

POR LOS TRIBUNALES

Dos sentencias de la Corte

Por Alfonso U. Barragán y Eugenio Giraldo

Los contratos administrativos se diferencian de los civiles en cuanto al sujeto, objeto, forma, algunas disposiciones especiales en su régimen, jurisdicción y terminación por caducidad según el artículo 42 del C. F.; pero son iguales en lo relativo a su interpretación, ejecución y cumplimiento. Están sometidos a lo mandado en el artículo 8º de la Ley 68 de 1870. El Estado frente a ellos no puede proceder en ejercicio del derecho de imperio, obrando como autoridad política que provee, manda y ordena.

Lo consignado en la cláusula IV del contrato celebrado el 1º de octubre de 1923 entre la República de Colombia y la Andian National Corporation Limited, es el equivalente del artículo 42 de la Ley del Petróleo. La cláusula XXXV del antedicho contrato debe interpretarse en el sentido de que la legislación existente era la que estaba en vigencia en el momento de la celebración del pacto; y en consecuencia el Estado no puede exigir al contratante las contribuciones establecidas posteriormente y que puedan hacer más gravosa su situación.

(Corte Suprema de Justicia. Sala Plena en lo Civil. Magistrado ponente: Pedro A. Gómez Naranjo).

Tanto por su enorme trascendencia fiscal, como por las repercusiones que tiene en lo tocante al carácter de los contratos administrativos y a la potestad de imperio del Estado frente a ellos, reviste gran importancia la desconcertante y anticuada jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de mayo del presente año, en el juicio ordinario seguido por la Nación contra la Andian National Corporation Limited. Vale la pena examinar, siquiera sucintamente y a la luz de los principios aceptados en el derecho público universal, las razones aducidas por el juzgador.

El Juzgado 1º de Ejecuciones Fiscales dictó, a virtud de reconocimiento hecho al Tesoro Nacional por la Administración de Hacienda de Cundinamarca, mandamiento de pago a favor del Estado y en contra de la Andian National Corpo-

ration Limited por el monto del impuesto de oleoducto —y sus respectivos intereses— que establece el artículo 42 de la Ley 37 de 1931. La Corte Suprema declaró probadas las excepciones propuestas por el demandado y en consecuencia lo absolvió, declarando que la obligación cobrada no era clara, expresa y exigible (condición indispensable para todo juicio ejecutivo) y que, por lo tanto, debía primero discutirse el asunto en juicio contradictorio.

La Procuraduría General de la República, como consecuencia del fallo anterior, instauró la acción correspondiente y alegó que era procedente contra la Andian el gravamen del artículo 42 de la Ley 37 de 1931, porque: en el contrato celebrado el 1º de octubre de 1923, se la eximía de toda clase de impuesto departamental o municipal, del fluvial establecido por la Ley 33 de 1915 respecto de los materiales destinados a la empresa y el creado por la Ley del Petróleo no es departamental, municipal ni fluvial; la sometía a la legislación existente en Colombia; no la exoneraba del pago de tributos nacionales posteriores que gravasen el transporte de petróleo por oleoductos de uso público de tal clase es el demandado y no así el previsto en la Ley 80 de 1931; no puede acogerse a la cláusula de la parte más favorecida en relación con el contrato consignado en esta última ley, pues el oleoducto a que se refiere tal pacto es más costoso en su construcción y explotación. El reo se opuso a lo pedido, aceptó los hechos que creía no ser contrarios a sus posibles derechos y se abstuvo de emitir concepto afirmativo o negativo sobre los que habrían de discutirse y decidirse luégo en la sentencia.

La prueba pericial, en cuanto la Andian pudiera acogerse a la cláusula de la parte más favorecida en relación con el contrato Chaux-Folson, fue descartada por estimarla el demandado improcedente, ya que no es posible una comparación exacta y completa entre la realidad y la hipótesis (el oleoducto de la Andian y el que está construyendo el concesionario del Catatumbo). El Procurador aceptó tal opinión y pidió a la Corte que se abstuviera de hacer declaración al respecto. Así se hizo en la sentencia.

* * *

Estima la Corte que los contratos administrativos, salvo en lo relativo al sujeto, objeto, forma, jurisdicción, algunas disposiciones especiales en su régimen y su terminación por caducidad, son iguales a los civiles, sobre todo en cuanto a su interpretación, ejecución y cumplimiento, según lo tiene decidido ella misma. La Ley 68 de 1870, que está vigente todavía (sentencia de 4 de abril de 1914), dispone en su artículo

lo 8° lo siguiente: "Ni el Gobierno, ni las personas con quienes contrate, pueden novar por sí solas, anular ni desconocer las obligaciones contraídas por medio de los contratos que celebren en conformidad con las leyes civiles"; y añade el juzgador: "Pero aun en el supuesto de que se considerara derogada la ley citada, conforme a la legislación existente y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ni el Gobierno, ni las personas con quienes contrate, pueden por sí solas desconocer, anular ni modificar las obligaciones contraídas por medio de contratos celebrados legalmente".

Para la Corte el impuesto "es la contribución de cada cual para proveer a las obligaciones comunes y a los gastos de la nación" (Clímaco Calderón). El de oleoducto tiene el carácter de especial y es en cierta forma retributivo: "No recae sobre todos los ciudadanos, sino sobre las personas o empresas que exploten la industria y a quienes se ha concedido un permiso especial por el Estado (folio 38 del expediente). En la cláusula IV del contrato con la Andian se dijo: "La compañía transportará mensualmente por el oleoducto, a título gratuito, una cantidad de petróleo y sus derivados de propiedad del Gobierno, equivalente a la capacidad transportadora del oleoducto, hasta por diez y ocho (18) horas, las cuales no serán acumulables de un mes a otro". Estas diez y ocho horas no son una regalía (como la que establece el artículo 31 de la Ley 37 de 1931), porque el oleoducto no pertenece al Estado ni en el pacto se acordó derecho de reversión. "Lo que se da a la Nación, estipulado en el contrato en determinadas horas de servicio y hoy pagado en dinero por convenio con la compañía, es la compensación de la licencia concedida, el tributo aceptado voluntariamente por la entidad mencionada, por la concesión del Estado, otorgada en una convención que hoy es ley para las partes" (folio 39). El artículo 42 de la Ley del Petróleo obliga a los oleoductos posteriores a ella, a los cuales no se les exige ninguna otra prestación; y si se interpretara en el sentido de que cobija al del Andian, éste soportaría dos contribuciones (cláusula IV y artículo 42) en tanto que los otros sólo estarían sujetos a una (artículo 42). Semejante conclusión sería contraria a la equidad y significaría que el Estado tiene facultad para modificar unilateralmente el contrato.

Por otra parte, el Decreto 1.270 de 1931, reglamentario de la Ley del Petróleo, da a entender que el impuesto (artículo 42) no se aplica a los oleoductos anteriores a su vigencia, como se desprende del artículo 91; y de las declaraciones rendidas por algunas personas que desempeñaron altos car-

gos en el gobierno que propuso y reglamentó la ley, se desprende que no se hizo extensivo el tributo a la Andian por considerar que tal era el sentido de la norma. Otrósi: examinando los antecedentes del impuesto al transporte del petróleo, aparece que la intención del legislador fue no gravar a las entidades que tuviesen contratos celebrados con anterioridad.

Apoyada en las anteriores consideraciones y razones, que no convencen, la Corte Suprema de Justicia decidió absolver totalmente al demandado, sin que uno solo de los magistrados salvara su voto en defensa de los claros derechos del Estado.

* * *

Dejando a un lado la dudosa legalidad del contrato celebrado entre el Estado Colombiano y la Andian National Corporation Limited, que es de lo más leonino que pueda concebirse, la única solución justa en esta litis era la de estimar aplicable al caso el artículo 42 de la Ley 37 de 1931. Y se llega a esta conclusión, sea que se parta del pacto mismo, sea que se aplique la teoría de la imprevisión en vista de las circunstancias indestructibles que muestra la realidad.

Los contratos que celebra el Estado son de una categoría especial; sólo unos pocos pueden catalogarse entre los civiles (y someterse perfectamente a la Ley 68 de 1870). Esos contratos difieren de los últimos no tanto por el sujeto, objeto, forma, jurisdicción, algunas disposiciones determinadas para su régimen y caducidad administrativa, como por su esencia, pues el Estado en ellos no obra como persona privada. Los particulares al contratar buscan su propio interés; el Estado actúa influenciado por el servicio público. El contrato administrativo supone desigualdad de los contratantes: el uno encarna la conveniencia general, el otro el interés particular. Por esto ha dicho con razón Jéze que el Estado no celebra estrictamente contratos, tal como se entiende esta palabra en derecho civil, por cuanto el supuesto primordial en éstos es el acuerdo de voluntades y ese acuerdo no existe al negociar con el Estado contemporáneo. Y además, están sujetos en su aplicación y funcionamiento a la teoría de la imprevisión.

La Corte exhuma la Ley 68 de 1870 para aplicarla a los contratos administrativos. Semejante esqueleto no puede vivificar el derecho público. Esa es una ley inactual e inoperante por cuanto fue expedida para una nación empobrecida, desolada, carente de comercio y relaciones exteriores, torturada por constantes convulsiones internas; y por otra parte,

el Gobierno no ha pensado anular, novar ni desconocer las obligaciones estipuladas en la escritura pública N° 1.463 de la Notaría 4ª de Bogotá. Es más: desde 1900 la Corte sentó jurisprudencia en lo relativo a no considerar procedente la acción de nulidad intentada por tercero en los contratos administrativos, por considerarlos sujetos al derecho público. Pero en esta ocasión, como en otras muchas, ha olvidado seguir la ruta que señala la lógica.

El concepto de impuesto que acoge la Corte, fuera de que no expresa la obligatoriedad del mismo, es inaceptable porque ello equivale a decir que todos deben contribuir. Lo que quiere la justicia fiscal es que el que tiene mucho pague mucho, el que tiene poco pague poco y el que nada tiene nada pague. El impuesto de oleoducto no es ni especial ni retributivo, ya que sólo es impuesto especial "el exigido por el Estado a determinada clase de individuos que explotan una industria, para atender a ciertos servicios de carácter público, que redundando en beneficio de la comunidad, aprovechan especialmente la industria en referencia (Esteban Jaramillo.—Hacienda Pública). El tributo antedicho no presenta ninguno de estos caracteres. Que se aplique únicamente a los oleoductos tiene su explicación: la ley procede siempre fijando tipos o serie de casos, y el que se coloque dentro de la hipótesis queda sometido a la norma, y así, por ejemplo, pagan renta o registro los que perciben una renta o ejecutan actos sujetos al registro. La compensación es una noción descartada de la definición del impuesto general por ser contraria a la realidad y a las ideas democráticas. (Esta es la teoría del beneficio que rechazan todos los expositores modernos de Hacienda Pública).

La doble imposición a que estaría sometida la Andian si se le aplicara el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, es un mero endriago. Tal fenómeno no ocurre sino cuando por el mismo hecho o situación se grava una cosa o actividad dos veces y se causa una desazón económica. A nadie se le ha ocurrido decir que hay doble imposición en la contribución de canalización y tonelaje que pagan los productos extranjeros que vienen a Bogotá por el Magdalena, porque tales productos tributaron ya en las aduanas. Las diez y ocho horas de servicio gratuito estipuladas en el contrato interpretado, no son el impuesto del artículo 42 de la Ley del Petróleo, así como el impuesto de patrimonio no es el de exceso de utilidades.

Sostiene igualmente la Corte que los futuros oleoductos no soportarán sino una contribución (artículo 42) frente a las dos que gravarían a la Andian (artículo 42 y cláusula IV).

Y añade: "Ninguna otra compensación o retribución se exige por la ley para las compañías que construyan oleoductos públicos o para las que conviertan oleoductos privados en públicos" (folio 40). Esto es totalmente inexacto. De manera incomprensible dejó de observar lo dispuesto en los artículos 38 y 40 de la Ley del Petróleo.

En virtud de convenio celebrado entre el Gobierno y la Andian, las diez y ocho horas de servicio gratuito a que se refiere la cláusula IV del contrato, se pagan en dinero. Por circunstancias posteriores la participación vino a quedar anulada. Fue entonces cuando la Andian resolvió, en vista del absurdo, reconocer al Gobierno una bonificación.

Veamos ahora el argumento sacado del Decreto 1.270 de 1931, reglamentario de la Ley del Petróleo. Dice así el artículo 91: "Para el cobro del impuesto establecido en el artículo 42 de la Ley del Petróleo, los empresarios de oleoductos de uso público deberán estar sujetos a la inspección de los agentes que determine el Gobierno, y ella se efectuará en la forma que se estipule en cada contrato". No alcanzamos a comprender las combinaciones intelectuales necesarias para colegir que tal disposición exoneró a la Andian del impuesto. Lo que pasa es que todo oleoducto para ser construído y explotado debe estar precedido de un contrato, y en éste se puede determinar la manera de ejercer el Gobierno la inspección.

Si se parte del contrato mismo se llega a la aplicación del impuesto. La Andian quedó eximida por el contrato de toda clase de impuestos departamentales o municipales y del fluvial, pero de ninguna estipulación se desprende la exención de los nacionales posteriores. Tanto es ello así que si el sentido del pacto fuese el contrario, se habría negado a pagar los de renta, patrimonio y exceso de utilidades. La Corte creyó sortear este obstáculo diciendo: "Como es obvio, cuanto se refiere en este capítulo a la ley aplicable, debe entenderse en relación con el impuesto de que trata el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 y no con los otros tributos que no están comprendidos en las obligaciones contractuales" (folio 48). Esta no es propiamente una argumentación, y si lo fuera, carece de todo fundamento.

El derecho de reversión a favor del Estado, consignado en el artículo 40 de la Ley 37 de 1931, no existe en el contrato de la Andian. Las diez y ocho horas de servicio gratuito se han convertido en una simple gracia otorgada por la compañía a la Nación. Estas dos razones, estos dos hechos que se desprenden del pacto en discusión, serían suficientes conside-

raciones para hacer extensivo a la Andian lo establecido en el artículo 42 de la Ley del Petróleo. Como hechos, son innegables. Pero la Corte los pasó por alto y no alcanzamos a explicarnos la causa de este olvido.

Con apoyo en la teoría de la imprevisión es muy fácil llegar a la aceptación del artículo 42 de la Ley 37 de 1931 para el pacto consignado en la escritura pública N° 1.463 de la Notaría 4ª de Bogotá, ya que se procedió con imprudencia e impericia, de cuyos efectos es necesario libertar a las generaciones presentes, a lo menos en parte. Se han presentado circunstancias inesperadas, acontecimientos extracontractuales que deben ser considerados en la ejecución y cumplimiento del contrato para asegurar la realización equitativa de las obligaciones. Bastaría contemplar las garantías otorgadas a la Andian, los ingresos netos logrados por ella en unos escasos quince años, y la miseria de la participación estatal, para concluir que su aplicación es algo como una necesidad inaplazable. Y esta no es una teoría afirmada sólo doctrinalmente o sostenida en el vacío: grande es la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia en lo tocante a los contratos administrativos y muchísimos los intentos hechos para extenderla al campo del derecho privado.

Algunos han creído que las complicaciones surgidas en Méjico en torno a los petróleos, exigían una declaración de legalismo en Colombia para alejar y disipar temores, y aplauden en consecuencia el fallo que comentamos. Las leyes colombianas son equitativas y resguardan suficientemente los derechos de todos. La trayectoria de legalidad es una característica tan acentuada de nuestra organización social, que ha llegado a convertirse en una manía infructuosa. Además, por hacer una manifestación complaciente no debe atropellarse la justicia, y mucho menos desconocer el criterio de utilidad que también anima a todo el derecho y que es la base del aforismo *summum ius, summa iniuria*.

La Corte ha preferido seguir anquilosada dentro de principios caducos y servirse de la paleontología en vez de la biología. Determinada por los estrictos y rígidos cánones civiles no ha querido vivificar el derecho, y ha manifestado de nuevo su creciente incapacidad para fallar asuntos administrativos. Afortunadamente nos quedan frente a la anomalía sentada en el presente asunto, la teoría de la imprevisión y el artículo 26 de la Constitución Nacional.

1º El Procurador General de la República debe intervenir, de acuerdo con el art. 149 de la Constitución Nacional, en todas las controversias que se susciten en torno a la constitucionalidad de las leyes, ya se originen de denuncias de los particulares, ya de objeciones hechas por el Organó Ejecutivo.

2º. El Organó Legislativo tiene plena facultad para determinar a quién corresponde el nombramiento y remoción de empleados, cuando ello no está expresamente señalado en la Constitución Nacional.

(Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Magistrado ponente: Salvador Iglesias).

* * *

En sentencia de 19 de mayo del año en curso, de la cual es ponente el doctor Salvador Iglesias, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena como corresponde a la materia de que se trataba, objeciones hechas por el Organó Ejecutivo a la ley "Por la cual se concede una autorización a los fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores de la República", por motivos de inconstitucionalidad, sentó jurisprudencia acerca de dos puntos:

I—En cuanto a la intervención del Procurador General de la República en esta clase de controversias. El señor Procurador, en un principio, se abstuvo de emitir concepto por considerar que no estaba autorizado a ello, para lo cual hizo un estudio sobre los artículos 83 y 149 de la Constitución Nacional y 3º de la Ley 83 de 1936. No convencieron a la Corte los razonamientos aducidos y consecencialmente dictó un auto en estos términos: "...retórnese al señor Procurador, para los efectos del auto de fecha 10 de los corrientes, este expediente, y con el término de traslado señalado en él".

Las consideraciones que llevaron a la Corte a disentir del parecer de la Procuraduría, pueden sintetizarse así: se parte de la base de que existe diferencia entre los actos legislativos objetados como inconstitucionales por el Gobierno, y las leyes y decretos acusados por la misma causa por cualquier ciudadano, pues al paso que los primeros no son aún leyes en sentido formal, los segundos sí lo son. Esto sentado, es preciso tener en cuenta el carácter, alcance y finalidades de la atribución de guarda de la integridad constitucional, conferida a la Corte, de la cual se deduce que ésta tiene poder para dirimir dentro de la tramitación señalada en el artículo 83 (C. Nal.) y sin pretermitir la formalidad de que habla la parte final del artículo 149 (ibidem), los conflictos que se susciten sobre cualquier acto legislativo material que pueda vulnerar el derecho público interno, consagrado en la Cons-

titución. A esta argumentación creemos que se podría agregar la observación de que si el Procurador debe intervenir cuando la ley está perfeccionada, es decir, cuando la Constitución ha sido ya violada, con mayor razón deberá hacerlo, sin que por eso extralimite sus funciones, cuando se quiere evitar el perfeccionamiento de un acto legislativo que en concepto del Gobierno va a violar la Constitución.

II.—En cuanto a la facultad constitucional del Organismo Legislativo para señalar a quien corresponde nombrar y remover los empleados secundarios pertenecientes al Ministerio Público. El artículo 1º de la ley que dio ocasión para estudiar el punto, dice así: “Los empleados subalternos de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los de las Fiscalías de los Juzgados Superiores, serán de libre nombramiento y remoción de los Fiscales respectivos.”

La Corte, en la sentencia comentada, declaró infundadas las objeciones del Ejecutivo y constitucional la ley.

Desde dos puntos de vista consideraremos esta parte de la sentencia: a) *de iure condito*, y b) *de iure condendo*.

a). Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo es inobjetable, y el estudio analítico que de las disposiciones respectivas hace la Corte llevan lógicamente a la conclusión a que llegó. Por más que el artículo 114, ordinal 1º (C. Nal.), reza que corresponde al Presidente de la República “Nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público”, su contenido está desvirtuado, en cierto modo, por otras disposiciones legales, tales como las que disponen que el nombramiento de los Fiscales se debe hacer de ternas presentadas por las Asambleas Departamentales y el de los Personeros Municipales por los Concejos, todo lo cual viene a quedar confirmado por el ordinal 5º del artículo 115 (C. Nal.). Una ley puede, pues, perfectamente, determinar quién los ha de nombrar y remover, fuera de que con la distinción entre magistrados, funcionarios y oficiales públicos la cuestión se aclara más.

b). Desde el punto de vista teórico o *de iure condendo*, la sentencia estudiada da motivo para hacer algunas observaciones.

El Ministerio Público, conforme a su historia y a la manera como está constituido entre nosotros, no forma parte del Organismo Judicial; de que tenga funciones en relación con éste, no se deduce que forme parte de él. Es, como lo afirma la Corte, un departamento del Organismo Ejecutivo; por lo tanto, el nombramiento de sus miembros debe ser atribución suya, y

esto es lo que consagra, en principio, el artículo 114 citado. Pero el artículo 115, ordinal 5º, de la Carta Fundamental y los correspondientes del Código Político y Municipal desvirtúan completamente lo establecido antes, y ello tiene su explicación en algo que es común a toda nuestra organización administrativa: la ingerencia de intereses pequeños y mal entendidos regionalismos en la designación de los magistrados, funcionarios y oficiales encargados de la administración pública.

La falta de criterio de unidad al organizar una dependencia administrativa, y el proceder en la designación de los administradores públicos sin rectitud y sin tener en cuenta las capacidades técnicas de los candidatos, sino con el deseo de favorecer intereses de otro orden, es fruto de un pueril concepto de independencia y de autonomía y perpetua llaga de los servicios públicos, que es a lo que equivale la malhadada intervención de cuerpos políticos (Asambleas Departamentales y Consejos Municipales) en donde prevalecen los apetitos individuales — y familiares—, los arreglos electorales y el espíritu partidista.

No puede menos de lamentarse que el primer esfuerzo hecho para que en la provisión de algunos empleos, secundarios por cierto, se tuvieran en cuenta más la preparación y los méritos que la intriga, haya venido a ser frustrado y anulado por una ley innecesaria y artificial, ley con nombre propio, como que fue provocada por algunos miembros del Ministerio Público residentes en esta capital y cuyos subalternos se eligieron entre los vencedores en un concurso abierto al efecto, ley que ha desilusionado a todos los que tenían esperanza en ver la administración pública, y muy especialmente la relacionada con la justicia, organizada sobre estables bases de eficiencia y técnica. El Legislador Soberano ha puesto un obstáculo al primer paso dado en la realización de tan bello anhelo.

ALFONSO M. BARRAGAN y EUGENIO GIRALDO