal. Interpretación del Decreto-ley 223 de 1932. (Véase el número 60 de este Indice).

49.—**IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS.**—Es diferente el pago que debe hacerse para reclamar ante los funcionarios de Hacienda (Administrador respectivo y Jefatura de Rentas), de la consignación íntegra del impuesto definitivamente liquidado que debe verificarse para acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa en demanda de revisión de la operación de liquidación tributaria. Régimen de excepción del inciso 2º del artículo 23 del Decreto 341 de 1957. (Véase el número 76 del Indice).

50.—**INCIDENTES** sobre cumplimiento y ejecución de fallos. A qué corporación compete el conocimiento del relativo a los proferidos por la jurisdicción contencioso-administrativa. (Véase el número 24 del Indice).

51.—**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.** — No puede pretenderse cuando se ejercita la acción contenciosa de simple nulidad. Para lograrla, debe acudirse a la de plena jurisdicción. (Véase el número 2 del Indice).

52.—**INDUSTRIA GANADERA.**—Cómo se determina la renta líquida de los contribuyentes dedicados de manera exclusiva o preferente a la cría de

Págs.

ganados, y la de ganaderos no criadores. Factores que constituyen en uno y otro caso aumento patrimonial y no renta imponible. Tales factores deben reflejarse en los respectivos inventarios. Disposiciones de las Leyes 23 de 1945 y 64 de 1948 sobre el particular y su interpretación. (**Sentencia** de 10 de febrero de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina)..... 327

53.—**INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.**—Debe declararse probada esta excepción cuando no se ejercita la acción contenciosa adecuada. (Véase el número 2 del Indice).

54.—**INTERESES.**—Los intereses a la tasa del 8% anual sobre el monto de las devoluciones de impuestos solo comienzan a correr una vez vencido el término indicado en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 81 de 1931. (**Sentencia** de 2 de abril de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez)..... 422

55.—**INVENTARIOS.**—Los de los ganaderos, sean dedicados a la cría o no, deben reflejar claramente los factores que en uno u otro caso constituyen aumento patrimonial. Si ello no sucede así, y si el contribuyente además, no explica satisfactoriamente las causas del incremento, la liquidación del impuesto sobre la renta debe hacerse mediante el sistema de comparación de patrimonios. (Véase el número 52 del Indice).

56.—**INVERSIONES** en objetivos de utilidad social.—Deducción por ellas. —La deducción es diferente según el sujeto gravado que las realice. (Véase el número 29 del Indice).

— J —

57.—**JURISDICCION PENAL ADUANERA.** — Su naturaleza. Los Jueces y Magistrados que la integran están cobijados por las garantías que la Constitución Nacional otorga a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Evolución legislativa del problema. (**Sentencia** de 11 de diciembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama)..... 108

— M —

58.—**MAGISTRADOS DE TRIBUNAL SUPERIOR.**—Su período. Interpretación armónica de los artículos 36 del Acto Legislativo número 3 de 1910, 49 del Acto Legislativo número 1 de 1945 y 279 del C. de R. Político y Municipal. Inconstitucionalidad del Decreto 0275 de 1954. (**Sentencia** de 7 de abril de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta)..... 5

59.—**MERCANCIAS** retenidas por presunción de contrabando.—A qué funcionario corresponde ordenar su entrega. Jurisdicción Penal Aduanera y

Págs.

Administradores de Aduana. (**Sentencia** de 24 de septiembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 87

60.—**MINAS REDIMIDAS A PERPETUIDAD.**—Laboreo (explotación) y pago de la "estaca" o impuesto en relación con esta clase de minas. El Impuesto Predial Nacional que grava a estas minas solo se aplica a las que no se exploten formalmente. Cómo y cuándo debe acreditarse la explotación formal. Propiedad que se tiene sobre ellas. (**Sentencia** de 25 de marzo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández)..... 339

61.—**MUNICIPIOS.**—Los bienes de propiedad de los municipios cumplen también la **función social** que limita a los de propiedad particular. (Véase el número 71 del Indice).

— N —

62.—**NOMBRAMIENTOS.**—A quién corresponden los del personal subalterno de las Inspecciones de Tránsito y Transportes Municipales. Remoción de los mismos. Facultades de los Alcaldes Municipales al respecto. (**Sentencia** de 17 de abril de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández)..... 127

63.—**NOTIFICACION.**—En qué momento se entiende surtida la de las decisiones contenidas en cartas u oficios, cuando no se hace en forma personal por el Secretario o por un subalterno debidamente autorizado por aquel. (**Sentencia** de 21 de marzo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez Gómez)... 165

— O —

64.—**OFICINA DE REGISTRO DE CAMBIOS.**—Es una dependencia del Banco de la República. Sus determinaciones no deben tomar obligatoriamente la forma de Resoluciones cuando deciden problemas planteados por los importadores o exportadores, y el empleo de cartas u oficios dirigidos a los peticionarios es un procedimiento aceptable. A partir de qué momento se extiende surtida la notificación de estos actos para todos los efectos legales. (Véase el número 63 del Indice).

65.—**OPCION.** Derecho de.—El consagrado por el artículo 1º del Decreto 2615 de 1953 solo se estableció para sociedades de capital que sean socias de compañías o sociedades de la misma naturaleza, respecto de los dividendos o participaciones que provengan únicamente de estas últimas.

(Véase el número 35 del Indice).

Págs.

— P —

66.—**PAPEL SELLADO.**—Su régimen fiscal en relación con actuaciones judiciales. Pruebas extendidas contra lo dispuesto en las normas de la Ley 20 de 1923: validez probatoria y validez intrínseca de tales actos. (**Sentencia** de 11 de diciembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama) 108

67.—**PERIODO DE LOS MAGISTRADOS DE TRIBUNAL SUPERIOR.** — Cuándo comienza y cuándo debe terminar. (Véase el Nº 58 del Indice).

68.—**PODER JERARQUICO.**—Su necesidad e importancia dentro de un sistema presidencial. Dentro de la órbita política esa potestad se traduce en la facultad de libre nombramiento y remoción para lograr la unidad de pensamiento, acción y decisión políticos. En la esfera de la descentralización administrativa, la influencia del poder jerárquico se manifiesta de manera distinta, a través de una dirección administrativa superior que se desarrolla en forma de recomendaciones, órdenes e instrucciones, que impone reglamentos y criterios para la gestión de los negocios, dirigiendo la acción administrativa y confirmando, revocando o sustituyendo las decisiones de los inferiores, pero solo dentro del respectivo sector. (Véanse los números 6, 15 y 37 del Indice).

69.—**PRESENTACION PERSONAL** de la declaración de renta y patrimonio. La falta de una constancia sobre el hecho de la presentación personal de la declaración de renta y patrimonio no puede llevar a la conclusión de ella no es jurada. (Véase el número 26 del Indice).

70.—**PRESUNCION** de exactitud de la declaración de renta y patrimonio.— No puede operar cuando los datos suministrados por el contribuyente aparecen infirmados por otras pruebas plenas, o no se justifican en la realidad. (**Sentencia** de 22 de octubre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina).. 315

71.—**PROPIEDAD MUNICIPAL.** — Al igual que la propiedad privada, la de los Departamentos y Municipios no es absoluta y debe tener la misma limitación de **función social.** (**Sentencia** de 17 de mayo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama) 276

72.—**PRUEBAS** presentadas dentro de la audiencia pública. — Si la contraparte (Ministerio Público en este caso) no se opone, ello equivale a su aceptación de no poder contraprobar. (**Sentencias** de 11 y 16 de diciembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama) .....108 y 139

73.—**PRUEBAS.**—Valor que poseen las extendidas contra lo dispuesto en las

Págs.

normas fiscales sobre papel sellado. Oportunidades procesales idóneas para allegar probanzas al proceso. Admisibilidad y efecto probatorio de las presentadas en la audiencia pública. (**Sentencia** de 11 de diciembre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama) 108

74.—**PRUEBAS** en el procedimiento administrativo.—Dentro de la etapa puramente administrativa rigen las normas comunes sobre medios probatorios y su mérito, en virtud del silencio que al respecto guardó la Ley 167 de 1941. (**Sentencia** de 22 de octubre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina) 315

— R —

75.—**RECEPCION** de cartas u oficios que contengan decisiones sobre peticiones de los interesados. Efectos en relación con la notificación. (Véanse los números 63 y 64 del Indice).

76.—**RECLAMACIONES** ante los Funcionarios de Hacienda por impuestos sobre la renta y complementarios. — De conformidad con lo dispuesto en las normas sobre pago del impuesto para abrir el camino a las reclamaciones que otorga la ley para ante los funcionarios de Hacienda, el pago del impuesto que figure en las liquidaciones **proforma**, sirve solo para que el contribuyente pueda elevar sus reclamos ante ellos; pero para recurrir ante lo contencioso debe consignar íntegramente el valor del impuesto definitivamente liquidado. Solo excepcionalmente se puede acudir ánte la jurisdicción especial con el comprobante de pago del impuesto que resulte de la liquidación provisional, en los casos claramente indicados en el inciso 2º del artículo 23 del Decreto Legislativo 341 de 1957. Objeto y finalidades de este ordenamiento: limitaciones que impuso a la acción especialísima que consagró sobre revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos. (**Auto** de 18 de mayo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. - Consejero Ponente: Dr. Francisco Eladio Gómez) 454

77.—**REMOCION** del personal subalterno de las Inspecciones de Tránsito y Transportes Municipales.—A qué funcionario compete. (Véase el número 62 del Indice).

78.—**RENTA CAPITALIZADA.** — Sus fundamentos. El establecimiento y uso del sistema de la comparación patrimonial para determinar la renta gravable de un contribuyente, se basa no en una presunción judicial propiamente dicha, sino en la prueba indiciaria. (Véase el número 70 del Indice).

79.—**RESARCIMIENTO.** — Se traduce en la indemnización de los perjuicios causados por el acto administrativo. — Acción que debe intentarse para lograrlo. (Véase el número 2 del Indice).

Págs.

80.—**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.**—Análisis de los sistemas francés y colombiano sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. La Constitución Nacional y el Código de lo Contencioso Administrativo consagran en materia de responsabilidad estatal, un sistema autónomo, regido por normas sustantivas y adjetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de la misma índole. Por ello, la responsabilidad patrimonial del Estado no puede estudiarse a la luz de las normas civiles, sino a la de las peculiares de derecho público, que parten del principio de que la actividad estatal es de naturaleza jurídica diferente de la actividad particular. Artículo 33 de la Carta: responsabilidad que estructura y su fundamento. La culpa en derecho público no tiene las características que reviste en derecho privado. (**Sentencia** de 2 de noviembre de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta). — NOTA: Esta jurisprudencia constituye una reiteración de las tesis sostenidas en el auto de 26 de agosto de 1960, de la propia Sala con ponencia del Consejero Dr. Arrieta, visible en la Segunda Parte de estos ANALES, a la página 626..... 154

81.—**RETENCION** de mercancías por presunción de contrabando. (Véase el número 38 del Indice).

82.—**REVISION OFICIOSA.**—La facultad de revisión oficiosa de que se encuentra investido el Jefe de Rentas (artículo 15 de la Ley 81 de 1931), implica que para este funcionario no rige el principio de la **"reformatio in peius"**, es decir, que al conocer de una reclamación de un contribuyente por reposición o apelación contra la providencia de liquidación de impuestos puede enmendarla aún en lo que fuere favorable al recurrente y que no ha sido objeto del recurso, porque la finalidad de la revisión es ajustar la liquidación del impuesto a las normas que lo rigen. Pero la ley fijó un término perentorio para la revisión, vencido el cual se hace firme o inmodificable la situación del contribuyente. Así, pues, la Jefatura puede, de oficio, y dentro del término a que alude la parte final del inciso 1º del artículo 15 citado, revisar las liquidaciones practicadas por las Administraciones de Hacienda, sea que conozca de las reclamaciones formuladas por los contribuyentes o que decida los recursos de apelación o reposición interpuestos contra los actos que resolvieron las reclamaciones. Pero cuando un contribuyente reclama contra la liquidación practicada por el Administrador de Hacienda y la Jefatura lo decide después de vencido el término que tiene para revisar oficiosamente, la providencia debe contraerse a los puntos del reclamo. Con idéntica razón, cuando revisa oficiosamente sin mediar reclamación del contribuyente, pero este interpone reposición contra la respectiva providencia, si la decisión es posterior al vencimiento del término a que se alude, en su proveído no podrá hacer cambio alguno desfavorable al recurrente en la renta tasable o en el impuesto, pues solo puede contraerse a los puntos que fueron objeto del recurso. (**Sentencia** de 28 de marzo de 1960. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr.

Págs.

Alejandro Domínguez Molina) 460

— S —

83.—**SENTENCIAS.**—Las que ordenan devoluciones de sumas depositadas por concepto de impuestos son declarativas, no de condena. En qué casos son consultables. (Véase el número 22 del Indice).

84.—**SOCIEDAD CONYUGAL.**—No es sujeto gravable con el impuesto sobre la renta y patrimonio, porque no es persona natural ni jurídica, ni otro ente de derecho considerado por la ley como sujeto imponible. Mientras la sociedad conyugal no se haya disuelto legalmente, es jurídicamente imposible calificar de bien social o de ganancial de la sociedad, a un bien adquirido por uno de los cónyuges dentro del matrimonio. La sociedad conyugal no tiene bienes antes de la disolución del matrimonio, sino que los tienen los cónyuges, quienes son considerados como dos contribuyentes extraños, diferentes, con la excepción referente a las exenciones que se conceden por mitad, si no se ha solicitado que se asignen a uno solo de los consortes. (**Sentencia** de 22 de octubre de 1959. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina) 315

85.—**SOCIEDADES DE CAPITAL.**—Las que tengan acciones en otras de igual naturaleza y se acojan al segundo término de la opción consagrada en el artículo 1º del Decreto 2615 de 1953, pagan exclusivamente un impuesto del 5% sobre los dividendos recibidos o causados a su favor, con prescindencia de todo gravamen distinto, aún el de Paz de Río. (Véase el número 35 del Indice).

86.—**SUFRAGIO.**—Es una función pública primaria en cuanto a su ejercicio y a la vez derecho fundamental del individuo en cuanto expresa la libertad política del ciudadano. No es acto privado ni acto oficial del Gobierno. (**Sentencia** de 29 de julio de 1960. Sala Plena. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Valderrama) 285

— T —

87.—**TERMINO** para reclamar la entrega de mercancías retenidas por presunción de contrabando. (Véase el número 38 del Indice).

— V —

88.—**VIA GUBERNATIVA.**—Dónde termina tratándose de actos de los Administradores de Aduanas. (Véase el número 38 del Indice).